TENEA

Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com Bd. 86

Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit […]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly.* Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

Pierrick Le Goff

Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen

TENEA

jurawelt.com
Jurawelt
Referendarswelt
Studentenwelt
Anwaltswelt

Pierrick Le Goff

Die Vertragsstrafe in internationalen
Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen

(Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com; Bd. 86)

Zugleich Universität Marburg
Dissertation 2004

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TENEA Verlag für Medien
Berlin 2005
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
SDZ GmbH · 01159 Dresden
Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München
TENEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2005

ISBN 3-86504-113-2

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2004 von dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen.

Für seine vertrauensvolle Unterstützung des Promotionsvorhabens, seine kontinuierliche Betreuung und seine Geduld bin ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Georgios Gounalakis, zu großem Dank verpflichtet.

Ich darf im weiteren Frau Prof. Dr. Katja Langenbucher herzlich für die zügige Erstattung Ihres Berichts danken.

Der Wille zur Promotion an der Philipps-Universität Marburg ist als Folge entsprechender Aufforderungen meines Magistervaters, Herrn Prof. Dr. h.c. Hans Leser, entstanden. Mein Interesse für das deutsche Rechtssystem und meine Leidenschaft für die Rechtsvergleichung sind maßgeblich sein Verdienst.

Bei folgenden Kolleginnen und Kollegen möchte ich mich für den wertvollen Austausch von Ideen und Beobachtungen ganz herzlich bedanken: Herrn Dr. Christoph Benedikt, Herrn Dr. Stefan Tratz, Frau Sandra Mießner, Frau Nicole Pankowski, Herrn Patrick Wersin, Frau Daria Stipic.

Bei der Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) sowie bei der Institution of Electrical Engineers (IEE) bedanke ich mich für die Erlaubnis, Abschnitte ihrer jeweiligen Vertragsmodelle in dieser Arbeit zu zitieren.

Pierrick Le Goff
Februar 2005, Zürich

Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

Erster Teil
Die Vertragsstrafe in rechtsvergleichender Hinsicht

§ 1 Die Vertragsstrafe in der zivilrechtlichen Praxis 7

I. Deutsches Recht 7
1. Definition und Rechtsquellen 7
2. Funktion der Vertragsstrafe im deutschen Recht 9
3. Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung: Die Abgrenzungsproblematik 11
4. Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung 13
4.1 Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen 13
4.2 Die Inhaltskontrolle von Schadenspauschalierungen 17
5. Das deutsche Recht der Vertragsstrafe in kritischer Betrachtung 18

II. Französisches Recht 20
1. Definition und Rechtsquellen 20
2. Funktion der *clause pénale* im französischen Recht 22

3. Die Inhaltskontrolle der *clause pénale* 24
3.1 Die Kontrolle gemäß Artikel 1152 Cc 24
3.2 Die Kontrolle durch Verbrauchergesetzgebung 27
4. Das französische Recht der *clause pénal* in kritischer Betrachtung 28

§ 2 Die Vertragsstrafe in der *Common Law* Rechtspraxis 29

I. Englisches Recht 29
1. Definition und Rechtsquellen 29
2. Funktion von *liquidated damages* und *penalties* im englischen Recht 31
3. Liquidated *damages* und *penalties*: Die Abgrenzungsproblematik 31
4. Die Inhaltskontrolle von *liquidated damages* und *penalties* 34
5. Das englische Recht der *liquidated damages* und *penalties* in kritischer Betrachtung 35

II. Amerikanisches Recht 36
1. Definition und Rechtsquellen 36
1.1 *Common Law* Regeln 37
1.2 *Uniform Commercial Code* Regeln 38
2. Funktion von *liquidated damages* und *penalties* im amerikanischen Recht 39
3. Liquidated *damages* und *penalties*: Die Abgrenzungsproblematik 40
3.1 *Common Law* Regeln 41
3.2 *Uniform Commercial Code* Regeln 43
4. Die Inhaltskontrolle von *liquidated damages* und *penalties* 46
5. Das amerikanische Recht der *liquidated damages* und *penalties* in kritischer Betrachtung 46

§ 3 Rechtsvergleichung 48

I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede 48
II. Ergebnis: Ähnliche Anliegen, unterschiedliche Strukturen 51

Zweiter Teil
Der internationale Industrieanlagenvertrag: Recht und Praxis

§ 1 Begriff, Strukturmerkmale und rechtliche Einordnung des internationalen Industrieanlagenvertrages 53

I. Begriff 54
1. Definition 54
1.1 Vertragsgegenstand 54
1.2 Vertragszweck 55
1.3 Kriterien zur Bestimmung der internationalen Dimension des Vertrages 56
2. Vertragstypen 58
2.1 Einzelvertrag und *Turn-Key* Vertrag 58
2.2 Lump-*sum* Vertrag und *Cost* + *Fee* Vertrag 60
3. Vertragsparteien 61
3.1 Auftraggeber 61
3.2 Auftragnehmer 62

II. Strukturmerkmale 63
1. Langzeitcharakter 64
2. Rahmencharakter 64
3. Kooperationscharakter 65
4. Störanfälligkeitscharakter 66

III. Rechtliche Einordnung 67
1. Kaufvertrag? 67
2. Werkvertrag? 67
3. Vertrag *sui generis*? 68

§ 2 Inhaltliche Gestaltung des internationalen Industrieanlagenvertrages 70

I. Allgemeine Klauseln 70
1. Präambel, Definitionen und Auslegungsregeln 70
2. Allgemeine Pflichten des Auftragnehmers 73
3. Allgemeine Pflichten des Auftraggebers 74
4. Höhere Gewalt 75
5. Vertraulichkeit 77
6. Schlussbestimmungen 77

II. Kommerzielle/Technische Klauseln 79
1. Liefertermine, Voraussetzungen für den Beginn der Arbeiten 79
2. Subunternehmer 80
3. Technische Unterlagen 80
4. Mehrleistungen 81
5. Gefahr- und Eigentumsübergang 82
6. Abnahme 83
7. Gewährleistung 84

III. Finanzielle Klauseln 85
1. Vertragspreis 85
2. Bankgarantie, Konzernbürgschaft 86
3. Versicherung 87
4. Finanzierung 88

IV. Haftungsklauseln 88
1. Freistellung von Ansprüchen Dritter 88
2. Vertragsstrafe 89
3. Haftungsbegrenzung und Haftungsausschluss 89
4. Suspendierung und Kündigung 92

V. Rechtswahl- und Streitbeilegungsklauseln 94

§ 3 Die Bedeutung von Standardverträgen für die Praxis des internationalen Industrieanlagenvertrages 99

I. Nationale Standardverträge 101
1. Standardverträge in Deutschland 101
2. Standardverträge in Frankreich 104
3. Standardverträge in England 105
4. Standardverträge in den USA 107

II. Internationale Standardverträge 109
1. Die FIDIC-Bedingungen 110
2. Die ORGALIME-Bedingungen 112
3. Die EIC-Bedingungen 114
4. Die Weltbank-Bedingungen 115

§ 4 Der Einfluss privater Projektfinanzierung auf die Gestaltung von internationalen Industrieanlagenverträgen 116

I. Überblick über die Struktur privatfinanzierter Industrieanlagenprojekte 117
1. Allgemeine Betrachtungen 117
2. Die Projektteilnehmer 119
3. Die Projektverträge 124

II. Besonderheiten des privatfinanzierten Industrieanlagenprojekts 128
1. Das hohe Potential an Interessenkollision 128
2. Die Projektgesellschaft als Kunde 129
3. Die limitierten Rückgriffsmöglichkeiten der Banken 130
4. Der Grundsatz der Unveränderbarkeit des Vertragspreises und des Terminplans 131
5. Die Abwälzung von Verpflichtungen der Projektverträge auf den Anlagenvertrag 131
6. Der Bedarf nach Koordinierung von Rechtswahl und Streitbeilegung zwischen den Projektverträgen 133
7. Die allgemeine Tendenz zur Verschärfung der Haftungsregelungen 135

Dritter Teil
Die Bedeutung der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag

§ 1 Typologie der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag 137

I. Verzugspönalen 137
1. Gestaltung der Verzugspönale 137
2. Sonderfragen der Anwendung von Verzugspönalen 143
2.1 Verzugspönale und weitergehender Schaden 143
2.2 Verzugspönale und Kündigung bzw. Rücktritt 146
2.3 Verzugspönale und die „*Time is of the essence*“ Problematik 152
2.4 Verzugspönale und Schadensminimierung 154
2.5 Verzugspönale und Beschleunigungsbonus 156

2.6 Verzugspönale bei Multiblockanlagen 157

II. Technische Pönalen 160
1. Gestaltung der technischen Pönale 160
2. Sonderfragen der Anwendung technischer Pönalen 164
2.1 Technische Pönale und weitergehender Schaden 164
2.2 Technische Pönale und Kündigung bzw. Rücktritt 165
2.3 Technische Pönale und „*buy-down*"-Problematik 167
2.4 Technische Pönale und Bonus für verbesserte Garantiewerte 169
2.5 Technische Pönale und Gewährleistungspflicht 170
2.6 Technische Pönale und Verfügbarkeitswerte 172

§ 2 Funktion der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag 175

I. Druckfunktion 175
II. Schadenspauschalierungsfunktion 176
III. Haftungsbeschränkungsfunktion 178

Vierter Teil
Verringerung des Vertragsstrafenrisikos durch Vertragsgestaltung und Risikomanagement

§ 1 Risiken des Industrieanlagenbaus im Exportgeschäft und Risikomanagement 181

I. Überblick über die besonderen Risiken des Industrieanlagenbaus im Exportgeschäft 181
1. Devisenschwankungen 181
2. Lokale Gesetzgebung 182
3. Lokales Genehmigungsverfahren 183
4. Lokale Subunternehmer 183
5. Lokale klimatische Bedingungen 184
6. Exportkontrolle und Außenwirtschaftsrecht 185
7. Wirtschaftliche und politische Stabilität des Gastgeberlandes 185

8. Teilnahme des Gastgeberlandes an internationalen Abkommen 186

II. Überblick über die Methoden des Risikomanagements 187
1. Korrekte Risikoeinschätzung in der Angebotsphase 187
2. Korrekter Übergang zwischen Angebots- und Abwicklungsphase 188
3. Auswahl der richtigen Subunternehmer 189
4. Effektives Claims Management 189

§ 2 Risikoverringerung im Anlagenvertrag 190

I. Risikoverringerung bei Verzugspönalen 191
1. Korrekte Definition des vertraglichen Terminplans 191
2. Detaillierte Auflistung von Haftungsausschlussgründen 192
2.1 Höhere Gewalt 193
2.2 Verschulden des Auftraggebers 196
2.3 Bodenrisiko 199
2.4 Mehrleistungen 202
3. Anwendung des „*no harm/no foul*"-Prinzips 205
4. Progressive Ausgestaltung der Verzugspönale 208
5. Neutrales Abnahmeverfahren 209

II. Risikoverringerung bei technischen Pönalen 214
1. Korrekte Festlegung der Garantiewerte 214
2. Flexibilität beim Testverfahren 214
3. Verschulden des Auftraggebers 215
4. Mehrleistungen 217
5. Detaillierte Regelung des Testverfahrens 218

§ 3 Risikoverringerung im Konsortialvertrag und in Subunternehmerverträgen 219

I. Verteilung des Vertragsstrafenrisikos im Konsortialvertrag 220
1. Überblick über den Konsortialvertrag im internationalen Anlagengeschäft 220
1.1 Präambel, Definitionen und Auslegungsregeln 221
1.2 Leistungsumfang und Mehrleistungen 221
1.3 Federführung 222

1.4 Vorbereitung des Angebots, Durchführung des Anlagenvertrages 222
1.5 Zahlungsmodalitäten 223
1.6 Haftung 223
1.7 Vertragsverletzungen 224
1.8 Versicherungen und Bürgschaften 224
1.9 Höhere Gewalt 225
1.10 Vertraulichkeit 225
1.11 Streitbeilegung, Rechtswahl 226
1.12 Kündigung, Ablauf des Vertrages 227
1.13 Schlussbestimmungen 228
2. Die Methoden zur Verteilung des Vertragsstrafenrisikos unter Konsorten 228
2.1 Erste Methode: Anteilige Vorhaftung des Verantwortlichen mit überschiessender Solidarhaftung der Konsorten 229
2.2 Zweite Methode: Anteilige Vorhaftung aller Konsorten mit alleiniger Überschusshaftung des Verantwortlichen 230
3. Die Grenzen der Verteilung des Vertragsstrafenrisikos unter Konsorten 231
3.1 Interessenkollision zwischen Konsorten 231
3.2 Schwierigkeit der Ermittlung von Haftungsanteilen 233

II. Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos im Subunternehmervertrag 233
1. Überblick über den Subunternehmervertrag im Anlagengeschäft 233
1.1 Erste Kategorie: Der Subunternehmer als Zulieferer 234
1.2 Zweite Kategorie: Der Subunternehmer als Anlagenbauer 235
2. Die Methoden der Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos auf Subunternehmer 237
2.1 Erste Methode: Vollständige Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos 238
2.2 Zweite Methode: Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos unter Anpassung der maximalen Höhe der Vertragsstrafe 239

2.3 Dritte Methode: Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos unter Anpassung der Rate und der maximalen Höhe der Vertragsstrafe 239
2.4 Vierte Methode: Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos ohne Berücksichtigung des Anlagenvertrages 240
3. Die Grenzen der Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos auf Subunternehmer 241
3.1 Rechtliche Grenzen 241
3.2 Wirtschaftliche Grenzen 242

Fünfter Teil
Die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag aus internationalrechtlicher Sicht

§ 1 Internationales Wirtschaftsrecht 245

I. Internationale Abkommen und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 245
1. Internationale Abkommen zur Vereinheitlichung des Vertragsstrafenrechts 245
2. Internationale Abkommen zur Vereinheitlichung des Vertragsrechts 247

II. Übernationale Regelungen und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 249
1. Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge 249
1.1 Anwendbarkeit der Prinzipien auf internationale Anlagenverträge 250
1.2 Bestimmungen der Prinzipien zur Vertragsstrafe 251
2. Die Prinzipien des europäischen Vertragsrechts 253
2.1 Anwendbarkeit der Prinzipien auf internationale Anlagenverträge 253
2.2 Bestimmungen der Prinzipien zur Vertragsstrafe 254
3. Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches 254
3.1 Relevanz des Entwurfs für den internationalen Anlagenvertrag 255
3.2 Bestimmungen des Entwurfs zur Vertragsstrafe 256

III. Die *lex mercatoria* 257
1. Begriff der *lex mercatoria* 257
2. Relevanz der *lex mercatoria* für den internationalen Anlagenvertrag 259
3. Bestimmungen der *lex mercatoria* zur Vertragsstrafe 259

§ 2 Internationales Privatrecht 261

I. Die Rechtswahl und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 262
1. Rechtswahl 262
1.1 Bedeutung der Rechtswahl im internationalen Anlagenvertrag 262
1.2 Relevanz der Rechtswahl für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 264
2. Vertragsspaltung 265
2.1 Begriff der Vertragsspaltung im internationalen Privatrecht 265
2.2 Relevanz der Vertragsspaltung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 266

II. Eingriffsnormen/*Ordre Public* und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 267
1. Eingriffsnormen 267
1.1 Begriff der Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht 267
1.2 Relevanz der Eingriffsnormen für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 271
2. Ordre *Public* 273
2.1 Begriff des *ordre public* im internationalen Privatrecht 273
2.2 Relevanz des *ordre public* für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag 275

Zusammenfassung 280

Literaturverzeichnis 284

Abkürzungsverzeichnis Zeitschriften 323

Abkürzungsverzeichnis 324

Einleitung

Seit der Jahrtausendwende scheint sich die deutsche Fachliteratur erneut für die rechtlichen Aspekte des Anlagengeschäfts zu interessieren.

Anfang 2000 setzte sich der Berliner Baurechtler *Putzier* mit dem Konzept des Pauschalpreisvertrages, eine der häufigsten Erscheinungsformen des Anlagenvertrages, auseinander[1].

Im Jahre 2003 beschäftigte sich *Schwarze* mit dem Kooperationsprinzip im Baurecht, welches unter vielen Gesichtspunkten für den Anlagenbau von gleichwertiger Relevanz ist[2]. Nur zwei Jahre zuvor veröffentlichte *von Oppen* seine Analyse der Möglichkeiten, Konflikte im internationalen Industrieanlagenvertrag durch alternative Streitbeilegungsverfahren zu vermeiden oder zu erledigen[3].

Vielleicht ist darin die Antwort auf die Kritiker zu sehen, welche im Laufe des letzten Jahrhunderts bemängelten, die rechtliche Forschung zur Thematik des Anlagenbaus sei zu sehr vernachlässigt worden[4]. Beispielsweise äußerte sich *Graf von Westphalen* in den Siebziger Jahren, die Problematik des Anlagenvertrages und seiner komplizierten rechtlichen Aspekte wäre „so gut wie nicht erforscht"[5], und auch *Molls* kritisierte 1980, es gäbe im Forschungsgebiet des internationalen Anlagenvertrages „außerordentlich wenig Literatur"[6]. Weiterhin war in einem von *Fischer* im Jahre 1984 veröffentlichten Beitrag zur Abnahme beim Anlagengeschäft immer noch zu lesen: „In Rechtsprechung und Lehre hat das Anlagengeschäft nicht das Echo gefunden, das seiner wirtschaftlichen Bedeutung entspricht. Die Zahl der Beiträge ist gering"[7].

---

[1] *Putzier*, Der Pauschalpreisvertrag.
[2] *Schwarze*, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts.
[3] *von Oppen*, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und – erledigung.
[4] Siehe hierzu *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 6.
[5] *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, S. 1126.
[6] *Molls,* Haftungsfragen im internationalen Anlagengeschäft, ZfBR 1980, S. 55.
[7] *Fischer,* Die Abnahme beim Anlagengeschäft, DB 1984, S. 2125.

Seit dieser Vielzahl kritischer Betrachtungen haben sich mehrere Autoren im Bereich der Rechtswissenschaft, aber auch Volks- und Betriebswirtschaft darum bemüht, diese Lücke durch Forschung zu schließen[8]. Doch trotz dieser Fortschritte bleibt festzuhalten, dass im Verhältnis zur überragenden Bedeutung des Anlagenbaus für die nationale und internationale Wirtschaft der Umfang der Literatur in diesem Rechtsgebiet immer noch zu gering ist[9].

Ferner ist offensichtlich, dass die meisten die Problematik des Anlagenvertrages behandelnden Werke bereits in den Achtziger Jahren veröffentlicht wurden[10]. Außer den oben erwähnten Veröffentlichungen wurden kaum neue grundlegende Beiträge herausgegeben[11]. Für ein unter dem Einfluss der ständigen Entwicklung der Kautelarpraxis sowie der Verschärfung des internationalen Wettbewerbs stehendes Gebiet ist die Literatur der Achtziger Jahre jedoch unter vielen Gesichtspunkten überholt. Insbesondere hinsichtlich der neuesten Explosion internationaler Großprojekte auf privatfinanzierter Basis werden Rechtsfragen aufgeworfen, die in der Literatur der Achtziger Jahre gar nicht behandelt wurden und bis heute lediglich sporadisch angetastet worden sind[12].

Aus diesen Gründen ist es das Hauptziel dieser Arbeit, einen aktuellen, ergänzenden Beitrag zur deutschen Literatur im Bereich der rechtlichen Aspekte des Anlagenbaus zu leisten. Dabei soll zunächst der jetzige Stand der internationalen Vertragspraxis widergespiegelt werden, denn eine

---

[8] Siehe u.a. *Kirchgässer,* Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anlagenvertrages, ZfbF 33 (1981), S. 936 ff.*; Lappe*, Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus; *Flocke*, Risiken beim internationalen Anlagenvertrag; *Hopfenbeck*, Planung und Errichtung von kompletten Industrieanlagen in Entwicklungsländern; *Hautkappe,* Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau*; Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr; *Michaelis de Vasconcellos*, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag.

[9] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 6.

[10] Die in der Fußnote 8 zitierten Werken wurden zwischen 1974 und 1988 veröffentlicht.

[11] In Betracht kommen hauptsächlich: *Lucheschi*, Rechtsprobleme bei Verträgen über Großprojekte; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC Standardbedingungen.

[12] Außer *Nicklisch* und die Teilnehmer seines regelmäßigen Technikforums in Heidelberg scheint sich niemand in Deutschland an die neuesten Themen der rechtlichen Aspekten der Privatfinanzierung von Großprojekten ernsthaft zu interessieren (ausführlich zu privatfinanzierten Anlagenprojekten unten, ab S.116).

Studie gezielter Rechtsfragen des Anlagenvertrages kann nur mit Rücksicht auf die Kautelarpraxis sinnvoll unternommen werden.

Anlagenverträge werden nicht vom Gesetzgeber entwickelt, sondern von Wirtschaftsanwälten, Finanzexperten, Ingenieuren, Versicherungsberatern und zahlreichen Experten innerhalb nationaler und internationaler Konzerne, deren Erfahrung bei der Vorbereitung und Verhandlung von Anlagenverträgen einfließt. Dementsprechend soll, neben der Darstellung der dogmatischen Rechtsfragen, auch eine Betrachtung der praktischen Fragen, mit denen Akteure des internationalen Anlagengeschäfts täglich konfrontiert werden, erfolgen.

Unter den vielfältigen Themen, die im Rahmen einer Analyse der rechtlichen Problematik des Anlagenvertrages erörtert werden könnten, wird sich diese Arbeit auf die Vertragsstrafe in internationalen Industrieanlagenverträgen konzentrieren. Diese Thematik zeigt ihrerseits drei Facetten:

1. **Vertragsstrafe**:

Eine Betrachtung der Hauptpflichten des Anlagenbauers zeigt, dass dieser vertraglich zwei Hauptziele zu erreichen hat:

- Er ist verpflichtet, die Anlage zum garantierten Zeitpunkt zu liefern;
- und die Anlage in Übereinstimmung mit garantierten technischen Leistungsmerkmalen zu erstellen.

Verletzungen dieser Pflichten werden in der Praxis des Anlagengeschäfts mit Vertragsstrafen, auch „Pönalen" genannt, sanktioniert. Aus diesem Grund ist die Vertragsstrafe als eine zentrale Frage des Anlagenvertragsrechts zu betrachten[13]. In diesem Zusammenhang wird oft der Fehler begangen, rechtliche Themen der Vertragsstrafe zu vereinfachen. Sobald sich Auftragnehmer und Auftraggeber im Rahmen internationaler Verhandlungen auf die Summe der Vertragsstrafe geeinigt haben, wird der Schluss gezogen, alle Schwierigkeiten um die Gestaltung der Vertragsstrafe und ihrer Funktion im Vertrag seien gelöst. Diese Arbeit soll demgegenüber verdeutlichen, dass die Problematik der Vertragsstrafe im

[13] Vgl. *Bschorr/Zanner*, nach denen im Baurecht die Vertragsstrafe „eine zentrale Regelung von besonderer Bedeutung in jedem Bauvertrag" darstellt (*Bschorr/Zanner*, die Vertragsstrafe im Bauwesen, S. 2).

Anlagenvertrag nicht auf die Einigung über die zu zahlende Summe reduziert werden kann. Vielmehr müssen zahlreiche Vertragsparameter betrachtet werden, um das tatsächliche Risiko einer Haftung des Anlagenbauers aus Verzug oder technischen Mängeln und die damit verbundenen Vertragsstrafen einschätzen zu können.

2. Internationale Dimension:

Deutschland ist ein stark industrialisiertes Land, in dem ein hochentwickeltes Netz von Infrastrukturen den öffentlichen und privaten Bedarf bereits weitgehend deckt. Projekte zur Errichtung von Industrieanlagen befinden sich dabei jedoch oft im Ausland, insbesondere in Entwicklungsländern, und stellen ein wichtiges Element des Außenhandels dar.

Deshalb ist es notwendig, diese Studie nicht auf den Binnenmarkt zu beschränken, sondern sich hauptsächlich mit rechtlichen Fragen des internationalen Anlagengeschäfts zu beschäftigen.

Dies ist vor allem deshalb angebracht, weil das internationale Anlagengeschäft viel schärfere Fragen als das nationale aufwirft. Internationale Großprojekte sind viel riskanter als Projekte im eigenen Land: Im internationalen Kontext wird der deutsche Unternehmer mit fremden Sprachen, anderen politischen und geographischen Situationen, Handelsbräuchen, technischen Normen und Rechtssystemen konfrontiert. All diese Faktoren vervielfachen das Risiko, die Anlage entweder spät oder mit Defekten an den Vertragspartner zu liefern. Naturgemäß erhöht sich dadurch ebenfalls das Vertragsstrafenrisiko.

3. Industrieanlagen:

Es gibt mehrere Arten von Anlagen, die Gegenstand eines Anlagenvertrages sein können. Diese Arbeit wird sich ausschließlich mit Industrieanlagen befassen, da die technischen Herausforderungen solcher Anlagen wiederum außerordentlich komplexe Rechtsthemen aufwerfen.

Der Wunsch nach immer mehr technischem Fortschritt, um umweltfreundlicher und finanziell rentabler Anlagen zu bauen, hat in den letzten Jahren ganz deutlich zu einer steigenden Erwartung der Kundschaft an technische Leistungen geführt. Diese hohen Anforderungen bringen für

den Lieferanten der Industrieanlage ein erhöhtes Vertragsstrafenrisiko mit sich, da stets die neuesten technischen Lösungen angeboten werden müssen. Die technischen Herausforderungen internationaler Großprojekte schaffen aber nicht nur rein technische Risiken. Wenn die Anlage zum vereinbarten Termin wegen mangelnden Leistungen vom Auftraggeber nicht abgenommen wird, wandelt sich das ursprünglich technische Problem in ein Verzugsproblem. In solchen Situationen taucht das Vertragsstrafenrisiko doppelt, nämlich technisch und zeitlich, auf.

Die Arbeit ist in der Weise gegliedert, dass zunächst die Vertragsstrafe in verschiedenen Ländern dargestellt wird, um den Leser mit diesem Rechtsinstitut global vertraut zu machen. Diese Präsentation dient weiterhin dazu, die weltweit mangelnde Uniformität in diesem Rechtsgebiet zu belegen. Die für die rechtsvergleichende Studie ausgewählten Rechtssysteme sind die Deutschlands, Frankreichs, Englands und das der USA.

Der zweite Teil soll es dem Leser anschließend ermöglichen, einen Überblick über charakteristische rechtliche Problemlagen des internationalen Industrieanlagenvertrages zu gewinnen. Dieser Teil ist die Voraussetzung, um im Laufe der weiteren Teile der Arbeit effizient die Bedeutung der Vertragsstrafe für diesen komplexen Vertragstyp analysieren zu können.

Mit den Teilen drei und vier wird der Kern der Problematik erreicht. Der dritte Teil soll die Frage beantworten, welche Funktion die Vertragsstrafe in internationalen Industrieanlagenverträgen aus Sicht des Auftragnehmers und des Auftraggebers erfüllt. Im Laufe dieser Analyse werden die verschiedenen Arten der in der Praxis üblichen Vertragsstrafen dargestellt.

Im vierten Teil wird daraufhin beleuchtet, inwieweit das Vertragsstrafenrisiko im internationalen Industrieanlagengeschäft durch sorgfältige und ausgewogene Vertragsgestaltung verringert, beziehungsweise zwischen den Projektteilnehmern verteilt werden kann.

Im letzten Teil werden schließlich Sonderfragen des internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts im Hinblick auf die Problematik der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag behandelt. Dabei werden die aufgrund der internationalen Dimension der Durchführung von Großprojekten im Exportgeschäft auftretenden kollisionsrechtliche Fragen erläutert.

Ein wesentlicher Teil der dargestellten Überlegungen beruht auf der beruflichen Erfahrung des Verfassers mit der rechtlichen Erarbeitung und Abwicklung von internationalen Großprojekten auf mehreren Kontinenten der Welt, sowie auf dem Meinungsaustausch mit zahlreichen, im Bereich des internationalen Anlagengeschäfts tätigen, Anwälten und Unternehmensjuristen.

Aufgrund von industrieüblichen Geheimhaltungsversprechen konnten Originalverträge oder Ausschreibungsbedingungen nicht offen in der Arbeit zitiert werden. Die Auswertung dieser Unterlagen ist dennoch wesentlicher Hintergrund der dargestellten Überlegungen.

Die in dieser Arbeit im Hinblick auf bestimmte vertragliche Themen vorgeschlagenen Klauseln sind vom Verfasser entwickelte Beispiele, die zu Illustrationszwecken vereinfacht und anonymisiert wurden.

* * *

Erster Teil

Die Vertragsstrafe in rechtsvergleichender Hinsicht

Das Verständnis der Problematik der Vertragsstrafe in internationalen Industrieanlagenverträgen setzt ein gutes Verständnis der Vertragsstrafe als Rechtsinstitut voraus. Deshalb wird in diesem ersten Teil zunächst die Vertragsstrafe in ausgewählten Rechtssystemen zusammenfassend dargestellt. Diese Darstellung soll u.a. dazu dienen, die Unterschiede zwischen den Regelungen zur Vertragsstrafe in den verschiedenen Ländern zu unterstreichen. Nur auf diese Weise wird deutlich, warum die Rechtswahl bei der Problematik der Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag eine wesentliche Rolle spielt. Wie bereits in der Einführung ausgeführt, wurden Deutschland, Frankreich, England und die Vereinigten Staaten für die Rechtsvergleichung ausgewählt.

§ 1 Die Vertragsstrafe in der zivilrechtlichen Praxis

I. Deutsches Recht

1. Definition und Rechtsquellen

Die Vertragsstrafe wird im deutschen Recht üblicherweise als eine meistens aus Geld bestehende Strafe definiert, die der Schuldner dem Gläubiger vertraglich zu dessen Absicherung im Falle der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht[1].

Die gesetzlichen Regelungen zur Vertragsstrafe befinden sich in den §§ 339 - 345 BGB.

[1] Siehe hierzu u.a. *Jauernig/Vollkommer*, BGB, § 339, Rdnr. 1; *Erman/Westermann*, BGB, Vorbemerkung zu §§ 339-345, Rdnr. 4; *Palandt/Heinrichs,* BGB, Vorbemerkung vor § 339, Rdnr. 1. Diese Definition ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 339 BGB.

§ 339 BGB beschäftigt sich mit der Klärung, wann die Vertragsstrafe als verwirkt gelten soll. Demnach ist die Vertragsstrafe als verwirkt anzusehen, wenn der Schuldner, der eine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, in Verzug kommt[2]. Bestand die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so ist die Vertragsstrafe zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung verwirkt[3].

§§ 340 und 341 BGB dienen der Unterscheidung zwischen Vertragsstrafen für Nichterfüllung und Vertragsstrafen für nicht gehörige Erfüllung:

- Im Fall des § 340 BGB, welcher sich auf die Nichterfüllung bezieht, hat der Gläubiger ein Wahlrecht: Er kann entweder die Strafe oder Erfüllung der Verbindlichkeit verlangen[4]. Verlangt der Gläubiger die Strafe, so entfällt der Anspruch auf Erfüllung[5]. Die Regelung ist im Hinblick auf die Verwendung von Vertragsstrafen in Anlagenverträgen insofern höchstinteressant, als sie normiert, dass die Vertragsstrafe als Mindestbetrag des Schadens zu betrachten ist[6]. Soweit keine vertragliche Sondervereinbarung stattgefunden hat, ist der Gläubiger auf Basis dieser Regelung dazu berechtigt, zusätzlich zur Zahlung der Strafe Schadensersatz zu verlangen[7].

- Gem. § 341 BGB, der den Fall der nicht gehörigen Erfüllung regelt, kann der Gläubiger die Vertragsstrafe neben der Erfüllung verlangen[8]. Hier ist der Gläubiger auch berechtigt, den Ersatz des weitergehenden Schadens zu verlangen, wenn die vereinbarte Strafe den tatsächlich eingetretenen Schaden nicht abdeckt[9]. Eine Besonderheit des deutschen Rechts ist die Voraussetzung, dass sich der Gläubiger zur Zeit der Annahme das Recht auf Zahlung der Vertragsstrafe vorbehalten muss, um

---

[2] § 339 Satz 1.
[3] § 339 Satz 2.
[4] § 340 (1) Satz 1.
[5] § 340 (1) Satz 2.
[6] § 340 (2).
[7] Die Regelung des § 340 (2) ist abdingbar. Die Parteien können deshalb vereinbaren, dass mit Zahlung der Vertragsstrafe weitere Ansprüche ausgeschlossen sind. Siehe hierzu *Münchener Kommentar/Gottwald*, § 340, Rdnr. 1.
[8] § 341 (1).
[9] § 341 (2) verweist hier auf § 340 (2).

seinen Anspruch nicht zu verlieren[10], wobei diese Regelung aber durch individuelle Abrede abdingbar ist[11].

§ 342 BGB betrifft den Fall, dass die Parteien als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme vereinbart haben. Dieser Fall ist für die Problematik der Vertragsstrafe in Anlagenverträgen jedoch nicht relevant, da dort stets eine Geldsumme als Strafe versprochen wird. Insofern wird im Rahmen der Arbeit auf § 342 BGB nicht weiter eingegangen.

§ 343 BGB normiert die Bedingungen, unter denen eine unverhältnismäßig hohe Strafe herabgesetzt werden kann. Für die Problematik der Vertragsstrafe in Anlagenverträgen ist diese Regelung äußerst wichtig, denn Vertragspartner im Anlagengeschäft haben ein Interesse daran, dass ihre vertraglichen Vereinbarungen nicht aufgrund gesetzlicher Regelungen beeinträchtigt werden. Aus diesem Grund wird § 343 BGB in den folgenden Abschnitten Gegenstand einer ausführlicheren Darstellung sein[12].

Laut § 344 BGB wird die Strafe unwirksam, wenn die Verbindlichkeit, die sie decken sollte, für unwirksam erklärt wird. Das damit geregelte Prinzip der „Akzessorietät"[13] zeigt, inwieweit die Vertragsstrafe von der Hauptverbindlichkeit abhängt.

§ 345 BGB beinhaltet schließlich eine Beweislastregel, gemäß welcher der Schuldner, der die Zahlung einer Strafe verweigert, den Nachweis der Erfüllung erbringen muss.

2. Funktion der Vertragsstrafe im deutschen Recht

Der neueste Aufsatz *Gottwalds*[14] über die Stellung der Vertragsstrafe im deutschen Recht liefert einen guten Beleg dafür, dass die

---

[10] § 341 (3).
[11] *Soergel/Lindacher*, BGB, § 341, Rdnr. 16.
[12] Siehe unten, ab S. 13.
[13] Zur „Akzessorietät" der Vertragsstrafe, siehe *Horschitz*, Atypische Vertragsstrafen, NJW 1978, S. 1958; *Jauernig/Vollkommer*, BGB, § 339, Rdnr. 2; *Münchener Kommentar/Gottwald*, § 339, Rdnr. 6.
[14] *Gottwald*, in: FS für Alfred Söllner, S. 379 ff. In diesem Zusammenhang, siehe auch *Hess*, Die Vertragsstrafe; *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S. 133 ff.

Kontroverse um die Funktion dieses Rechtsinstituts noch nicht abgeschlossen ist.

Nach der herrschenden Meinung[15] erfüllt die Vertragsstrafe eine doppelte Funktion: Auf der einen Seite soll sie den Schuldner durch eine Druckfunktion dazu anhalten, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Auf der anderen Seite soll sie dem Gläubiger den Ausgleich seines Schadens erleichtern, denn er braucht den tatsächlichen Eintritt des Schadens oder seine Höhe nicht nachzuweisen. In der deutschen ständigen Rechtsprechung wird dieses Konzept der „Bifunktionalität"[16] folgenderweise erläutert: „Die Vertragsstrafe hat eine doppelte Zielrichtung. Sie soll einmal als Druckmittel den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung seiner versprochenen Leistung anhalten; zum anderen soll sie dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis eröffnen"[17].

Gegen die doppelte Funktion der Vertragsstrafe wehrt sich insbesondere *Lindacher*, der von einem monofunktionalen Verständnis der Vertragsstrafe ausgeht[18]. Nach der These Lindachers soll die Vertragsstrafe ausschließlich der Primärleistungserzwingung (Druckmittelfunktion), jedoch nicht der Erleichterung des Schadensausgleichs dienen[19].

Die Debatte in der deutschen Literatur um die Funktion der Vertragsstrafe hängt eng damit zusammen, ob und inwieweit das Rechtsinstitut der Vertragsstrafe von Schadenspauschalierungsabreden zu unterscheiden ist. Auf diesen Unterschied soll daher nachfolgend näher eingegangen werden.

---

[15] Siehe u.a. *Münchener Kommentar/Gottwald*, Vorbemerkung vor § 339, Rdnr. 3; *Palandt/Heinrichs,* BGB, Vorbemerkung vor § 339, Rdnr. 1; *Staudinger/Rieble*, BGB, Vorbemerkungen zu §§ 339 ff., Rdnr. 8; *Kleine-Möller*, Die Vertragsstrafe im Bauvertrag, BB 1976, S. 44; *Weyer*, Verteidigungsmöglichkeiten des Unternehmers gegenüber einer unangemessen hohen Vertragsstrafe, BauR. 1988, S. 28.

[16] Zur „Bifunktionalität", siehe *Münchener Kommentar/Gottwald*, Vorbemerkung vor § 339, Rdnr. 3.

[17] BGH NJW 1993, 2993; BGH NJW 1988, 2536; BGH NJW 1975, 163; zitiert bei *Staudinger/Rieble*, BGB, Vorbemerkungen zu §§ 339 ff., Rdnr. 8, S. 203.

[18] *Lindacher*, Phänomenologie der Vertragsstrafe, S. 57 ff.

[19] Siehe hierzu die Erklärungen von *Teplitzky*, Besprechung der Habilitationsschrift "Phänomenologie der Vertragsstrafe" von Walter Lindacher, NJW 1973, S. 360, und von *Schlechtriem*, Besprechung der Habilitationsschrift "Phänomenologie der Vertragsstrafe" von Walter Lindacher, JZ 1973, S. 334 ff.

3. Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung: Die Abgrenzungsproblematik

Im Laufe des zwanzigsten Jahrhunderts, insbesondere nach dem zweiten Weltkrieg, hat sich für Formularverträge in Deutschland die Praxis entwickelt, überwiegend als Schadensersatzleistung bezeichnete Geldsummen für den Fall zu vereinbaren, dass der Schuldner seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte[20]. Da das BGB damals den Begriff des pauschalierten Schadensersatzes nicht kannte[21], ist die Frage aufgetaucht, ob Schadenspauschalierungsabreden ein eigenständiges Rechtsinstitut bilden (Differenzierungstheorie) -in diesem Fall wären die §§ 339 bis 345 BGB nicht anzuwenden-, oder ob sie als eine Vertragsstrafenvereinbarung zu bewerten sind (Einheitslehre)[22].

Obwohl diese Frage in der Vergangenheit sehr heftig debattiert wurde[23], ist heute wenig zweifelhaft, dass es sich bei der Vertragsstrafe und der Schadensersatzpauschalierung um zwei separate Rechtsinstitute handelt[24]. Dies wird unter anderem dadurch belegt, dass der im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 neugefasste § 309 (5) BGB den Begriff Schadensersatzpauschale benutzt, während der neugefasste § 309 (6) BGB den Begriff Vertragsstrafe verwendet. Diese neuen Paragraphen des BGB spiegeln die §§ 11 (5) und 12 (6) AGBG des im Jahre 1976 in Deutschland eingeführte AGB-Gesetzes wider, die

---

[20] *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 15 und S. 42 ff.; *Zugehör*, Pauschalierter Schadensersatz, NWJ 1967, S. 1895.

[21] Als Folge des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 ist der Begriff pauschalierter Schadensersatz nun in § 309 (5) direkt im BGB verankert.

[22] *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 72.

[23] Siehe die Analyse von *Fischer* über die verschiedenen Theorien zur dogmatischen Einordnung von Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen *(Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 72 ff.).

[24] *Bucksch*, Rechtsvergleich zu Vertragsstrafe und/oder pauschaliertem Schadensersatz - Überblick über die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, England, Frankreich, Schweiz, Österreich, RIW 1984, S. 779*; Berger*, Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im internationalen Wirtschaftsrecht, RIW 1999, S. 404 und 405; *Bötticher*, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 1970, S. 35 ff.*; Münchener Kommentar/Gottwald*, Vorbemerkung vor § 339, Rdnr. 3; *Erman/Westermann*, BGB, Vorbemerkung zu §§ 339-345, Rdnr. 2; *Beuthien*, in: FS für Karl Larenz, S. 498 ff.; *Hess*, a.a.O., S. 125 ff.

mit der BGB-Novelle direkt ins BGB aufgenommen wurden[25]. Spätestens zum Zeitpunkt dieser gesetzlichen Einführung des Konzepts der Schadensersatzpauschalierung durch das AGB-Gesetz wurde die Kontroverse um die Eigenständigkeit dieses Rechtsinstituts gegenüber Vertragsstrafen im bejahenden Sinn entschieden[26].

Demgegenüber sind Rechtsprechung und Literatur bis heute bemüht, geeignete Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung der beiden Institute zu entwickeln. Diese Abgrenzung ist deshalb schwierig, weil sich die beiden Institute in ihren wirtschaftlichen Zielen überlagern[27]. Man geht dabei von der Annahme aus, dass die Schadensersatzpauschalierungsabrede allein der Vereinfachung der Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs dient[28]. Insofern kommt der Pauschale, im Gegensatz zur Vertragsstrafe, „rechtlich und wirtschaftlich ausschließlich Ausgleichsfunktion"[29] zu und sie kann deshalb als „der Versuch einer antizipierten Schadensschätzung" angesehen werden[30]. Als Rückschluss ist eine Klausel, die mehr bezweckt als die Erleichterung des Schadensnachweises, tendenziell als Vertragsstrafe zu qualifizieren[31].

Die hohe praktische Relevanz der Unterscheidung zwischen Vertragsstrafe und Schadensersatzpauschale ergibt sich im Wesentlichen aus zwei Gesichtspunkten:

- Während bei der Vertragsstrafe der Gläubiger weder den Eintritt noch die Höhe des Schadens beweisen muss, ist der Nachweis eines konkreten Schadens bei der Pauschalierungsabrede unentbehrlich, da die Pauschale begrifflich eine Einschätzung der Schadenshöhe sein soll[32]. Für den Gläubiger erscheint die Vertragsstrafe deshalb in denjenigen Fällen interessant, in denen

---

[25] Siehe hierzu *Palandt/Heinrichs*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 309, Rdnr. 1 ff.
[26] *Soergel/Lindacher*, BGB, Vorbemerkungen vor § 339, Rdnr. 21.
[27] *Beuthien*, a.a.O., S. 498. Siehe auch *Gottwald*, in: FS für Alfred Söllner, S. 383 ff.
[28] BGH NJW 1970, 29, 32, zitiert bei *Knacke*, Die Vertragsstrafe im Baurecht, S. 10.
[29] *Beuthien*, a.a.O., S. 500.
[30] *Soergel/Lindacher*, BGB, Vorbemerkungen vor § 339, Rdnr. 20.
[31] *Erman/Westermann*, BGB, Vorbemerkung zu §§ 339-345, Rdnr. 2.
[32] *Knacke*, Die Vertragsstrafe im Baurecht, S. 10.

der tatsächliche Eintritt eines Schadens sich nur schwer beweisen lässt oder der Schaden an sich nicht ersatzfähig ist[33].

- Weiterhin unterliegen vertragliche Abrede von Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Bereich der richterlichen Kontrolle nicht denselben Bestimmungen: Die Pauschale wird von den §§ 339 ff. BGB -mithin auch von § 343 BGB, der die richterliche Kontrolle von Vertragsstrafen regelt- nicht erfasst[34]. Laut *Beuthien* ist diese unterschiedliche rechtliche Situation im Hinblick auf die Inhaltskontrolle eine Kernfrage im Einordnungsstreit um den pauschalierten Schadensersatz[35]. In Anbetracht der erheblichen Bedeutung dieser Problematik soll die Frage der Inhaltskontrolle von Vertragsstrafe bzw. Schadenspauschalierung nachfolgend näher analysiert werden.

4. Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung

Vertragsstrafen bergen die Gefahr, dass der Schuldner in der Euphorie der gewünschten Vertragsunterzeichnung eine abnormal hohe Strafe akzeptiert, weil er davon ausgeht, dass die Verwirkung der Vertragsstrafe ohnehin niemals eintritt[36]. In solchen Situationen ermöglicht das deutsche Recht unter bestimmten Voraussetzungen eine Einschränkung der Privatautonomie durch eine Inhaltskontrolle von Vertragsstrafenabreden.

4.1 Die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen

Das Thema der inhaltlichen Kontrolle von Vertragsstrafen beschäftigte die Rechtswissenschaft schon Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts[37]. Ausgangspunkt für die Kontrolle von Vertragsstrafen in Individualverträgen ist § 343 BGB. Diese Vorschrift beinhaltet drei wichtige Regelungen:

---

[33] *Jauernig/Vollkommer*, BGB, § 339, Rdnr. 3.
[34] *Münchener Kommentar/Gottwald*, Vorbemerkung vor § 339, Rdnr. 3.
[35] *Beuthien*, a.a.O., S. 497.
[36] *Knütel*, Verfallsbereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, AcP 175 (1975), S. 44.
[37] Siehe z.B. den im Jahre 1900 veröffentlichten Beitrag von *Hölder*, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe, Das Recht 1900, S. 161 ff.

- Nur unverhältnismäßig hohe verwirkte Strafen können auf Antrag des Schuldners vom Richter herabgesetzt werden[38]. Die Strafe ist als angemessen zu betrachten, „wenn sie unter dem Erfüllungssicherungsaspekt erforderlich war"[39]. Da die Herabsetzung nur auf Antrag des Schuldners erfolgen kann, kommt eine Herabsetzung von Amts wegen nicht in Frage[40].

- Um herauszufinden, ob eine Strafe unverhältnismäßig hoch ist, muss nicht nur das Vermögensinteresse, sondern jedes berechtigte Interesse des Gläubigers beachtet werden[41]. Dabei sind alle konkreten Aspekte des Einzelfalles zu berücksichtigen, wie zum Beispiel der Grad des Schuldnerverschuldens, die finanzielle Situation des Schuldners oder auch die Höhe bzw. das Fehlen eines eingetretenen Schadens[42]. Die Rechtsfolge der Feststellung einer unangemessenen Strafe ist die Herabsetzung auf einen angemessenen Betrag[43]. § 343 BGB gibt dabei keinen Anhaltspunkt, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unangemessenheit maßgeblich ist. Es wird dem Richter überlassen zu entscheiden, ob auf den Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung, der Verwirkung der Strafe oder des gerichtlichen Verfahrens abzustellen ist[44].

- Soll die Strafe vom Gläubiger entrichtet werden, fällt eine Herabsetzung aus[45]. Der Gläubiger ist nicht schutzbedürftig, denn die etwaige Zahlung der Strafe durch ihn selbst verdeutlicht, dass diese gerade nicht unangemessen ist[46].

Im Hinblick darauf, dass Anlagenverträge in der Regel zwischen Kaufleuten verhandelt werden, ist die Regelung des § 348 HGB von Bedeutung. Nach dieser Vorschrift ist § 343 BGB auf Verträge zwischen Kaufleuten nicht anwendbar. Diese Lösung wird haupt-

---

[38] § 343, Absatz 1, Satz 1.
[39] *Soergel/Lindacher*, BGB, § 343, Rdnr. 13.
[40] *Staudinger/Rieble*, BGB, § 343, Rdnr. 50.
[41] § 343, Absatz 1, Satz 2.
[42] *Palandt/Heinrichs,* BGB, § 343, Rdnr. 7.
[43] *Jauernig/Vollkommer*, BGB, § 343, Rdnr. 5.
[44] *Münchener Kommentar/Gottwald*, § 343, Rdnr. 18; *Erman/Westermann*, BGB, § 343, Rdnr. 4.
[45] § 343, Absatz 1, Satz 3.
[46] *Staudinger/Rieble*, BGB, § 343, Rdnr. 43.

sächlich damit gerechtfertigt, dass Kaufleute als erfahrene Vertragsparteien weniger schutzwürdig sind[47].

Dies bedeutet aber nicht, dass eine Kontrolle der Vertragsstrafe im kaufmännischen Verkehr völlig ausfällt: Vertragsstrafen, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind gem. § 138 BGB für nichtig zu erklären[48]. Hier müssen jedoch besondere Umstände, wie beispielsweise die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz oder die Ausnutzung wirtschaftlicher Macht, vorliegen[49]. Es wird also mehr benötigt als lediglich der Nachweis, dass die Strafe unverhältnismäßig hoch ist. Auch mit dem Rückgriff auf Treu und Glauben im Rahmen des § 242 BGB kann die Vereinbarung einer Strafe in Verträgen zwischen Kaufleuten als unzulässig qualifiziert werden, wobei dies nur in extremen Fällen von Rechtsmissbrauch anerkannt werden sollte[50].

Schließlich ist zu erwähnen, dass die Vertragsstrafe im kaufmännischen Verkehr mit Hilfe der im neuen § 313 BGB kodifizierten Theorie des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vom Richter angepasst werden kann, wenn nach Abschluss des Vertrages neue, unvorhersehbare Verhältnisse (z.B. extreme Geldwertänderung) zu einer unangemessen Strafe führen[51].

Die o. g. Regelungen gelten jedoch nur, wenn die Vertragsstrafe im Rahmen eines Individualvertrages vereinbart wurde. Ist die Strafe Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so sind die, als Folge der Integration des AGB-Gesetzes in das BGB durch die BGB-Novelle neu gefassten, §§ 305 ff. BGB anwendbar[52]. Hier sind zwei Vorschriften für die Vertragsstrafe relevant. Laut § 309 (6) BGB[53] sind Bestimmungen unwirksam, „durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil

---

[47] *Köhler*, in: FS für Joachim Gernhuber, S. 211.
[48] *Berger*, Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im internationalen Wirtschaftsrecht, RIW 1999, S. 405.
[49] *Palandt/Heinrichs,* BGB, § 343, Rdnr. 3.
[50] *Staudinger/Rieble*, BGB, § 343, Rdnr. 33.
[51] *Soergel/Lindacher*, BGB, § 343, Rdnr. 27; *Münchener Kommentar/Gottwald*, § 343, Rdnr. 4.
[52] Siehe hierzu *Palandt/Heinrichs,* Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, §§ 305 ff.
[53] § 309 (6) BGB nF entspricht den § 11(6) AGBG aF.

sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird". § 309 (6) BGB zielt also auf die Art von Vertragsstrafen ab, die in Bezug auf Anlagenprojekte den Auftraggeber und nicht den Auftragnehmer betreffen.

Vertragsstrafen, die dieser Kategorie nicht angehören, unterliegen daher der lediglich generellen Inhaltskontrolle des § 307 I BGB, nach dem die Vereinbarung einer Vertragsstrafe unwirksam wird, wenn sie „den Vertragspartner des Verwenders, entgegen den Geboten von Treu und Glauben, unangemessen benachteiligt"[54]. Die Rechtsprechung unter der Geltung des AGBG gab in diesem Bereich keine generellen Richtlinien vor, so dass die Beurteilung der Angemessenheit von Strafen zwangsläufig von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängig war[55]. Für jeden einzelnen Fall musste analysiert werden, wie hoch die Strafe im Vergleich zum gesamten Vertragspreis war, ob die Strafe überhaupt eine Höchstbegrenzung hatte oder ob die Strafe proportional zum eingetretenen Schaden abnormal hoch war[56].

Zwar werden Änderungen der Beurteilungskriterien für die Inhaltskontrolle von AGB-Bestimmungen erwartet, da die BGB-Novelle Neuregelungen des Verjährungs-, Leistungsstörungs-, Kauf- und Werkvertragsrechts eingeführt hat[57]. Dennoch werden aber die Entscheidungen, die spezifisch in dem Rechtsgebiet der Vertragsstrafe während der Gültigkeitsperiode des AGBG ergangen sind, weiterhin wichtige Anhaltspunkte für die Beurteilung liefern.

Schließlich soll darauf hingewiesen werden, dass die Inhaltskontrolle von Vertragsstrafen nach § 307 BGB auch für formularmäßige Verträge gegenüber Unternehmern gilt[58]. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass während der Gültigkeitsperiode des AGBG eine Großzahl der Gerichtsentscheidungen Streitigkeiten unter Kaufleuten betraf[59].

---

[54] § 307 BGB nF entspricht den § 9 AGBG aF.
[55] *Staudinger/Rieble*, BGB, § 339, Rdnr. 45.
[56] *Berger*, Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im internationalen Wirtschaftsrecht, RIW 1999, S. 405.
[57] *Palandt/Heinrichs,* Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 307, Rdnr. 1.
[58] *Soergel/Lindacher*, BGB, § 343, Rdnr. 27.
[59] *Micklitz*, La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 - Bilan de onze années d'application, RIDC 1989, S. 103.

4.2 Die Inhaltskontrolle von Schadenspauschalierungen

Wie bereits oben ausgeführt, sind nach herrschender Meinung Schadenspauschalierungen von der Vertragsstrafe zu unterscheiden, da sie ein separates Rechtsinstitut bilden[60]. Daraus folgt, dass § 343 BGB auf Schadenspauschalierungsabreden nicht anwendbar ist[61]. Dies führt wiederum dazu, dass die Schadensersatzpauschale für den Schuldner gefährlicher als die Vertragsstrafe sein kann[62]. Eine Anwendung des § 343 BGB scheidet deshalb aus, weil dieser Teil der spezifisch auf Vertragsstrafen anwendbaren Regelungen des BGB ist. Dagegen sind die oben erwähnten §§ 138 und 242 BGB, die allgemeine Regelungen des BGB darstellen, auf Schadenspauschalierungen anwendbar[63].

Wenn die Schadenspauschale innerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart wurde, sind hier wiederum die neugefassten §§ 305 ff. BGB anwendbar[64]. Wie für die Vertragsstrafe sind auch für die Schadenspauschale zwei Vorschriften relevant: Nach § 309 (5) BGB[65] ist die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen unwirksam, wenn „a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale ist". Gegenstand der Angemessenheitskontrolle ist hier die Summe, die als Pauschale vereinbart wurde, welche dem branchenüblichen Durchschnittsschaden entsprechen sollte[66].

---

[60] Siehe oben, auf S. 11 und 12.

[61] Siehe hierzu *Reich*, Zur Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Werkverträgen, NJW 1978, S. 1571.

[62] *Beuthien*, a.a.O., S. 497.

[63] *Berger*, Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im internationalen Wirtschaftsrecht, RIW 1999, S. 404.

[64] Siehe hierzu *Palandt/Heinrichs,* Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, §§ 305 ff. Zur Lage vor der BGB-Novelle, siehe insbesondere *Frank/Werner*, Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nach dem AGB-Gesetz, DB 1977, S. 2171 ff.

[65] § 309 (5) BGB nF entspricht den § 11(5) AGBG aF.

[66] *Soergel/Lindacher*, BGB, Vorbemerkung vor § 339, Rdnr. 34; *Palandt/Heinrichs,* Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, S. 150.

Die in § 309 (5) BGB verankerten Prinzipien sind gemäß §§ 307 und 310 I BGB auf formularmäßige Verträge unter Unternehmern grundsätzlich anwendbar[67]. Daraus folgt, dass sogar unter Kaufleuten nur solche Pauschalen gelten, die „am Durchschnittsschaden" orientiert sind[68]. In diesem Zusammenhang ist weiterhin von Bedeutung, dass eine überhöhte Pauschale nicht vor einer Unwirksamkeit im ganzen dadurch „gerettet" werden kann, dass sie als Vertragsstrafe bezeichnet wird, denn im Zweifelsfalle wird sie stets als Pauschale qualifiziert werden[69]. Des Weiteren bleibt eine überhöhte Pauschale selbst dann nichtig, wenn der Verwender eine Reduzierung auf einen angemessenen Betrag anbietet[70].

5. Das deutsche Recht der Vertragsstrafe in kritischer Betrachtung

Die Entwicklung des Begriffs der Schadenspauschalierung als paralleles und unabhängiges Rechtsinstitut führt zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Festlegung von Unterscheidungskriterien und führte bereits zu endlosen Debatten in der Literatur[71]. Unklar erscheint dabei, warum sich deutsche Literatur und Rechtsprechung überhaupt soviel Mühe geben, eine Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute vorzunehmen.

In Übereinstimmung mit *Hertin*[72] und *Belke*[73] wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass Pauschalierungsabrede und Vertragsstrafe letztendlich dieselben Zwecke verfolgen. Auf der einen Seite wäre es utopisch zu glauben, dass sich die Eventualität, eine als Pauschale bezeichnete Summe bezahlen zu müssen, auf den Schuldner nicht als Druckmittel auswirkt. Auf der anderen Seite ist

---

[67] *Palandt,* Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 309, Rdnr. 32.
[68] *Berger*, Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im internationalen Wirtschaftsrecht, RIW 1999, S. 404.
[69] *Knacke*, a.a.O., S. 12.
[70] *Palandt/Heinrichs,* Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 309, Rdnr. 27.
[71] Für eine sehr kritische Stellungnahme zum deutschen Recht und seine „nicht einfach nachvollziehbaren Differenzierungen", siehe *Gottwald*, in: FS für Alfred Söllner, S. 386 ff.
[72] *Hertin*, Zur Wirksamkeit der Pauschalierung von Schadensersatz in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, MDR 1969, S. 817.
[73] *Belke*, Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1969, S. 562.

festzustellen, dass die Pauschalierungsfunktion einen untrennbaren Teil der Vertragsstrafe darstellt. Aufgrund dieser engen Verknüpfung der beiden Rechtsinstitute ist es schlichtweg unmöglich, klare Unterscheidungskriterien zu entwickeln.

Hinzu kommt, dass oben beschriebene Abgrenzungsschwierigkeiten auch im Hinblick auf die Herstellung von Rechtssicherheit wenig hilfreich sind und die Vertragsparteien dazu zwingen, hinsichtlich der Auswahl des Wortlauts der Vereinbarung der Vertragsstrafe bzw. der Schadenspauschalierungsabreden äußerste Vorsicht walten zu lassen, um sich nicht einem unüberschaubaren Haftungsrisiko auszusetzen. Dies setzt aber voraus, dass diese Parteien mit den auf Vertragsstrafen und Pauschalen anwendbaren Regeln sehr gut vertraut sind, um so eine Auswahl vornehmen zu können, die alle Eventualitäten des konkreten Einzelfalls berücksichtigt. Doch selbst wenn dies geschieht, sind die Vertragsparteien dennoch stets dem Risiko ausgesetzt, dass der Richter im Falle eines Rechtsstreits die von ihnen ausgewählte Qualifikation für unzutreffend erachtet.

Aus diesen Gründen wäre es hilfreich, wenn die Begriffe der Vertragsstrafe und der Pauschalierungsabrede vereinheitlicht würden und man in diesem Zusammenhang einheitliche Regeln entwickelte. Meiner Ansicht nach ist es vom praktischen Standpunkt her gesehen schlichtweg irrelevant, ob die Vertragsstrafe eine Einzel- oder Doppelfunktion erfüllt (Druckfunktion und Erleichterung des Schadensbeweises) bzw. ob im Einzelfall eine vereinbarte Summe letztlich als Vertragsstrafe oder als Pauschalierungsabrede zu betrachten ist. Viel wichtiger ist doch die Frage, ob und inwieweit es rechtwidrig ist, den Schuldner im Fall der Vertragsverletzung zur Zahlung dieser Summe zu zwingen.

Die eigentliche Problematik liegt also vielmehr darin zu entscheiden, welche Strafabreden eine legitime Druckfunktion ausüben, und welche nicht. Insofern ist der Forderung von *Schlechtriem*[74] beizupflichten, die Kontrolle einer konkreten Abrede nicht von deren Bezeichnung als Vertragsstrafe oder Schadenspauschalierung abhängig zu machen, sondern das allein Entscheidende ist, ob eine solche Abrede angemessen oder unangemessen ist. Diesbezüglich ist sehr bedauerlich, dass auch

[74] *Schlechtriem*, in: Das Haager einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, S. 71 und 72.

die BGB-Novelle bezüglich der Problematik der Abgrenzung von Vertragsstrafe und Pauschalierungsabrede nur wenig Klarheit gebracht hat.

II. Französisches Recht

1. Definition und Rechtsquellen

Im französischen Recht ist die Vertragsstrafe unter dem Begriff *clause pénale* bekannt. Dafür gibt es im *Code Civil* nicht weniger als drei Definitionen:

- Artikel 1226 Cc lautet:

> „La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution"[75].

- Artikel 1229 (Satz 1) Cc lautet:

> „La clause pénale est la compensation des dommages et intétêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale"[76].

- In Artikel 1152 (Satz 1) Cc , der auch für die *clause pénale* anwendbar ist, heißt es:

> „Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts (…)"[77].

Anhand dieser drei Legaldefinitionen kann die *clause pénale* als eine meist aus Geld bestehende Kompensation, die der Schuldner

[75] „Durch die *clause pénale* verspricht den Schuldner etwas für den Fall, dass er seiner vertraglichen Verpflichtung nicht nachkommt".
[76] „Die *clause pénale* ersetzt den Schaden, der dem Gläubiger als Folge der Nichterfüllung der Primärobligation entsteht".
[77] „Wenn die Abrede vorsieht, dass der Schuldner in dem Fall der Nichterfüllung seiner Verpflichtung einen gewissen Betrag als Schadensersatz bezahlen muss (…)".

dem Gläubiger vertraglich zur Sicherung der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht, definiert werden.

Die gesetzlichen Regelungen zur *clause pénale* befinden sich in den Artikeln 1226 bis 1233 Cc und in Artikel 1152 Cc.

Wie bereits oben erwähnt, dient Artikel 1226 Cc dazu, eine Definition der *clause pénale* zu geben.

Artikel 1227 Cc bestimmt, dass die Nichtigkeit der Primärobligation zur Nichtigkeit der *clause pénale* führt[78]. Die Primärobligation hingegen bleibt von der Nichtigkeit der *clause pénale* unberührt[79]. Dieser Artikel ist also ausschließlich der Akzessorietät der *clause pénale* gewidmet.

Der Artikel 1228 Cc gibt dem Gläubiger die Option, auf die Rechte aus der *clause pénale* zu verzichten und statt dessen Erfüllung der Primärobligation zu verlangen.

Zusätzlich zu einer Definition der *clause pénale* beinhaltet Artikel 1229 Cc ein Verbot: Der Gläubiger darf nicht gleichzeitig Zahlung der vereinbarten Strafe und Erfüllung der Primärobligation verlangen, es sei denn die Strafe wurde für den Fall des Verzuges versprochen[80].

Es muss hinzugefügt werden, dass dem Gläubiger nicht erlaubt wird, auf Zahlung der vereinbarten Strafe zu beharren und darüber hinaus Schadensersatz zu verlangen[81]. Die Strafe wird auch dann geschuldet, wenn überhaupt kein Schaden beim Gläubiger entstanden ist[82], wobei dies möglicherweise zu der Befürwortung einer Herabsetzung der Strafe führen kann[83].

Zum Schutz des Schuldners sieht Artikel 1230 Cc vor, dass der Schuldner vom Gläubiger gemahnt werden muss damit die

---

[78] Artikel 1227 Satz 1.
[79] Artikel 1227 Satz 2.
[80] Artikel 1229 Satz 2.
[81] *Delebecque*, Responsabilité Civile, S. 11.
[82] *Memento Pratique Francis Lefebvre*, S. 380.
[83] Vgl. zur richterlichen Herabsetzung der *clause pénale*, ab S 24.

vereinbarte Strafe geschuldet wird. Die Parteien können aber vertraglich vereinbaren, dass eine Mahnung nicht erforderlich ist[84].

Wiederum zum Schutz des Schuldners regelt Artikel 1231 Cc, dass die Strafe vom Richter herabgesetzt werden kann, wenn der Schuldner die Primärobligation teilweise erfüllt hat.

Die Artikel 1232 und 1233 Cc befassen sich mit der *clause pénale* im Bereich des Erbrechts und können außer Acht gelassen werden, da sie für das vorliegende Thema nicht relevant sind.

Schließlich unterstreicht Artikel 1152, dass im Fall einer aus einem festgelegten Geldbetrag bestehenden *clause pénale* der Gläubiger keine höhere oder niedrigere Summe bekommen darf. Dies könnte als eine Festschreibung des Prinzips der Privatautonomie gesehen werden.

Jedoch beinhaltet Artikel 1152 Cc selbst eine Ausnahme dazu, in dem er weiter vorschreibt, dass der Richter eine unverhältnismäßig hohe Strafe herabsetzen bzw. eine unverhältnismäßig niedrige Strafe erhöhen kann. Wegen der Wichtigkeit der Interventionsmöglichkeit des Richters im Bereich der *clause pénale* wird Artikel 1152 Cc im Laufe dieser Arbeit noch ausführlicher behandelt[85].

2. Funktion der *clause pénale* im französischen Recht

Welche Funktion die *clause pénale* im französischen Recht zukommt ist Gegenstand vielfältiger Meinungsstreitigkeiten. Fraglich ist, ob der *clause pénale* aufgrund der Definition des Artikels 1229 Cc nur eine Schadensersatzfunktion zukommt („*fonction indemnitaire*") oder ob sie darüber hinaus auch die Funktion eines Druckmittels besitzt („*fonction comminatoire*").

Deutlich gegen eine die Schadensersatzfunktion ergänzende Leistungssicherungsfunktion spricht sich *Loksaier* aus[86], der die Meinung vertritt, die Annahme einer Doppelfunktion habe aufgrund des Wortlauts von Artikel 1229 Cc keine rechtliche Grundlage und verstoße somit gegen Billigkeit sowie gegen Treu und Glauben.

---

[84] *Delebecque*, a.a.O., S. 14.
[85] Siehe unten, ab S. 24.
[86] *Loksaier*, La clause pénale dans les contrats internes et internationaux, S. 17 ff.

Auf der anderen Seite des Spektrums steht *Mestre*[87] der meint, die Druckfunktion wäre der *clause pénale* so immanent, dass eine Klausel gemäß welcher eine als Schadensersatz bezeichnete Summe für den Fall der Nichterfüllung zu bezahlen ist, nicht unbedingt als *clause pénale* anzusehen sei.

Einen Mittelweg zwischen diesen gegenteiligen Positionen bildet die Ansicht *Delebecques*[88], der die Schadensersatzfunktion aufgrund des Wortlauts der Legaldefinition des Artikels 1229 Cc als selbstverständlich und sogar wesentliche Funktion der *clause pénale* sieht, eine zusätzliche Druckfunktion jedoch als möglich erachtet.

Diesbezüglich formuliert er: „La clause pénale contient d'abord une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution du contrat mais peut constituer, en plus, une menace pour le débiteur lorsque le forfait convenu est élevé"[89].

Zwar variiert die Einstufung der Leistungssicherungsfunktion als gleichrangig oder zweitrangig gegenüber der Schadensersatzfunktion bei den Autoren, generell bleibt jedoch festzuhalten, dass die ganz herrschende Lehre jedenfalls von einer Doppelfunktion der *clause pénale* ausgeht[90].

In der ständigen neueren Rechtsprechung bezüglich der Herabsetzung der *clause pénale* hat die *Cour de Cassation* mehrmals

---

[87] *Mestre*, De la notion de clause pénale et de ses limites, RTDC 1985, S. 376 ff.
[88] *Delebecque*, a.a.O., S. 4.
[89] „Die *clause pénale* beinhaltet in erster Linie eine Pauschalierung des für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages zu zahlenden Schadensersatzes, kann aber darüber hinaus eine Drohung für den Schuldner darstellen wenn die pauschalierte Summe hoch ist".
[90] *Paisant*, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code Civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975), RTDC 1985, S. 682 ff.; *Malaurie/Aynes*, Droit Civil, S. 505 ff.; *Carbonnier*, Droit Civil, S. 330 ff.; *Térré/Simler/Lequette*, Droit Civil, S. 604 ff.; *Moecke*, Vertragsgestaltung bei Kaufverträgen unter ausländischem Recht, S. 7. Siehe auch hierzu die Erklärungen und älteren bibliographischen Hinweise von *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 122 (Fußnote 8) und *Lindacher*, a.a.O., S. 40 (Fußnote 96).

erklärt, dass der Richter nicht gezwungen ist, die Strafe herabzusetzen falls der eingetretene Schaden niedriger ausfällt[91].

Dies zeigt, dass selbst die Rechtsprechung der höchsten Instanz die Doppelfunktionalität der *clause pénale* anerkannt hat.

3. Die Inhaltskontrolle der *clause pénale*

3.1 Die Kontrolle gemäß Artikel 1152 Cc

Artikel 1152 Cc in seiner ursprünglichen Fassung sah keine Kontrolle der *clause pénale* vor und bestand aus einem einzigen Satz, der jetzt immer noch wie folgt lautet:

> „ Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre"[92].

Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Formulierung als Richtlinie dahingehend zu verstehen war, dass die zwischen den Vertragsparteien als Strafe vereinbarte Summe nicht durch Einmischung des Richters abgeändert werden sollte. Dieses Beharren auf der vereinbarten Summe wurde als *„principe de l'irréductibilité"* (Grundsatz der Unveränderlichkeit) bezeichnet[93].

Das strikte Festhalten an diesem Grundsatz führte im Laufe des zwanzigsten Jahrhunderts zu mehreren Fällen krassen Missbrauchs der *clause pénale*, insbesondere bei Arbeits-, Versicherungs- und Leasingverträgen[94]. Mehrere Rechtstheorien, wie etwa *„abus de droit"* (Rechtsmissbrauch) oder *„violation du principe d'équité"* (Verstoß gegen Billigkeit), wurden im konkreten Fall fruchtbar

---

[91] Cass. com., 21.07.80, Dalloz 1981, S. 335; Cass. com., 28.06.83, JCP 1983, IV, S. 287: Cass. civ., 21.06.83, JCP 1983, IV, S. 276; zitiert in *Memento Pratique Francis Lefebvre*, S. 380.

[92] „Wenn die Abrede vorsieht, dass der Schuldner in dem Fall der Nichterfüllung seiner Verpflichtung einen gewissen Betrag als Schadensersatz bezahlen muss, ist der Gläubiger weder zu einem höheren noch einem niedrigeren Betrag berechtigt".

[93] Siehe hierzu *Loksaier*, a.a.O., S.137 ff.

[94] *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 125 und 126.

gemacht, um den Grundsatz der Unveränderlichkeit durchbrechen zu können[95].

Die Rechtsprechung hielt jedoch weiter an dem Grundsatz der Unveränderlichkeit fest, was zur Krise der *clause pénale* führte, die nur durch Eingreifen des Gesetzgebers entschärft werden konnte[96].

Mit dem Gesetz Nr. 75-597 vom 9.07.75 wurde in Artikel 1152 Cc der folgende Satz eingefügt: „Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire (…)"[97].

Entscheidend für eine Kontrolle nach Artikel 1152 (Satz 2) Cc ist demgemäss die Frage, ob die *clause pénale* „offensichtlich überhöht oder völlig unzureichend ist"[98]. Bei der Beurteilung des Vorliegens einer Überhöhung der *clause* pénale hat die *Cour de Cassation* entschieden, dass nur objektive Kriterien maßgeblich sein können, mithin die Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens im Vergleich zur Höhe der vereinbarten Strafe zu sehen ist[99]. Eine Beurteilung der finanziellen Lage des Schuldners scheidet somit aus.

In einer neueren Entscheidung[100] hat die *Cour de Cassation* diesen objektiven Maßstab wie folgt wiederum streng betont: „Mais ne donne pas de base légale à sa décision réduisant le montant de la clause pénale la Cour d'Appel qui se détermine par des motifs tirés du comportement du débiteur de la pénalité, impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause, sans se fonder sur la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé"[101].

---

[95] *Thilmany*, Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, RIDC 1980, S. 27.

[96] *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 126 ff.

[97] „Jedoch ist der Richter dazu befugt, die *clause pénale* herabzusetzen oder zu erhöhen, wenn sie unverhältnismäßig hoch oder niedrig ist".

[98] *Bucksch*, a.a.O., S. 780.

[99] Cass. com. 2.10.79, Bull. civ. IV, Nr. 242; Cass. com. 13 mars 1979, Bull. civ. IV, Nr. 99, zitiert bei *Delebecque*, a.a.O., S. 17.

[100] Cass. com. 11.02.97, Dalloz Affaires Nr. 12/1997, S. 372.

[101] „Aber bei der Entscheidung der *Cour d'Appel*, die *clause pénale* zu reduzieren, fehlt es an einem rechtlichen Basis, wenn sie sich auf das Benehmen des Schuldners beruft, was allein die Unverhältnismäßigkeit der Strafe nicht recht-

Diese Richtlinien gelten auch für die Prüfung der Unverhältnismäßigkeit zu niedriger Strafen[102]. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der *clause pénale* ist der Zeitpunkt, zu dem der Richter seine Entscheidung treffen soll[103].

Wenn die *clause pénale* vom Richter als unverhältnismäßig hoch erklärt wird, muss sie auf eine Summe herabgesetzt werden, die zwischen dem original vereinbarten Betrag und dem tatsächlich eingetretenen Schaden liegt. Dabei ist der Richter jedoch nicht gezwungen, die Strafe in der Weise herabzusetzen, dass diese genau dem tatsächlich eingetretenen Schaden entspricht[104]. Dies kommt der Auffassung einiger Autoren entgegen, die vertreten, dass die Herabsetzung der Strafe nicht unbedingt dem eingetretenen Schaden entsprechen sollte, um so die Straffunktion der *clause pénale* zu erhalten[105]. Hier sind die Bemerkungen von *Thilmany*[106] besonders aussagekräftig: „Vouloir à tout prix l'adéquation de la peine réduite au préjudice effectivement subi par le créancier est susceptible de porter atteinte à la fonction comminatoire de la clause pénale"[107].

Für die *clause pénale*, die unverhältnismäßig niedrig ist, soll eine Erhöhung der Strafe auf den tatsächlich eingetretenen Schaden erfolgen[108]. Über diesen Aspekt gibt es jedoch kaum Rechtsprechung, da die meisten Fälle von Unangemessenheit exzessiv hohe Strafen betreffen[109].

---

fertigen kann, ohne die disproportionale Höhe der Strafe im Vergleich zum tatsächlich eingetreten Schaden festzustellen".

[102] *Delebecque*, a.a.O., S. 17.

[103] Cass. civ, 19.03.80, Bull. civ. I, Nr 95., zitiert unter Artikel 1152, Code Civil Dalloz, S. 997.

[104] Cass. com. 23.01.79, Bull. civ. IV, Nr. 30, zitiert bei *Schmidt-Szalewski*, Droit des contrats, S. 364.

[105] Siehe *Boccara*, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP 1972, S. 2742 ff.; *Thilmany*, a.a.O., S. 33 ff.

[106] *Thilmany*, a.a.O., S. 33 ff.

[107] „Um jeden Preis die Strafe so herabzusetzen, dass sie den beim Gläubiger tatsächlich eingetretenen Schaden entspricht, verbirgt die Gefahr, die Druckmittelfunktion der *clause pénale* zu beeinträchtigen".

[108] *Chartier*, La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, S. 706.

[109] Siehe *Memento Pratique Francis Lefebvre*, S. 381, in der zu lesen ist, dass Beispiele von unverhältnismäßig niedrigen Strafen unheimlich selten sind und deshalb nur eine einzige Entscheidung erwähnt werden konnte (nämlich *Cour d'Appel d'Amiens*, 13.11.76, JCP 1977, II, S. 18596).

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass seit dem Gesetz Nr. 85-1057 vom 11.10.85 die Angemessenheitskontrolle „von Amts wegen" durchzuführen ist[110].

3.2 Die Kontrolle durch Verbraucherschutzgesetzgebung

Zum Thema der Kontrolle der *clause pénale* sind weiterhin Verbraucherschutzgesetze zu erwähnen, die im Falle von Geschäften zwischen Kaufleuten und Verbrauchern die Privatautonomie stark begrenzen:

- Zunächst ist diesbezüglich -zumindest aus historischen Gründen- auf das Gesetz Nr. 78-22 vom 10.01.78 einzugehen, das auf Kreditgeschäfte, Mietkaufverträge und Abzahlungsgeschäfte anwendbar war[111]. Dieses Gesetz sah vor, dass gewisse maximale Höhen für Strafklauseln durch *décret* (Verordnung) zu fixieren waren, welche durch die Verordnung Nr. 78-373 vom 17.03.78 angekündigt worden waren[112]. Die in diesem Gesetz und in dessen Verordnung verankerten Prinzipien sind nun in den Artikeln L. 311-1 ff. und D. 311.11 ff. des *Code de la Consommation* zu finden[113].

- Als zweites Verbraucherschutzgesetz ist -ebenfalls aus historischen Gründen- das Gesetz Nr. 78-23 vom 10.01.78[114] zu nennen. Durch dieses Gesetz konnten rechtmissbräuchliche Klauseln im nicht kaufmännischen Verkehr als unwirksam erklärt werden. In diesem Zusammenhang wurde eine „*Commission des clauses abusives*" (Kommission für die Erforschung von rechtsmissbräuchlichen Klauseln) gegründet, die der Regierung Empfehlungen dahingehend aussprach, welche Klauseln durch Verordnung als rechtsmissbräuchlich erklärt werden sollten. Strafversprechen, die in besonders schutzbedürftigen Arten von

---

[110] Das Gesetz vom 11.10.85 hat die Wörter „*même d'office*" (von Amts wegen) in Artikel 1152 Satz 2 hingefügt.
[111] Für einen Überblick, siehe *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 136 ff.
[112] Für mehr Details über die durch diese Verordnung fixierten Werten, siehe Code Civil Litec, S. 596 ff.
[113] Siehe hierzu Code de la Consommation Dalloz, S. 177 ff. und 356 ff.
[114] Für einen Überblick, siehe *Thilmany*, a.a.O., S. 38 ff.; *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S. 133 ff.

Geschäften zwischen Kaufleuten und Verbrauchern auftauchten, konnten so aufgrund dieses Gesetzes Gegenstand von Untersuchungen werden.

- Schließlich ist das Gesetz Nr. 95-96 vom 01.02.95 zu erwähnen, welches das gerade erwähnte Gesetz Nr. 78-23 vom 10.01.78 ersetzt hat[115]. Als Folge dieses Gesetzes, das eine Liste von potentiellen abusiven Klauseln als Anlage zu Artikel L. 132-1 des *Code de la Consommation* auflistet, können nun unangemessen hohe Strafen von Verbrauchern angefochten werden. Aufgrund dieses neuen Eingriffs des Gesetzgebers in die Privatautonomie im Hinblick auf die Vereinbarung von Vertragsstrafen fürchten einige Autoren, dass Vertragsstrafen in Frankreich demnächst wahrscheinlich nur noch in kaufmännischen Verträgen zugelassen werden[116].

4. Das französische Recht der *clause pénale* in kritischer Betrachtung

Das französische Recht bezüglich der *clause pénale* ist klar und übersichtlich ausgestaltet[117]. Die Tatsache, dass es nur ein einziges Rechtsinstitut zum Thema Strafklauseln gibt, ermöglicht es, einen guten Überblick über die Problematik behalten zu können.

Darüber hinaus geben die ganz herrschende Lehre sowie die ständige Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage der Funktion der *clause pénale* wenig Anlass dazu, sich in endlosen Debatten über die Funktionalität der *clause pénale* zu verlieren. Die Möglichkeit des Richters, nicht nur unverhältnismäßig hohe, sondern auch unverhältnismäßig niedrige Strafklauseln ändern zu können, ermöglicht der Gestaltungsrechtsprechung eine gewisse Flexibilität. Da der Richter seine Kontrolle nun von Amts wegen durchzuführen hat, kann der Schutz der schwächeren Partei als relativ effizient betrachtet werden.

---

[115] Für einen Überblick, siehe *Térré/Simler/Lequette*, a.a.O., S. 613; *Steltmann*, a.a.O., S. 134 ff.
[116] *Térré/Simler/Lequette*, a.a.O., S. 613.
[117] Siehe hierzu die sehr positiven Bemerkungen von *Gottwald*, der das französische „einfache und flexible Modell" für eine europäische Vereinheitlichung des Vertragsrechts empfiehlt (*Gottwald*, in: FS für Alfred Söllner, S. 386).

Zu bedauern ist jedoch der Mangel an klaren und ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen zur Ausklammerung der Anwendung von Artikel 1152 Cc im kaufmännischen Verkehr, denn bei Verträgen unter erfahrenen Vertragsparteien sollten Einmischungen des Richters zugunsten einer größeren Rechtssicherheit vermieden werden.

§ 2 Die Vertragsstrafe in der *Common Law* Rechtspraxis

I. Englisches Recht

1. Definition und Rechtsquellen

Mit dem Konzept, dass eine Vertragspartei der anderen eine Summe für den Fall verspricht, dass es zu einer Verletzung des Vertrages kommt, ist das englische Recht vertraut. Es unterscheidet aber sehr streng zwischen zwei Konzepten, nämlich das der *liquidated damages* und das der *penalties*[118]:

- *liquidated damages*: Diese Summe stellt einen ernsthaften Versuch dar, zukünftige, für den Fall eines Vertragsbruchs eintretende Schäden zu pauschalieren. In diesem Fall wird die Abrede als *liquidated damages* bezeichnet und wird problemlos von Gerichten als rechtswirksam anerkannt;

- *penalties*: Diese Summe präsentiert sich als ein Erpressungsmittel um den Schuldner regelrecht zu „terrorisieren", so dass er zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages gezwungen wird. In diesem Fall wird die Abrede als *penalty* betrachtet und für nichtig erklärt.

Wie häufig im Englischen Recht, gibt es keine gesetzlichen Regelungen zu den *liquidated damages* und *penalties*. Die aktuellen Regeln sind deshalb das Ergebnis von Richterrecht, das sich über mehrere Jahrhunderte entwickelt hat.

Die Aversion des Englischen Rechtssystems gegen *penalties* ist auf die mittelalterliche Praxis der *penal bonds* zurückzuführen[119]. In

[118] Allgemein hierzu: *David*, Les contrats en droit anglais, S. 430.
[119] Siehe hierzu *Marsh*, Comparative Contract law, S. 19; *Lindacher*, a.a.O., S. 18 ff.

Geldgeschäften der damaligen Zeit war es üblich, einen äußerst hohen Betrag als Strafe zu versprechen, die in dem Fall des Fehlens einer Rückzahlung der ausgeliehenen Summe geschuldet wurde, egal wie hoch der eingetretene Schaden beim Gläubiger war[120]. Solche Abreden wurden wegen ihrer Ausbreitung und als Folge von Missbräuchen Gegenstand von Auseinandersetzungen vor *Equity* Gerichten und letztendlich von diesen für nichtig erklärt[121].

Obwohl die Praxis der *penal bonds* später durch Gesetz völlig abgeschafft wurde, ist zumindest das Konzept geblieben, eine Abrede zur Zahlung einer Summe, die eine „*in terrorem*" Funktion ausüben soll, für nichtig zu erklären[122].

Im Hinblick auf die für *liquidated damages* anzuwendenden allgemeinen Prinzipien gilt folgendes:

- Der Gläubiger muss weder beweisen, dass ein Schaden überhaupt eingetreten ist, noch dass der Schaden ein gewisses Niveau erreicht hat[123]. Sobald anerkannt wird, dass die Parteien ernsthaft versucht haben, den möglichen Schaden zu schätzen, ist es irrelevant, ob der tatsächlich eingetretene Schaden niedriger oder höher ist als die vereinbarte Summe[124]. Meistens ist in den Fällen, in denen *liquidated damages* anerkannt werden, der tatsächliche Schaden jedoch niedriger als die vereinbarte Summe[125];

- Umgekehrt kann jedoch lediglich die vertraglich vereinbarte Summe vom Gläubiger verlangt werden, nicht aber über diese Summe hinausreichende Schäden[126];

- Eine Mahnung des Schuldners ist keine Voraussetzung zur Verwirkung von *liquidated damages*, da dieser Begriff im Englischen Recht unbekannt ist[127].

---

[120] *Ferris*, Liquidated damages recovery under the Restatement (Second) of contracts, CLR 1982, S. 862.
[121] *Lindacher*, a.a.O., S. 19 ff.
[122] *Ferris*, a.a.O., S. 863.
[123] *Ventrella*, A contractor's guide to contract law, S. 38-39.
[124] *Ventrella*, a.a.O., S. 43.
[125] *Lindacher* verweisend auf *Mayne & McGregor*, a.a.O., S. 33.
[126] *Schmitthoff/Sarre*, Le droit anglais des affaires, S. 112.
[127] *Ellington*, Penalty clauses: England, DPCI 1982, S. 510.

Bei *penalties* wird die Abrede für nichtig erklärt und der Gläubiger kann die vereinbarte Summe deshalb nicht mehr verlangen[128]. In diesem Fall wird nur der tatsächlich eingetretene Schaden ersetzt, dessen Höhe dann vom Gläubiger nachgewiesen werden muss[129].

2. Funktion von *liquidated damages* und *penalties* im englischen Recht

Für die *liquidated damages* kommt nur eine Pauschalierungsfunktion in Betracht, denn sie sollen einen ernsthaften Versuch der Einschätzung von möglichen in Zukunft eintretenden Schäden darstellen. In der traditionellen englischen Literatur und Rechtsprechung wird darauf mit dem Ausdruck *„genuine preestimate of damages"* verwiesen[130]. Mehr als eine Pauschalierungsfunktion, z. B. Druckfunktion, dürfen *liquidated damages* demnach nicht ausüben.

Im Gegensatz dazu kommt der *penalty* ausschließlich eine Druck- bzw. Erpressungsfunktion zu, da sie mittels der Höhe des zu zahlenden Betrages sicherstellen soll, dass der Schuldner sich vertragsmäßig verhält. Diese *„in terrorem"*-Funktion ist gerade das Kennzeichen der *penalty*[131].

Ob ihr darüber hinaus eine Pauschalierungsfunktion -die der Erleichterung des Beweises des eingetretenen Schadens dient- zukommt, ist irrelevant, da die *penalty* ohnehin als nichtig zu betrachten ist. Dieser Umstand erklärt, warum sich die englische Literatur nicht mit der Fragestellung der Doppelfunktion der *penalty* auseinandersetzt.

3. *Liquidated damages* und *penalties*: Die Abgrenzungsproblematik

Im englischen Recht ist die Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalties* von äußerster Wichtigkeit, denn die Gültigkeit der Abrede hängt von eben dieser Qualifikation ab.

---

[128] *Ventrella*, a.a.O., S. 41-42.
[129] *Schmitthoff/Sarre*, a.a.O., S. 112.
[130] *Benjamin's* Sale of Goods, S. 791.
[131] *Schmitthoff/Sarre*, a.a.O., S. 113.

Diesbezüglich hat die englische Rechtsprechung, -angefangen mit der Landmark Entscheidung Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor CO. Ltd.[132]- im Laufe der Jahre besondere Einordnungskriterien entwickelt, die nachstehend erläutert werden:

- Stellt sich heraus, dass die vereinbarte Summe disproportional hoch ist, also mit dem möglichen Schaden überhaupt nicht übereinstimmen kann, ist einer Qualifikation als *penalty* schwer auszuweichen, da die „*ad terrorem*"-Funktion dann offensichtlich ist[133]. Dieses Kriterium ist als Hauptabgrenzungskriterium anzusehen[134].

- In Anlehnung daran ist eine Strafabrede in Kreditgeschäften dann als *penalty* zu betrachten, wenn sie höher als die ausgeliehene Summe liegt[135].

- Errichten die Parteien hingegen ein graduiertes System, welches die Intensität der Vertragsverletzung wiederspiegelt (z.B. Berechnung nach dem Prozentsatz des Vertragspreises je verspätete Woche), so hat diese Abrede gute Chancen, als *liquidated damages* eingestuft zu werden[136].

- Wenn eine Strafabrede auf verschiedene Vertragsverletzungen anwendbar ist, die unterschiedlich hohe Schäden verursachen können, so wird sie im Zweifel als *penalty* qualifiziert werden. Dies folgt aus der Tatsache, dass anhand der variablen Anwendbarkeit der Strafabrede deutlich wird, dass die Parteien die vereinbarte Summe mit dem möglichen Schaden nicht konkret abgestimmt haben[137].

- Stellt es sich bei gewissen Geschäften oder in einer bestimmen Industriebranche typischerweise als schwierig dar, den möglichen Schaden vorauszusehen, dann ist eine diesbezügliche Abrede eher als *liquidated damages* einzuordnen. Es wird

[132] [1915] A.C.79, zitiert in *Benjamin's* Sale of Goods, S. 791.
[133] *Marsh*, Comparative Contract law, S. 317.
[134] *Schlechtriem*, in: Das Haager einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, S. 59.
[135] *Ellington*, a.a.O., S. 512.
[136] *Benjamin's* sale of Goods, S. 791.
[137] *Schmitthoff/Sarre*, a.a.O., S. 113; *Marsh*, a.a.O., S. 317.

angenommen, dass die Parteien ernsthaft versucht haben, den möglichen Schaden einzuschätzen[138].

- Wenn die Vertragsparteien im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses eine Summe für den Fall der vorzeitigen Kündigung des Vertrages vereinbaren, ohne dabei zu unterscheiden, ob eine Kündigung kurz nach Vertragsabschluß oder später im Laufe der Vertragslaufzeit stattfindet, dann besteht die Gefahr einer Qualifikation als *penalty*[139].

- Haben die Parteien ihre Strafklausel als *liquidated damages* bzw. *penalty* bezeichnet, so kann diese Bezeichnung die Einordnung zwar beeinflussen, doch ist sie weder ausschlaggebend noch rechtlich bindend für den Richter[140].

- Für die Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalty* ist weiterhin festzuhalten, dass die englischen Gerichte die schwächere Partei bzw. den Verbraucher bevorzugen[141]. Daraus folgt, dass hohe Strafabreden in Verträgen zwischen Kaufleuten und Verbrauchern oftmals als *penalty* bezeichnet werden, um die schwächere Partei von der Bezahlung einer hohen Summe zu befreien.

- Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob es sich bei der Strafabrede um *liquidated damages* oder *penalty* handelt, ist der Vertragsabschluß[142].

Trotz der verschiedenen Kriterien, welche die Englischen Gerichte entworfen haben, bleibt die Unterscheidung zwischen *liquidated damages* und *penalties* im Einzelfall äußerst schwierig.

Zwei berühmte Entscheidungen dienen oft als Beispiel, um zu verdeutlichen, wie problematisch sich die Abgrenzung gestalten kann.

---

[138] *Benjamin's* sale of Goods, S. 791.
[139] *Singleton*, Penalty clauses, S. 7.
[140] *Segré*, Clause pénale et dommage ultérieur en droit comparé, RIDC 1970, S. 306.
[141] *Ellington*, a.a.O., S. 510.
[142] *Ellington*, a.a.O., S. 507.

In dem bereits erwähnten Fall Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.[143] handelte es sich um einen Vertrag, in dem die Firma Dunlop ihre Reifen zum Weiterverkauf an die Firma New Garage and Motor Co. liefern sollte. Der Vertrag beinhaltete bestimmte Restriktionen für den Weiterverkauf (kein Weiterverkauf unter einem bestimmten Preis, kein Weiterverkauf an bestimmte unerwünschte Kunden, usw.). Für jede Verletzung dieser Restriktionen musste New Garage 5 Pfund Sterling bezahlen. Diese Strafabrede wurde als *liquidated damages* anerkannt.

In dem Fall Ford Motor Co. v. Armstrong hatte die Firma Ford Motor Co. in ihrem Vertrag mit Armstrong für den Weiterverkauf von Autos ähnliche Restriktionen wie die Firma Dunlop durchgesetzt, wobei sich hier die Strafe für jede Verletzung auf 250 Pfund Sterling belief. In diesem Fall wurde die Abrede als *penalty* betrachtet und für nichtig erklärt. Wie *David* es zu Recht betont, ist es nicht einfach die beiden Fälle voneinander zu unterscheiden, denn die vereinbarte Summe in den beiden Fällen hatte zwar nicht die selbe Höhe, der Preis von Reifen und von Autos aber auch nicht[144].

4. Die Inhaltskontrolle von *liquidated damages* und *penalties*

Eine inhaltliche Kontrolle von Strafabreden findet im englischen Recht nicht statt, da der Richter weder befugt ist, unverhältnismäßig niedrige *liquidated damages* zwecks Annäherung an den eingetretenen Schaden zu erhöhen, noch die Möglichkeit hat, eine als *penalty* vereinbarte Summe herabzusetzen, um sie vor der Nichtigkeit zu retten[145].

Die Kontrolle von Strafabreden erfolgt somit ausschließlich mittels der Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalties*. Diese Differenzierung hat zur Folge, dass unangemessen hohe Strafen als *penalties* qualifiziert und damit nichtig werden. Insofern kann in dieser Unterscheidungsmethode ein Instrument der Angemessenheitskontrolle gesehen werden[146]. Diese Inhaltskontrolle stellt sich jedoch notwendigerweise als äußerst undifferenziert dar, denn eine

[143] Zur Analyse dieser Entscheidung, siehe *David*, a.a.O., S. 434.
[144] *David*, a.a.O., S. 434.
[145] *Ellington*, a.a.O., S. 511.
[146] *Schlechtriem*, in: Das Haager einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, S. 61.

konkrete Strafabrede kann nur gültig oder nichtig sein. Es gibt keinen Raum zur Anpassung von unverhältnismäßig hohen bzw. niedrigen Strafen.

5. Das englische Recht der *liquidated damages* und *penalties* in kritischer Betrachtung

Auf den ersten Blick erscheint das englische System als einfach und logisch. Ist die vereinbarte Summe unangemessen hoch, so ist sie als nichtig zu betrachten. Wenn sie dagegen eine ernsthafte und vernünftige Schadenspauschalierung darstellt, dann ist sie gültig. Gegen diese Systematik des englischen Rechts sind jedoch zwei Hauptbedenken hervorzuheben:

Bereits die vorangegangenen Erläuterungen bezüglich der Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalties* haben gezeigt, dass eine Unterscheidung dieser Rechtsinstitute im konkreten Einzelfall oft äußerst schwierig sein kann. Diesbezüglich äußert sich *Schlechtriem* treffend: „Die Gerichte sprechen von *liquidated damages*, wenn sie die Abrede billigen wollen, von *penalty*, wenn sie die vereinbarte Summe für unangemessen hoch halten“[147]. Eine solche Feststellung ist nicht zufriedenstellend.

Weiterhin hat das hinsichtlich der Kontrolle der Strafabreden Dargelegte verdeutlicht, dass es dem englischen System an Flexibilität mangelt. Eine Möglichkeit zur Anpassung von Strafabreden gibt es nicht. Diese Undifferenziertheit ist einer der Hauptgründe, der viele Autoren dazu veranlasst, die Regeln des *Common Law* Systems zu kritisieren[148]. Der einzige Vorteil der fehlenden Flexibilität liegt zweifelsohne in der erhöhten Rechtssicherheit für die Vertragsparteien. Wenn sich der Richter nur zwischen Gültigkeit oder Unwirksamkeit entscheiden kann, so wird er eine umfassende Erwägung aller Umstände vornehmen, bevor er eine Qualifikation der Strafabrede als *penalty* vornimmt.

---

[147] *Schlechtriem*, in: Das Haager einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, S. 59.

[148] *Draetta/Lake*, Les clauses pénales et les pénalités dans la pratique du commerce international, RDAI 1993, S. 263. Diese Autoren verweisen auf verschiedene *law & economics* Studien über die Wirkungslosigkeit des *Common Law* Zugangs.

II. Amerikanisches Recht

1. Definition und Rechtsquellen

Bekanntlich hat das amerikanische Recht seine Wurzeln im englischen Recht. Deshalb findet im amerikanischen Recht ebenfalls eine Unterscheidung zwischen *liquidated damages* und *penalties* statt. Sehr früh haben amerikanische Gerichte die Gültigkeit solcher Klauseln anerkannt, im Rahmen derer die Parteien ernsthaft versucht haben, die möglicherweise eintretenden Schäden im Vorfeld einzuschätzen[149]. Dagegen werden Strafabreden, die aufgrund ihrer Härte die andere Partei zu vertragsgemäßem Verhalten zwingen sollen, als *„unenforceable"* betrachtet[150].

Basierend auf der ursprünglichen englischen Ablehnung der *penal bonds* haben die amerikanischen Gerichte also die maßgeblichen Unterscheidungskriterien zwischen gültigen und ungültigen Strafabreden übernommen. Somit gelten obige Erläuterungen zum englischen Recht auch für das amerikanische Recht. Beide Rechtssysteme gehen von denselben Grundpositionen aus[151].

Doch in einigen Punkten hat sich das amerikanische Recht fortentwickelt und so die englischen Regeln zum Thema *liquidated damages* und *penalties* verfeinert bzw. vervollständigt. Dies ergibt sich ganz klar aus der amerikanischen Trennung zwischen den Regeln des *Common Law* und denjenigen, die sich aus dem *Uniform Commercial Code* ergeben. Die Vorgaben des *Uniform Commercial Code* gelten insbesondere für Kaufverträge und Kreditgeschäfte, während die allgemeinen Regeln des *Common Law* im Bereich des Werkvertragsrechts anwendbar sind[152]. Die Kenntnis des *Uniform Commercial Code* ist deshalb immens wichtig, weil sich amerikanische Gerichte teilweise auf ihn berufen um Fälle zu behandeln, die aus dem Anwendungsbereich des *Common Law* herausfallen[153].

---

[149] *Ferris*, a.a.O., S. 862.
[150] *Calamari/Perillo*, The law of contracts, S. 639.
[151] *Ellington*, a.a.O., S. 507.
[152] *Hanotiau*, La clause pénale en droit américain, DPCI 1982, S. 515.
[153] *Anderson*, Liquidated damages under the Uniform Commercial Code, SLJ 1988, S. 1090.

1.1 *Common Law* Regeln

Im amerikanischen Recht wurden die Grundregeln des *Common Law* bezüglich der Thematik der *liquidated damages* bzw. *penalties* zum ersten Mal im Jahr 1932 im Rahmen des ersten „*Restatement of the Law of Contract*" aufgelistet[154]. § 339 (1) des *Restatement* lautete in seiner ursprünglichen Fassung:

> „An agreement, made in advance of breach, fixing the damages therefor, is not enforceable as a contract and does not affect the damages recoverable for the breach, unless (a) the amount so fixed is a reasonable forecast of just compensation for the harm that is caused by the breach, and (b) the harm that is caused by the breach is one that is incapable or very difficult of accurate estimation".

Im Jahre 1979 wurde die zweite Auflage des *Restatement* veröffentlicht (Restatement Second of Contracts)[155]. In diesem neuen *Restatement* ist die Problematik der Vertragsstrafe in § 356 (1) behandelt:

> „Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty".

Die größte Änderung im Rahmen der neuen Formulierung des *Restatement* ist augenscheinlich der für den *reasonableness* Test maßgebliche Zeitpunkt, der nun nicht nur zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung („*anticipated loss*"), sondern ebenfalls zu dem der Vertragsverletzung („*actual loss*") durchgeführt werden kann[156]. Im letzten Satz des neuen § 356 (1) wird -im Gegensatz zum alten *Restatement*- des Weiteren normiert, dass dem Schuldner

---

[154] Siehe hierzu *Hanotiau*, a.a.O., S. 516.
[155] Siehe hierzu *Ferris*, a.a.O. S. 874 ff.
[156] *Ferris* bezeichnet dies als die „*either-or*" Position des neuen *Restatement* (a.a.O., S. 874).

die Möglichkeit gegeben ist, die Strafabrede zu bestreiten, wenn tatsächlich kein Schaden entstanden ist[157].

Basierend auf diesen Regeln haben sich in Amerika, traditionellerweise auf der Basis von Richterrecht, folgende drei Merkmale für die Identifizierung von *liquidated damages* durchgesetzt:[158]

- Die Vertragspartner sollten eher eine Schadenspauschalierung als eine Strafe bezweckt haben;
- Der Schaden, der im Fall einer Vertragsverletzung eintreten würde, muss unmöglich oder äußerst schwierig zu quantifizieren sein;
- Die vereinbarte Summe, die im Fall der Vertragsverletzung zu zahlen ist, muss eine angemessene antizipierte Einschätzung des möglichen Schadens darstellen.

1.2 *Uniform Commercial Code* Regeln

Die für das vorliegende Thema einschlägige Regelung ist in § 2-718 (1) normiert:

> „Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non-feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty".

Aus diesem Paragraph geht hervor, dass zwischen den *Common Law* Regeln (insbesondere § 356(1) des neuen *Restatement*) und denjenigen, die sich im *Uniform Commercial Code* befinden, keine wesentlichen Unterschiede bestehen. Der *Uniform Commercial Code* ist lediglich in seiner Ausformulierung der Merkmale, die die Gültigkeit einer *liquidated damages*-Klausel betreffen, etwas ausführlicher.

---

[157] *Ferris*, a.a.O., S. 875.

[158] Allgemein hierzu: *Coopersmith*, Refocusing liquidated damages law for real estate contracts: returning to the historical roots of the penalty doctrine, ELJ 1990, S. 271.

Bei der Anwendung der *Common Law*- bzw. der *Uniform Commercial Code*-Regeln, gelten im amerikanischen Recht für die Vertragsstrafe folgende Prinzipien:

- Bei der Analyse einer Strafabrede neigen amerikanische Richter dazu, im Zweifel eine Qualifikation als *penalty* vorzunehmen[159]*;*

- Wird eine Klausel als *liquidated damages* durch den Richter anerkannt, so sind weitere Ansprüche aus der Vertragsverletzung ausgeschlossen, denn *liquidated damages* wirken als sog. *exclusive remedy*[160]*;*

- Wenn eine Strafabrede als *liquidated damages* qualifiziert wird, ist sie wirksam, selbst wenn der tatsächlich eingetretene Schaden höher oder niedriger liegt[161]. Ob eine *liquidated damages*-Vereinbarung auch gültig ist wenn überhaupt kein Schaden vorliegt, ist streitig. Zu dieser Fallkonstellation gibt es in der amerikanischen Rechtsprechung zahlreiche konfliktbeladene Entscheidungen[162].

2. Funktion von *liquidated damages* und *penalties* im amerikanischen Recht

Wie *Calamari* und *Perillo* es formulieren: „A penalty is designed to deter a party from breaching his contract and to punish him in the event the deterrent is ineffective"[163]. Die „*ad terrorem*" Funktion der *penalty* im amerikanischen Recht ist also genauso klar wie im englischen Recht.

Aus den dargestellten *Common Law* und *Uniform Commercial Code* Definitionen der *liquidated damages* wird ebenso auffällig, dass sie wie im englischen Recht eine Pauschalierungsfunktion erfüllen sollen. *Liquidated damages* und *penalties* haben also im amerikanischen Recht dieselbe Funktion wie im englischen Recht.

---

[159] *American Jurisprudence*, Volume 13, 1964, § 85.
[160] *Threedy*, Liquidated and limited damages and the revision of article 2: an opportunity to rethink the U.C.C's treatment of agreed remedies, ILR 1990/91, S. 441 (Fn. 66); *Anderson*, a.a.O., S. 1084.
[161] *American Jurisprudence*, Volume 13, 1964, § 84.
[162] *Calamari/Perillo*, a.a.O., S. 642, und *Anderson*, a.a.O., S. 1087, geben hierzu eine ausführliche Auflistung von Fällen.
[163] *Calamari/Perillo*, a.a.O., S. 640.

In Verbindung mit der Funktion von *liquidated damages* und *penalties* ist weiterhin erwähnenswert, dass in der *law & economics* Literatur des amerikanischen Rechts der Versuch vorgenommen wird, *liquidated damages* und *penalties* aufgrund ihrer wirtschaftlichen Funktion zu trennen.

Es wurde diesbezüglich die „*theory of efficient breach*" entwickelt[164]. Ausgangspunkt der Theorie ist die Feststellung, dass es bei einer angemessenen Strafabrede, welche eine ernste Wiederspiegelung des Schadens darstellt, der anderen Partei gleichgültig ist, ob der Schuldner die *liquidated damages* bezahlt oder vertragsgemäß erfüllt. Die *penalty* dagegen soll keinen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, da sie eine Partei dazu zwingt, den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen. Da die Strafe unangemessen hoch sei, habe der Schuldner keine Möglichkeit sich vom Vertrag bzw. seiner Verpflichtung durch Zahlung der vereinbarten Summe zu befreien um anderweitige Geschäfte zu tätigen. Im Gegensatz dazu könne der Schuldner bei der Vereinbarung von *liquidated damages* den Vertrag dadurch „zunichte machen", dass er sich von seiner Verpflichtung durch Zahlung einer angemessenen Summe befreit und seine Mittel zu anderen Zwecken verwendet.

Diese wirtschaftliche Sichtweise hinsichtlich der Funktion von *liquidated damages* und *penalties* soll die Annahme rechtfertigen, dass *penalties* rechtlich als nichtig zu betrachten sind[165].

3. *Liquidated damages* und *penalties*: Die Abgrenzungsproblematik

Eine Aussage von *Threedy* resümiert perfekt den Zustand des amerikanischen Rechts in Bezug auf die Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalties*: „The distinction between reasonable liquidated damages and unreasonable penalties has

[164] Für Erläuterungen zu dieser Theorie, siehe *Craswell*, Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach, SCLR 1988, S. 630 ff.; *Macneil*, Efficient breach of contract: circles in the sky, VLR 1982, S. 947 ff.; *Coopersmith*, a.a.O., S. 269. Für eine Dartsellung dieser Theorie in deutscher Sprache, siehe *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S. 51 ff.

[165] Von der Triftigkeit dieser Theorie sind einige Autoren nicht beeindruckt. Siehe u.a. die Bemerkungen von *Coopersmith*, a.a.O., S. 269, und *Threedy*, a.a.O, S. 447.

bedeviled the legal profession for centuries and the confusion continues to the present day"[166].

Die Legaldefinition von *liquidated damages* und *penalties*, die im Rahmen des *Restatement* und des *Uniform Commercial Code* kodifiziert worden ist, beinhaltet die Kriterien für die Unterscheidung zwischen gültigen *liquidated damages* und ungültigen *penalties*.

Leider haben diese Kriterien nicht alle dasselbe Gewicht und ihre Anwendung gestaltet sich teilweise äußerst kompliziert. Die nachfolgende Analyse soll zeigen, inwieweit sich anhand der o. g. Kriterien eine Unterscheidung zwischen *liquidated damages* und *penalties* vornehmen lässt.

3.1 *Common Law* Regeln

Von amerikanischen Gerichten sind -u.a. in Bezug auf die Definitionen der zwei *Restatements*- folgende Kriterien zur Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalties* entwickelt worden:

- *„Intention"*: Der Wille der Vertragspartner soll eher auf eine Schadenspauschalierung als auf eine Strafe gerichtet sein. Dieser Umstand ist für den Richter nur als Indiz zu begreifen[167]. Haben die Parteien ernstlich und absichtlich den Begriff *liquidated damages* verwendet, ist die Strafabrede aber gleichzeitig völlig disproportional im Vergleich zum möglicherweise eintretenden Schaden, so werden die Gerichte die Vereinbarung als eine *penalty* betrachten[168]. Umgekehrt führt die Benutzung des Wortes *penalty* nicht unbedingt zur Feststellung, dass eine solche *penalty* tatsächlich vorliegt[169].

---

[166] *Threedy*, a.a.O., S. 435.

[167] Siehe hierzu *American Jurisprudence*, Volume 13, 1964, § 85: „The particular language used in the contract must be considered but is not necessarily determinative".

[168] *Calamari/Perillo*, a.a.O., S.641. Als Beispiel gerichtlicher Entscheidung, siehe Condon v. Kemper, zitiert in *American Jurisprudence*, Volume 13, 1964, § 85 (Fn. 17).

[169] Siehe z.B. die Entscheidung Tode v. Gross, zitiert in *American Jurisprudence*, Volume 22, 1988, § 696 (Fn. 13).

In diesem Zusammenhang ist jedoch vielfach kritisiert worden, der *„intent"*-Test wirke oftmals wie ein Zirkelschluss: „If the court want to enforce the clause, the parties „intended" a liquidated damage clause and if the court want to invalidate the clause, the parties „intended" a penalty"[170]. Der Wille der Parteien kann aus diesen Gründen keine entscheidende Rolle bei der Unterscheidung zwischen *liquidated damages* und *penalties* spielen. Letztendlich ist die zukünftige Anwendung dieses Kriteriums durch die Gerichte fraglich, da § 356(1) des neuen *Restatement* es außer Acht lässt[171].

- *„Injury uncertain or difficult to quantify"*: Der Schaden muss unmöglich oder äußerst schwierig zu quantifizieren sein. Um die Anwendung dieses Kriteriums zu erleichtern hat die amerikanische Literatur versucht, eine Kasuistik der Situationen zu entwickeln, in denen eine solche Schwierigkeit vorliegt. Laut *Macneil* können folgende Arten von Schwierigkeiten auftreten: Zum einen das Problem den Beweis des Schadens nachzuholen, zum anderen die Schwierigkeit, die Kausalität zwischen der Vertragsverletzung und den entstandenen Schaden nachzuweisen und schließlich Probleme die sich daraus ergeben, dass kein Standardmechanismus für die Quantifizierung des durch bestimmte Vertragsverletzungen entstandenen Schadens existiert[172].

Trotz des Versuchs, das o. g. Kriterium fachlich auszuarbeiten, gibt es nur sehr wenige Fälle, in denen amerikanische Gerichte es tatsächlich als entscheidend betrachtet haben[173]. Ganz im Gegenteil gibt es viel häufiger Entscheidungen, in denen *liquidated damages*-Vereinbarungen ungeachtet des Nichtvorliegens des erläuterten Kriteriums anerkannt wurden[174].

- *„Reasonableness"*: Die vereinbarte Summe muss eine angemessene antizipierte Einschätzung des möglichen Schadens sein. Dieses Kriterium ist für amerikanische Richter wohl das schwerwiegendste Merkmal für die Abgrenzung zwischen *liquidated*

---

[170] *Ferris*, a.a.O., S. 868.
[171] Siehe die Bemerkung von *Calamari/Perillo, a.a.O., S. 642*: „Significantly, neither the U.C.C. § 2-278 nor Section 356 of the new Restatement consider the question of intention to be relevant on the issue".
[172] *Macneil*, a.a.O., S. 502.
[173] *Calamari/Perillo*, a.a.O., S. 642.
[174] Siehe z.B. Callanan Road Improvement Co. v. Colonial Sand & Stone Co., zitiert bei *Calamari/Perillo*, a.a.O., S. 641.

damages und *penalties*[175]. Laut *Coopersmith* werden die zwei erstgenannten Kriterien durch das „*reasonableness*"-Kriterium absorbiert: „A judicial determination that the stipulated amount is unreasonable will create a presumption that the parties could not have mutually intended the provision to constitute liquidated damages rather than a penalty. In addition, it implies that a more accurate estimation of the damages could have been made"[176].

Dies erklärt, warum sich die meisten Entscheidungen immer wieder auf dieses Kriterium konzentrieren[177]. Um herauszufinden, ob die zu zahlende Summe angemessen ist, müssen alle Umstände des Einzelfalles in Betracht gezogen werden, u.a. Sinn und Zweck des Vertrages, Verhandlungsmacht der Vertragspartner, sowie Höhe der vereinbarten Summe im Vergleich zum tatsächlich eingetretenen Schaden[178].

Maßgebender Zeitpunkt für den „*reasonableness*"-Test war ursprünglich die Zeit der Vertragsunterzeichnung. Wie oben schon erwähnt, sieht § 356 des neuen *Restatement* jedoch nun vor, dass dieser Test „in the light of the anticipated <u>or actual</u> loss" angewendet werden soll.

Die Tastsache, dass nun nicht nur der Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung, sondern auch derjenige des Schadenseintritts in Betracht kommt, wird möglicherweise zu einer Erhöhung der Anzahl von gültigen Strafabreden führen[179].

3.2 *Uniform Commercial Code* Regeln

Zwischen § 2-278(1) des *Uniform Commercial Code* und § 356(1) des neuen *Restatement* bestehen nun rein semantische Unterschiede. Die beiden Paragraphen normieren weitestgehend übereinstimmende Kriterien hinsichtlich der Gültigkeit von *liquidated damages*. Bei der Analyse der Kriterien des *Uniform Commercial Code* taucht deshalb ein Gefühl von *déjà vu* auf. Grundgedanke des *Uniform Commercial Code* ist, dass die Strafabrede *reasonable*

[175] *Hanotiau*, a.a.O., S. 517.
[176] *Coopersmith*, a.a.O., S. 271 & 272.
[177] *Calamari/Perillo*, a.a.O., S. 641.
[178] *American Jurisprudence*, Volume 22, 1988, § 706.
[179] *Calamari/Perillo*, a.a.O., S. 642.

sein muss, wobei die Angemessenheit in Bezug auf folgende Tatbestände zu beurteilen ist:

- *„The anticipated or actual harm caused by the breach"*: Wie bereits im Rahmen der Studie der *Common Law* Regeln dargelegt, läßt dieses Kriterium durch den *either/or*-Vorgang zwei maßgebende Zeitpunkte für die Einschätzung der Angemessenheit zu. Doch auch dieses Merkmal begegnet Bedenken. *Ferris* merkt in dieser Hinsicht an: „The approach validates a clause specifying a damage amount that would be unreasonable if viewed prospectively from the time of contracting, but that is reasonable at the time of trial because of damage occurring after the breach"[180].

- *„The difficulties of proof of loss"*: Dieses Kriterium, welches seit jeher Teil der *Common Law* Regeln ist, wurde mit dem *Uniform Commercial Code* quasi aus Tradition fortgeführt[181].

- *„The inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy"*: Dieses Kriterium findet sich nicht in den *Common Law*-Regelungen und ist deshalb eine Eigenart des *Code*. Die Bedeutung dieses Kriteriums ist allerdings unklar, da es im Vergleich zu den vorgenannten Kriterien redundant ist und von Gerichten nur in den seltensten Fällen herangezogen wird[182].

Unklar ist, ob der letzte Satz des § 2-718 (1) („A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty") ein unabhängiges Kriterium darstellt oder einfach die logische Folge der Unangemessenheit deklaratorisch festhält[183]. Wie *Anderson* sich aber dazu äußert: „Whether the criteria be three or four, it seems clear that the sole test for validity under Section 2-718 is reasonnableness"[184].

Die dargestellten Unzulänglichkeiten der Kriterien der *Common Law* Regeln und des *Uniform Commercial Code* machen deutlich, warum

[180] *Ferris*, a.a.O., S. 877.
[181] *Anderson*, a.a.O., S. 1088.
[182] *Anderson*, a.a.O., S. 1103.
[183] Laut *Anderson* gäbe es nur einen Fall (Equitable Lumber Corp. v. IPA Land Dev. Corp., 38 N.Y. 2nd 516) in dem der letzte Satz des Paragraphen 2-718 als separater Test für die Gültigkeit von *liquidated damages* benutzt wurde (*Anderson*, a.a.O., S. 1090 und Fn. 54).
[184] *Anderson*, a.a.O., S. 1091.

die amerikanische Rechtsprechung im Bereich der Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalties*, ebenso wie die englische, verwirrend ist.

Zwei Entscheidungen veranschaulichen dies besonders deutlich:

In dem Fall California and Hawaiian Sugar Co. v. Sun Ship, Inc[185], brauchte eine landwirtschaftliche Genossenschaft einen Lastkahn um Zuckerrohre zu transportieren. Die Firma Sun verpflichtete sich dabei durch einen Vertrag, der eine Verzugspönale von 17,000 US Dollar pro Verspätungstag beinhaltete. Der Lastkahn war laut Vertrag am 30. Juni 1981 zu liefern, wurde aber tatsächlich von Sun erst am 16. März 1982 ausgeliefert. Um ein Verderben der Zuckerrohre zu verhindern, hatte die Genossenschaft diese jedoch bereits vorher mit anderen Mitteln transportieren müssen. Um der Zahlung der vier Millionen Dollar Verzugspönale auszuweichen, brachte Sun das Argument vor, der tatsächlich entstandene Schaden belaufe sich nur auf 400,000 US Dollars, da die Zuckerrohre trotz allem rechtzeitig transportiert worden seien. Im Vergleich zu dem effektiven Schaden wäre die Strafabrede damit unangemessen hoch und eine Qualifikation als *penalty* wahrscheinlich gewesen. Das Gericht hielt die Vertragsstrafe jedoch für wirksam.

In dem Fall „The Columbia"[186] musste ein Schiff für den Transport von Bananen repariert werden. Der Vertrag für die Reparatur sah eine Verzugsstrafe von 100 US Dollar pro Verspätungstag vor. Die Reparatur wurde mit 30 Tagen Verspätung beendet. Die zu zahlende Strafe erreichte damit eine Summe, die höher als der vereinbarte Preis der Reparatur lag. Das Gericht stellte diesbezüglich fest, dass der Eigentümer des Schiffs während der Dauer der Reparatur ohnehin keinen Auftrag für den Transport von Bananen erhalten hatte, so dass kein effektiver Schaden entstanden war. Ohne zu erwägen, ob die verlängerte Reparaturzeit nicht gerade der Grund dafür war, dass der Eigentümer keine Aufträge erhalten hatte, hielt das Gericht die Strafe für nichtig.

Um die beiden Fälle voneinander zu unterscheiden, könnte man daran anknüpfen, dass in dem ersten Fall ein -zumindest geringer-

[185] 794 F.2nd 1433, zitiert und analysiert bei *Threedy*, a.a.O., S. 438.
[186] 197 F. 661, zitiert und analysiert bei *Anderson*, a.a.O., S. 1095.

Schaden entstanden ist, während im zweiten Sachverhalt -laut Gericht- überhaupt kein Schaden vorliegt. Dies erklärt aber nicht, warum eine Strafe von vier Millionen Dollar im Verhältnis zu einem effektiven Schaden von 400,000 Dollar weniger *unreasonable* erscheint, als eine Strafe von 3,000 Dollars (30 Tage mal 100 Dollar pro Tag) im Vergleich zum Fehlen eines effektiven Schadens. Es scheint, dass die Anwendung der Regeln für die Unterscheidung von *liquidated damages* und *penalties* durch amerikanische Gerichte bisher keine klaren und mathematisch nachvollziehbaren Prinzipien hervorgebracht hat.

Insofern ist der Schlussfolgerung von *Threedy* beizupflichten: „The (…) cases demonstrate the confusion that results from attempting to draw principled distinctions between allowable liquidated damages and unenforceable penalties. Although a number of commentators have attempted to establish such principled distinctions, the cases remain awash in contradictory results and analyses“[187].

4. Die Inhaltskontrolle von *liquidated damages* und *penalties*

Das amerikanische Recht folgt dem „Alles-oder-Nichts“-Prinzip des englischen Rechts: Entweder ist die Strafabrede eine gültige *liquidated damages*-Vereinbarung oder eine nichtige *penalty*.

Dazwischen gibt es keinen Mittelweg und keine Möglichkeit für den Richter, durch Erhöhung oder Herabsetzung die Wirksamkeit der Strafabrede zu erhalten.

Im Einklang mit der *Common Law*-Tradition stellen die Abgrenzungskriterien bezüglich *liquidated damages* und *penalties* auch im amerikanischen Recht zugleich das einzige Instrument der Angemessenheitskontrolle dar.

5. Das amerikanische Recht der *liquidated damages* und *penalties* in kritischer Betrachtung

Das amerikanische Recht der Vertragsstrafe bietet den Vorzug einer „Quasi-Kodifikation“. Diese erleichtert die Suche nach den anwendbaren Regeln, die ansonsten mühsam aus den komplizierten Vorgaben des Richterrechts herausgearbeitet werden müssten.

[187] *Threedy*, a.a.O., S. 441.

Dieser Vorteil der „Kodifikation" darf jedoch nicht überschätzt werden, denn das Recht der Vertragsstrafe ist im amerikanischen Rechtssystem Sache des einzelstaatlichen Rechts und somit treten zwischen den verschiedenen Staaten hinsichtlich der Anwendung der kodifizierten Regeln erhebliche Unterschiede auf[188].

Darüber hinaus ist festzustellen, dass trotz dieser „Kodifikation" noch viele Unklarheiten bestehen. Die oben vorgenommene Darstellung der Abgrenzungsproblematik zwischen *liquidated damages* und *penalties* hat gezeigt, dass die Analyse von Strafabreden, die amerikanischem Recht unterstehen, auch heute noch erheblichen Problemen begegnet. Wie im englischen Recht liegt der große Nachteil der Rechtssystematik im „Alles-oder-Nichts"-Prinzip.

Ferner ist zu bedauern, dass nicht einmal formal eine Unterscheidung zwischen Verträgen unter Kaufleuten, die Einzelheiten des Vertrages richtig verhandeln können, und Verträgen mit Verbrauchern, die oft nicht in der Lage sind, die Bedingungen des Vertrages auszuhandeln, vorgenommen wird. Zu Recht wird eine solche Unterscheidung in Amerika teilweise gefordert. *Threedy* meint dazu: „The U.C.C. does not distinguish negotiated contracts between parties of relatively equal bargaining power from contracts of adhesion. (…) The distinction matters, however, because the presumptive enforceability or non-enforceability of liquidated damages and limited damages should depend to some extent upon whether the provision for them appears in a negotiated or adhesion contract. In a negotiated contract, such a provision should be presumptively enforceable"[189].

Es wäre wünschenswert eine solche formale Unterscheidung in das amerikanische Recht einzubringen, um zumindest im Hinblick auf Verträge unter Kaufleuten mehr Rechtssicherheit zu schaffen[190].

---

[188] *Coopersmith*, a.a.O., S. 269 (Fn. 11).
[189] *Threedy*, a.a.O., S. 430 und 431.
[190] Dieser Wunsch wird auch von *Coopersmith,* a.a.O., S. 303, geäußert: „Provided that a liquidated damages clause is negotiated fairly and freely, the law should respect the parties' wish to remove the question of damages from judicial scrutiny".

§ 3 Rechtsvergleichung

Nach der Darstellung der in den verschiedenen Ländern existierenden Regelungen zur Vertragsstrafe, ist nun eine Rechtsvergleichung vorzunehmen, um deutlicher zu veranschaulichen, inwieweit zwischen den Rechtssystemen deutliche Differenzen bestehen[191].

I. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Eine erste wichtige Feststellung ist die Tatsache, dass alle dargestellten Rechtssysteme die Rechtsfigur der Vertragsstrafe, im Rahmen welcher sich eine Vertragspartei verpflichtet, die andere Partei mit Zahlung einer bestimmten Summe im Falle einer Vertragsverletzung zu entschädigen, kennen.

Die Rechtsquellen, die diesen Begriff beinhalten, weisen jedoch erhebliche Unterschiede auf: Deutschland und Frankreich haben, im BGB bzw. im *Code Civil*, präzise und ausführliche Regeln zu dieser Problematik entwickelt und kodifiziert. Trotz der üblichen Klassifikation als *Common Law*-System, haben sich in den USA deutliche Bemühungen gezeigt, zumindest eine Quasi-Kodifikation des Rechts der Vertragsstrafe zu erreichen, welche im Rahmen der zwei *Restatement* und des *Uniform Commercial Code* stattgefunden haben. Festzuhalten ist jedoch, dass es sich dabei lediglich um eine oberflächliche „Kodifikation" handelt, da sowohl das neue *Restatement* als auch der *Uniform Commercial Code* der Vertragsstrafe nur einen einzigen Paragraphen widmen[192]. In England schließlich ist das Recht der Vertragsstrafe immer noch ausschließlich im Richterrecht verankert, was die Suche nach den relevanten Regelungen erheblich erschwert.

---

[191] Für eine tabellarische Übersicht der Unterschiede zwischen Vertragsstrafe und Schadenspauschalierung in Deutschland, England, Frankreich und den Vereinigten Staaten, siehe *Graf von Bernstorff*, Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft, S. 157. Siehe auch die rechtsvergleichende Studie *Steltmanns* mit dem interessanten Verweis auf Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung (*Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S. 22 ff.)

[192] § 356(1) für den *Restatement* (Second), § 2-278(1) für den *Uniform Commercial Code*. Zwar wird manchmal in Verbindung mit der Thematik der Vertragsstrafe auch § 2-279 des *Uniform Commercial Code* zitiert, er beinhaltet aber nicht *per se* Regelungen über die Vertragsstrafe.

Auffällig ist weiterhin, dass alle zivilrechtlichen Systeme in Bezug auf den Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe zu größerer Formenstrenge tendieren. Ein Beispiel dafür ist Artikel 1230 des *Code Civil*, der eine Mahnung des Schuldners verlangt bevor der Gläubiger die Strafe geltend machen kann. Ein anderes Beispiel, diesmal aus dem deutschen Recht, ist in § 341 (3) BGB enthalten, wonach der Gläubiger die Strafe nur dann verlangen kann, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält. Weder Mahnung noch Vorbehalt bei der Annahme sind als Voraussetzungen für das Verlangen einer Vertragsstrafe im angloamerikanischen Raum bekannt.

Eine Regelung, die nur das deutsche Recht kennt, ist die in § 340 (2) BGB geregelte Möglichkeit der Geltendmachung eines weiteren Schadens, zusätzlich zum Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe. Eine solche Konzeption der Vertragsstrafe als Mindestbetrag wird in den französischen, englischen und amerikanischen Rechtssystemen abgelehnt. Dies ist ein guter Beweis dafür, dass Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Rechtssystemen nicht unbedingt auf den Schluß des „Zivilrecht gegen *Common Law*" hinauslaufen.

Einen weiteren Beleg dafür bietet der Umstand, dass allein Frankreich nur ein einziges Rechtsinstitut im Bereich der Vertragsstrafe kennt, nämlich die *clause pénale*. Die im deutschen Recht vorgenommene Unterscheidung zwischen Vertragsstrafe und Pauschalierungsabrede, sowie die Differenzierung zwischen *liquidated damages* und *penalties* im angloamerikanischen Raum zeigen, dass es in den Rechtssystemen nicht zu einer Vereinheitlichung der Vertragsstrafenkonzepte gekommen ist. Dies führt dazu, dass die tiefgreifendsten Streitigkeiten der Literatur im Gebiet der Funktion der Vertragsstrafe bzw. der Abgrenzungsproblematik der verschiedenen Strafabreden liegen.

Besonders ausgeprägt ist dies in Deutschland, England und den USA, da sich dort nicht nur eine Vielzahl von Autoren mit der Abgrenzung zwischen Vertragsstrafe und Pauschalierungsabrede -bzw. zwischen *liquidated damages* und *penalties*- befasst, sondern ebenfalls die Rechtsprechung. Doch auch in Frankreich wird darüber diskutiert, ob und inwiefern die *clause pénale* eine Druck- und/oder Pauschalierungsfunktion ausübt.

Die größten Unterschiede zwischen den Rechtssystemen liegen schließlich im Bereich der inhaltlichen Kontrolle der Strafabreden durch den Richter. Obwohl alle Rechtssysteme eine Kontrolle der Strafabreden vorsehen, variieren die Modalitäten der Kontrolle bzw. deren Ergebnisse jedoch erheblich. In Deutschland und Frankreich dient die Kontrolle von Vertragsstrafen im Grunde genommen dazu, unverhältnismäßig hohe Strafen auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen. Betroffen davon sind also Strafabreden, durch welche eine illegitime Druckfunktion ausgeübt werden soll.

Zwar ist der französische Richter -im Gegensatz zu seinem deutschen Widerpart- auch dazu befugt, unverhältnismäßig niedrige Strafe zu erhöhen. Diese Möglichkeit spielt aber keine wesentliche Rolle, denn die Großzahl der Rechtsstreitigkeiten haben unverhältnismäßig hohe Strafen zum Gegenstand. In Frankreich, sowie in Deutschland, kann eine unverhältnismäßig hohe Strafe durch den Richter herabgesetzt und ihre Wirksamkeit dadurch erhalten werden. Die herabgesetzte Strafe ist weiterhin gültig.

Dagegen sind die Modalitäten der Kontrolle im angloamerikanischen Raum insofern vollkommen anders, als dass eine Kontrolle lediglich mittels der Abgrenzung zwischen *liquidated damages* und *penalties* vorgenommen werden kann. Für Strafabreden, die als *liquidated damages* vom Richter bestätigt werden, kommt eine Herabsetzung nicht in Betracht, da *liquidated damages* eine faire Einschätzung des Schadens immanent ist. Für Strafabreden, die vom Richter als *penalty* betrachtet werden, kommt eine Herabsetzung ebenfalls nicht in Frage, da diese Qualifikation zur Nichtigkeit der Strafabrede führt. Die Konsequenzen der Kontrolle sind in den zivilrechtlichen Systemen und in den *Common Law* Systemen also grundlegend verschieden.

Ganz unterschiedlich sind auch die Regelungen in Bezug auf den maßgebenden Zeitpunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der Strafe. In Deutschland wird es dem Richter überlassen, ob er auf den Vertragsschluss, die Verwirkung der Strafe oder den Zeitpunkt des gerichtlichen Verfahrens abstellt. In Frankreich kommt allein der Zeitpunkt des gerichtlichen Verfahrens für die Beurteilung in Frage. Relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung, ob es sich bei der Strafabrede um angemessene *liquidated damages* oder eine unangemessene *penalty* handelt, ist in England der Vertragsabschluß, in

den Vereinigten Staaten dagegen entweder der Vertragsabschluß oder der Zeitpunkt der Vertragsverletzung.

II. Ergebnis: Ähnliche Anliegen - unterschiedliche Strukturen

Die Darstellung der Regelungen zum Recht der Vertragsstrafe in den vier ausgewählten Rechtssystemen, sowie die daraus folgende rechtsvergleichende Analyse führt zu dem Ergebnis, dass es weltweit kein einheitliches Institut der Vertragsstrafe gibt. Diese grundlegende Feststellung lässt hinsichtlich des Kernthemas dieser Arbeit folgende Schlussfolgerungen zu:

- Bei der Wahl des auf den internationalen Industrieanlagenvertrag anzuwendenden Rechts sollten die Vertragsparteien die oben angeführten Differenzen im Hinblick auf die Vorschriften der verschiedenen Rechtssysteme im Bereich Vertragsstrafe berücksichtigen. Die getroffene Rechtswahl in Bezug auf die zu vereinbarende Strafabrede wird im Falle einer gerichtlichen Kontrolle derselben eine ausschlaggebende Rolle spielen[193];

- Die Vertragsparteien sollten sich natürlich das Rechtssystem aussuchen, welches mit dem Sinn und Zweck der Vertragsstrafe am Besten vereinbar ist. Insbesondere sollten die Parteien darauf aufpassen, welche Regelungen in dem ausgewählten Rechtssystem abdingbar bzw. unabdingbar sind, damit sie ihre Strafabrede entsprechend anpassen;

- Um das Risiko einer Ungültigkeit zu vermeiden, sollten die Vertragsparteien versuchen, eine ausführliche und konkret auf den Fall bezogene Strafklausel auszuarbeiten. Dies ist umso wichtiger, als die gesetzlichen Regelungen teilweise entweder lückenhaft oder nur schwer zu ermitteln sind. Um jedoch imstande zu sein, die Vertragsstrafenklausel ausführlich ausarbeiten zu können, müssen sich die Vertragsparteien äußerst genau darüber informieren, welche Umstände bzw. Fallkonstellationen während der Vertragsabwicklung für die Vertragsstrafenvereinbarung eine Rolle spielen

[193] Vgl. *Gottwald*, wonach es u.a. aufgrund des „ordre-public-Vorbehalts" für den künftigen Schuldner von Relevanz sein sollte, welches Recht auf die Vertragsstrafe anwendbar wird (*Gottwald*, in: FS für Alfred Söllner, S. 380).

können. Die Vertragsparteien müssen sich darüber im Klaren sein, welche praktischen Probleme im Laufe der Vertragsabwicklung auftauchen können und somit im Hinblick auf eine optimale Gestaltung der Vertragsstrafe berücksichtigt werden sollten. Dies ist jedoch nur möglich, wenn die Vertragsparteien -zusätzlich zur Kenntnis der auf die Vertragsstrafe anwendbaren rechtlichen Regelungen- auch eine gute Kenntnis des Rechtsrahmens im Bereich des Anlagenbaus besitzen. Daher ist es angebracht, im Rahmen der Vertiefung der Problematik der Vertragsstrafe im internationalen Anlagengeschäft das Recht und die Praxis des internationalen Industrieanlagenvertrages in die Betrachtung mit einzubeziehen.

Zweiter Teil

Der internationale Industrieanlagenvertrag: Recht und Praxis

Der Einstieg in die Problematik der Vertragsstrafe im Rahmen des Industrieanlagenvertrages verlangt ein gutes Verständnis des Anlagengeschäftes selbst. Der nachfolgende Teil der Arbeit beabsichtigt, dem Leser dieses Verständnis durch eine Analyse der Theorie und Praxis des Industrieanlagenvertrages zu vermitteln. Zu diesem Zweck wird zunächst dargestellt, wie der Industrieanlagenvertrag als rechtliches bzw. vertragliches Konzept zu verstehen ist. Anschließend wird eine Studie der inhaltlichen Gestaltung solcher Verträge folgen, um konkrete Vertragsstrukturen herausarbeiten zu können.

Da Standardverträge im internationalen Anlagengeschäft eine wichtige Rolle spielen, sollen in einem dritten Abschnitt schließlich die in den ausgewählten Rechtsordnungen bzw. auf dem internationalen Markt meistgenutzten Vertragsmodelle dargestellt werden.

Großprojekte auf privatfinanzierter Basis bilden in den letzten Jahren einen Großteil des internationalen Anlagengeschäftes. Daher erfolgt zum Abschluß des Kapitels eine Darstellung der Besonderheiten des privatfinanzierten Anlagenvertrages.

§ 1 Begriff, Strukturmerkmale und rechtliche Einordnung des internationalen Industrieanlagenvertrages

Der Industrieanlagenvertrag nimmt im deutschen Vertragsrecht ohne Zweifel eine Sonderstellung ein. Im Gegensatz zum Kaufvertrag oder anderen traditionellen Vertragstypen, gibt es für den Anlagenvertrag keine spezifische gesetzliche Regelung[1]. Auch wird seine Ausgestaltung sehr stark von Praktikern beeinflusst, welche

[1] *Kirchgässer*, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anlagenvertrages, ZfbF 33 (1981), S. 936.

durch detaillierte und ausführliche Bestimmungen eine Art „autonomes Recht“ schaffen wollen[2].

Im nachfolgenden Abschnitt soll nun das rechtliche und vertragliche Konzept des Anlagenvertrages dargestellt werden, einschließlich der Schwierigkeiten bei der rechtlichen Einordnung dieses Vertragstyps.

I. Begriff

1. Definition

Bei der Definition des internationalen Industrieanlagenvertrages stellen sich drei Fragen:

- Was ist eine Industrieanlage, bzw. was ist Vertragsgegenstand?
- Wozu wird ein Industrieanlagenvertrag geschlossen, bzw. was ist Vertragszweck?
- Wann kann von einem internationalen Industrieanlagenvertrag gesprochen werden, bzw. welche Kriterien begründen die internationale Dimension des Vertrages?

1.1 Vertragsgegenstand

Eine in der Fachliteratur oft zitierte Definition der Industrieanlage lautet: „Eine Industrieanlage ist ein durch seine Vermarktungsfähigkeit abgegrenztes und in einem geschlossenen Angebot erstelltes, komplexes und ortsgebundenes Hardware/Software Bündel zur wirtschaftlichen Deckung eines bestimmten Bedarfs“[3].

Diese Definition ist jedoch zu stark von Marketing-Aspekten geprägt. Basierend auf volkwirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten kann die Industrieanlage treffender als „eine aus komplexen mechanischen, elektronischen und/oder elektrotechnischen Komponenten bestehende Anlage, die zur Produktion bestimmter Güter fähig ist und damit zur Entwicklung der indus-

[2] *Kirchgässer*, a.a.O., S. 936.

[3] Definition des Arbeitskreises “Marketing in der Investitionsgüterindustrie” (ZfbF 1975, S. 759) zitiert bei: *Lappe*, Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus, S. 10; *Flocke*, Risiken beim internationalen Anlagenvertrag, S. 24; *Graf von Bernstorff*, Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft, S.172; *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d’ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 8.

triellen und wirtschaftlichen Infrastrukturen einer Region oder eines Landes beiträgt", definiert werden[4].

Am besten läßt sich der vielseitige Begriff der Industrieanlage jedoch durch eine Auflistung praktischer Beispiele veranschaulichen: Er erfasst Kraftwerke, Gießereien, chemische Fabriken, Papier- und Zementfabriken, genauso wie Müllverbrennungs-, Telekommunikationsanlangen und ähnlich komplexe technische Anlagen, die im Energiebereich und in der Rohstoff- bzw. Telekommunikationsindustrie benutzt werden[5].

1.2 Vertragszweck

Nach *Flocke* ist der Industrieanlagenvertrag wie folgt zu definieren: „Ein (…) Anlagenvertrag ist ein Vertrag zwischen einem Anlagenanbieter, dem Unternehmer, und einem Anlagenbesteller (…) über die Errichtung und Übergabe einer Industrieanlage"[6].

Für *Hesse* handelt es sich beim Industrieanlagenvertrag um einen Vertrag über „(…) die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme/ Inbetriebsetzung industrieller Anlagen"[7].

Diese Definitionen haben den Vorteil, dass sie kurz und prägnant die Substanz des Anlagenvertrages wiedergeben. Sie müssen jedoch durch zwei Aspekte ergänzt werden[8]. Erstens muss mit einbezogen werden, dass der Anlagenunternehmer in der Regel nicht nur die Anlage errichtet und übergibt, sondern auch die Verantwortung für die Planung und Beschaffung der zur Errichtung der Anlage nötigen Komponenten trägt. Zweitens ist, wie es *Flocke*

---

[4] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica?*, RDAI 2004, S. 8.

[5] Für eine detaillierte Auflistung, siehe *Hopfenbeck*, Planung und Errichtung von kompletten Industrieanlagen in Entwicklungsländern, S. 9; *Molter*, Verzugsrisiken im Industrieanlagengeschäft, S. 262 (Fußnote 4); *Nicklisch,* Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 758; *Hautkappe,* Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau, S. 20 und 21; *Schaub*, Der Konsortialvertrag, S. 13; *Lappe*, a.a.O., S. 10.

[6] *Flocke*, a.a.O., S. 24.

[7] *Hesse,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 23.

[8] Siehe hierzu *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica?*, RDAI 2004, S. 8.

in der Selbstkritik seiner Definition unterstreicht[9], zu beachten, dass im Anlagengeschäft auf der Anbieterseite häufig nicht nur ein Unternehmer den Vertrag abschließt, sondern vielmehr eine Gruppe von Anbietern, die sich im Rahmen eines Konsortiums zur Abwicklung des Projektes zusammenschließen[10].

1.3 Kriterien zur Bestimmung der internationalen Dimension des Vertrages

Die Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Anlagenverträgen ist vor allem unter zwei Aspekten von Bedeutung:

Erstens ist der Rückgriff auf eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit als Methode der Streitbeilegung nur dann üblich, wenn es sich um einen internationalen Vertrag handelt. Zum zweiten fällt die Anwendung des *ordre public* erheblich restriktiver aus, da der internationale Vertrag notwendigerweise eine Beziehung zu mehreren Rechtsordnungen aufweist.

Um dies widerzuspiegeln wird in der IPR-Lehre zwischen dem „vollen" und dem „abgeschwächten" *ordre public*[11], sowie zwischen dem nationalen und dem internationalen bzw. universellen *ordre public*, unterschieden[12].

Die Unterscheidung zwischen nationalen und internationalen Verträgen darf also nicht vernachlässigt werden. Die Suche nach geeigneten Kriterien zur Feststellung des Vorliegens von Internationalität gestaltet sich jedoch äußerst schwierig[13].

---

[9] *Flocke*, a.a.O., S. 24.

[10] Ausführlich zum Konsortialvertrag im Bau- und Anlagengeschäft: *Lotz*, Der Konsortialvertrag des Anlagenbaus im In- und Ausland, ZfBR 1996, S. 233 ff.; *Hautkappe,* Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau*; Schaub*, Der Konsortialvertrag; *Lionnet*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 121 ff.

[11] Siehe hierzu *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, S. 254 ff.

[12] Siehe hierzu *Pentzlin*, Der universelle Ordre Public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts, S. 8 ff.; *Audit*, Droit International Privé, S. 265 ff.; *Cremades*, Les dommages-intérêts conventionnels prevus en cas de rupture de contrat, les clauses pénales et les dommages-intérêts à caractère répressif dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 342 ff.

[13] Ausführlich zur Problematik der Internationalität des Anlagenvertrages: *Glavinis*, Le contrat international de construction, S. 403 ff.

Ein oft als entscheidend angesehenes Unterscheidungsmerkmal ist die Nationalität der Vertragspartner[14]. Demgemäß wäre der Anlagenvertrag international, wenn Auftraggeber und Auftragnehmer in unterschiedlichen Ländern niedergelassen sind[15]. Dieses Kriterium erscheint jedoch als zu eng.

Weiterer Anknüpfungspunkt könnte der Bestimmungsort der Anlage sein. Nach diesem Maßstab wäre der Anlagenvertrag international, wenn der Bestimmungsort im Ausland liegt. In den meisten Fällen ist dieses Kriterium zur Abgrenzung geeignet.

Beispielsweise in dem Fall, dass ein belgischer Auftraggeber einem deutschen Auftragnehmer den Auftrag zur Errichtung einer Anlage in Belgien erteilt. In dieser Situation bestehen keine Bedenken, den Vertrag als international einzustufen. Wie verhält es sich jedoch in dem Fall, dass das Projekt in Belgien liegt, Auftragnehmer und Auftraggeber aber beide in Deutschland niedergelassen sind? Kann dann immernoch von einem inter-nationalen Vertrag ausgegangen werden? Dies macht deutlich, dass die Anwendung isolierter Unterscheidungsmerkmale unzu-länglich ist.

Angebrachter erscheint es, eine umfassende Analyse aller Aspekte des Vertrages und seiner Begleitumstände durchzuführen, um die Internationalität des Vertrages in jedem konkreten Fall gesondert zu ermitteln[16]. Dieser Weg wird z. B. im französischen internationalen Privatrecht beschritten, um die Internationalität des Vertrages festzustellen[17].

---

[14] Siehe z.B. Artikel 1 (Anwendungsbereich) des Wiener Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 1. April 1980 über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht), wonach die Internationalität des Vertrages durch die Niederlassung der Vertragsparteien bestimmt wird (ausführlich hierzu: *von Caemmerer/Schlechtriem*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, S. 45 ff.).

[15] Siehe hierzu *Flocke*, a.a.O., S. 24, der auf das Kriterium der "unterschiedlichen nationalen Wirtschaftsgebieten" zugreift. Diese Meinung vertritt auch *von Oppen*, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und –erledigung, S. 25.

[16] Zur Benutzung dieses Begriffes als Prüfstein für die Internationalität eines Vertrages, siehe *Mahmoud*, Groupe de contrats: intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international, RDAI 1996, S. 602; *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 32.

[17] *Memento Pratique Francis Lefebvre*, S. 458.

2. Vertragstypen

Um die Praxis im Anlagengeschäft darlegen zu können, wird in der Fachliteratur zwischen mehreren Erscheinungsformen des Anlagenvertrages unterschieden[18].

2.1 Einzelvertrag und *Turn-Key* Vertrag

Zunächst wird zwischen dem Einzelvertrag und dem *Turn-Key* Vertrag unterschieden[19]. Beim Einzelvertrag handelt es sich um Fälle des Komponentenkaufes. Der Auftraggeber verfügt dabei selbst über große technische Erfahrung und kauft lediglich solche zur Errichtung der Anlage nötigen Komponenten bzw. Dienstleistungen, die er selbst nicht erbringen kann[20].

In diesem Fall werden mit den am Projekt beteiligten Unternehmern separate Verträge abgeschlossen, deren Koordinierung Aufgabe des Auftraggebers ist[21]. Die in diesem Rahmen tätigen Unternehmer haften nur für die von Ihnen gelieferten Komponenten. Die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Anlage bleibt beim Auftraggeber. Die Klärung von Haftungsfragen gestaltet sich in diesem Zusammenhang äußerst kompliziert, da sich die Leistungsbereiche der verschiedenen Auftragnehmer oftmals überschneiden[22].

Um eine gewisse Konsolidierung bei der Lieferung der verschiedenen Komponenten zu erreichen, werden diese in der Regel in sog. *packages* oder *Lose* zusammengefasst, um somit die Zahl der Ansprechpartner des Auftraggebers zu verringern. Im Fall eines Kraftwerkes beispielsweise ist es denkbar, dass die Errichtung der gesamten Anlage in drei Lose aufgeteilt wird, namentlich in Turbinen/Generatoren, Kessel und Fundament.

---

[18] Allgemein hierzu: *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 8 ff.

[19] Zu den Vor- und Nachteilen beider Vertragstypen, siehe *Hopfenbeck*, a.a.O., S. 86 und 87; *Huse*, Understanding and negotiating turnkey contracts, S. 17 ff.

[20] *Hautkappe*, a.a.O., S. 26.

[21] *COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES)*, Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels, S. 2.

[22] *Meuret*, Approche et gestion des risques dans les contrats internationaux de BTP et de vente d'ensemble industriel, RDAI 1988, S. 789 ff.

Im Gegensatz zum Einzelvertrag übernimmt beim *Turn-Key* Vertrag bzw. Schlüsselfertig-Bau der Unternehmer die Verantwortung für die Planung und Errichtung der gesamten Anlage, sowie die Haftung hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Anlage[23]. Es herrscht der Grundsatz der Garantie von Qualität und Quantität. Mit dem Ausdruck „*turn-key*" soll dabei das Konzept des Unternehmers verdeutlicht werden, dass er als Auftragnehmer die Bauarbeiten in der Weise durchführt, dass der Auftraggeber am Ende der Bauzeit nur noch „den Schlüssel zu drehen braucht", um die Anlage in Betrieb zu nehmen[24]. Der Ausdruck „*turn-key*" ist dabei insofern irreführend[25], als dass auch bei diesem Vertragstyp der Auftraggeber selbst wesentliche Leistungen zu erbringen hat, wie z. B. die Zurverfügungstellung von Betriebspersonal oder die Lieferung der Rohstoffe für den Probebetrieb[26].

Innerhalb des *turn-key*-Konzepts wird weiterhin zwischen dem klassischen *clé-en-main* und dem *produit-en-main* differenziert[27]. Bei der ersten Variante sind mit der Errichtung der Anlage -abgesehen von den Gewährleistungspflichten- die Pflichten des Anlagenbauers praktisch erfüllt. Beim *produit-en-main* hingegen trägt der Anlagenbauer für eine gewisse Zeitspanne nach Errichtung der Anlage die Verantwortung dafür, dass diese auch während des Betriebes durch das Kundenpersonal die versprochenen Leistungen erbringen kann[28]. Bei solchen Verträgen spielt also zusätzlich die Ausbildung des Kundenpersonals eine wichtige Rolle. Deshalb gilt

---

[23] Siehe hierzu *Martinek,* Moderne Vertragstypen*,* S. 242 und 244; *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, S. 1126; *Huse*, a.a.O., S. ix (Einführung); *Fouchard*, Le contrat "cléf en main", RTD 1983, S. 103; *Michaelis de Vasconcellos*, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, S. 74 ff. Ausführlich zur speziellen Problematik des *Turn-Key* Baugeschäfts in Deutschland: *Kapellmann*, Schlüsselfertiges Bauen.

[24] *Huse*, a.a.O., S. 6*; Fouchard*, Le contrat „Clé en main", RTD 1983, S. 104; *Le Tourneau*, L'ingénierie, les transfers de technologie et de maîtrise industrielle, S. 195.

[25] Vgl. *Le Tourneau*, der von einem „bildhaften und übertriebenen Konzept" spricht (*Le Tourneau*, a.a.O., S. 112).

[26] Ausführlicher zu den Plichten des Auftraggebers, ab S. 74.

[27] Siehe hierzu *Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 11; *Dubisson*, La négociation des marchés internationaux, S. 175 ff.; *Michaelis de Vasconcellos*, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, S. 77 ff.

[28] *Costet*, Les contrats de réalisation d'ensembles industriels, DPCI 1981, S. 567.

das *produit-en-main* als echtes Mittel des Technologietransfers zwischen Industrie- und Entwicklungsländern[29].

Bezüglich des Einzel- und des *Turn-Key*-Vertrages existieren zahlreiche Varianten der Vertragstypen, wie beispielsweise der Einzelvertrag mit Einschaltung eines beratenden Ingenieurs („*consulting engineer*")[30]. Um das Risiko des Komponentenkaufs zu reduzieren, soll hier der beratende Ingenieur den Auftraggeber bei der Erfüllung folgender Leistungen helfen: Planung der Anlage, Beratung bei der Vorbereitung des Ausschreibungsmaterials, Auswahl der Angebote und Überwachung und Koordinierung der Bauarbeiten[31].

Eine andere Vertragstypenvariante stellt der Gesamtvertrag dar, der sich vom *Turn-Key* Vertrag dadurch unterscheidet, dass der Auftraggeber relativ viel zu leisten hat, wie u. a. die Erstellung des Fundamentes der Anlage, die grobe Planung oder auch die Montagearbeiten[32].

2.2 *Lump-sum* Vertrag und *Cost + Fee* Vertrag

Neben der Klassifizierung des Anlagenvertrages nach dem Umfang der zu verrichtenden Arbeiten, wird des Weiteren eine Differenzierung im Hinblick auf die Art der Vergütung vorgenommen. Die zwei maßgeblichen Kategorien sind auf der einen Seite der *cost + fee*-Vertrag und auf der anderen Seite der *lump-sum*-Vertrag[33], welcher nach der deutschen Terminologie als Pauschalpreisvertrag bezeichnet wird[34].

---

[29] *Modiano*, Les contrats de transfert de technologie, DPCI 1983, S. 558; *Schapira*, Les contrats internationaux de transfert de technologie, Clunet 1978, S. 32 ff.; *Kopelmanas*, L'adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement, S. 146 und 151 ff.

[30] Siehe hierzu *Hautkappe*, a.a.O., S. 32 ff.

[31] Ausführlich zur Rolle des beratenden Ingenieurs: *Glavinis*, Le contrat international de construction, S. 30 ff.

[32] Siehe hierzu *Lappe*, a.a.O., S. 29.

[33] Siehe hierzu *Huse,* a.a.O., S. 10 ff.; *Le Tourneau*, a.a.O., S. 127 ff.; *Glavinis*, a.a.O., S. 76 ff.

[34] Siehe *Putzier*, Der Pauschalpreisvertrag, S. 1 ff.

Beim *cost + fee*-Vertrag wird zusätzlich zu den nachgewiesenen tatsächlichen Kosten des Anlagenbauers ein *fee* bezahlt, das pauschal *overheads* und Ertrag decken soll[35].

Beim *lump-sum*-Vertrag gibt der Anlagenbauer nur einen pauschalen Festpreis an und übernimmt somit das Risiko von Fehleinschätzungen und -bis zu einem gewissen Umfang- auch das Risiko unerwarteter Mehrkosten[36]. Im Anlagengeschäft ist der *lump-sum*-Vertrag die meistverbreitete Variante des Anlagenvertrages, insbesondere weil sie die Finanzierung des Projekts wesentlich erleichtert[37].

3. Vertragsparteien

Bei der Beschreibung der Parteien muss zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer unterschieden werden.

3.1 Auftraggeber

Beim Auftraggeber kann es sich zunächst um staatliche Unternehmen handeln, die in gewissen Branchen (Energie, Telekommunikationswesen, usw.) über eine Monopolstellung verfügen. Die Bestellung der Anlage präsentiert sich dann als Teil der strategischen Entwicklung der nationalen oder regionalen wirtschaftlichen Infrastrukturen des Landes.

Im Energiebereich zum Beispiel ist der staatliche Energieversorger[38], der ein neues Kraftwerk zur Ausdehnung des nationalen elektrischen Netzes braucht, als der typische öffentliche Auftraggeber zu sehen. Beim Auftraggeber kann es sich aber auch um private Unternehmen handeln, die für die Erhöhung ihrer Produktivität eine bestimmte Industrieanlage benötigen.

---

[35] *D'Hollander/Lefebvre*, La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie, DPCI 1996, S. 241; *Mezghani*, Le contrat cost + fee, Clunet 1984, S. 242.

[36] *Heiermann*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung bei Bau- und Anlagenbauverträgen (II), S. 13; *Wendler*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 49.

[37] Zu Recht betont *Putzier* in seinem Werk zum Pauschalpreisvertrag, dass dieser Vertragstyp im Bauwesen eine große praktische Bedeutung hat (*Putzier*, a.a.O., S. VII, Vorwort).

[38] Zum Beispiel EDF in Frankreich oder NEK in Bulgarien.

Im Chemiebereich ist der Chemiekonzern[39], der zur Eroberung weiterer Marktanteile eine neue Chemiefabrik braucht, als der typische private Auftraggeber zu betrachten.

Letztendlich soll erwähnt werden, dass im neuen Bereich der privatfinanzierten Großprojekte nicht selten ein Konsortium von Investoren als Auftraggeber auftaucht, wobei der Anlagenvertrag meistens von einer Projektgesellschaft unterzeichnet wird[40].

3.2 Auftragnehmer

Der Auftragnehmer im Anlagengeschäft ist meistens ein großes Unternehmen, das im Projekt als Generalunternehmer auftritt und aus diesem Grund die Alleinverantwortung für die vertragsgemäße Abwicklung des Projektes übernimmt. Dieses Unternehmen verfügt in der Regel nicht über das gesamte Spektrum der für das Projekt benötigten Technologie und wird sich daher zur Erstellung der zahlreichen Teile der Analge einer Reihe von Subunternehmern bedienen[41].

Aufgrund der hohen Komplexität und der immensen Risiken im Anlagengeschäft kommt es oft vor, dass sich mehrere Firmen im Rahmen eines Anbieterkonsortiums zusammenschließen, um die Risiken und finanziellen Anforderungen des Projektes zu verteilen[42]. Der Grund für das Zustandekommen eines Konsortiums kann jedoch auch sein, dass keines der Unternehmen allein über die

---

[39] Zum Beispiel Rohm & Haas in den USA oder BASF in Deutschland.

[40] Siehe unten, auf S. 120.

[41] *Kremer*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 8; *Vetter*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 77; *Pause*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 142.

[42] *Lionnet*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 122; *Hopfenbeck*, a.a.O. S. 54; *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 2; *Dubisson,* in: La co-traitance internationale, S. 2; *Baptista/Durand-Barthez*, Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international, S. 25 ff.; *Rayermann*, Der internationale Konsortialvertrag, S. 4 ff. Zum Unterschied bzw. zu den Ähnlichkeiten zwischen dem Konsortium und der *Joint Venture* als Erscheinungsform der internationalen Kooperation, siehe *Pironon*, Les joint ventures, S. 26 ff.; *Göthel*, Joint ventures im Internationalen Privatrecht, S. 43 ff.; *Braun*, Joint ventures im amerikanischen und deutschen Internationalen Privatrecht, S. 24 ff.; *Baptista/Durand-Barthez*, a.a.O., S. 55 ff.; *Rayermann*, a.a.O., S. 25 ff.

technische Erfahrung zur Durchführung des gesamten Projektes verfügt[43].

Beim Anbieterkonsortium muss zwischen dem Außenkonsortium (sog. „offenes Konsortium") und dem Innenkonsortium (sog. „stilles Konsortium") unterschieden werden[44]. Das Außenkonsortium besteht aus Firmen, die dem Kunden direkt bekannt sind, da sie das Projekt gemeinsam anbieten, das Angebot zusammen verhandeln und zum Schluss gemeinsam und gesamtschuldnerisch den Anlagenvertrag unterschreiben[45].

Im Gegensatz zum Außenkonsortium ist das Innenkonsortium dem Kunden nicht (bzw. nicht formell) bekannt. In dieser Fallkonstellation übernimmt eine einzige Firma als Generalunternehmer gegenüber dem Kunden die Verantwortung für das gesamte Projekt. Diese schließt aber gleichzeitig mit anderen Firmen einen Konsortialvertrag, um die Risiken des Projekts zu verteilen[46].

Rechtlich gesehen haben die Mitglieder des Innenkonsortiums dann gegenüber dem Kunden den Status eines Subunternehmers des Generalunternehmers. Eine gesamtschuldnerische Haftung zugunsten des Kunden kommt hier nicht in Frage. Der Generalunternehmer kann sich aber aufgrund der Mithaftungsklauseln des Konsortialvertrages an die Mitglieder des Konsortiums wenden, um die finanziellen Konsequenzen einer Verletzung des Anlagenvertrages innerhalb des Konsortiums zu verteilen.

II. Strukturmerkmale

Der Anlagenvertrag weist besondere Strukturmerkmale auf, die ihn leicht von anderen Vertragstypen unterscheidet. In Deutschland sind diese Merkmale hauptsächlich von *Nicklisch* erforscht worden[47].

---

[43] *Molter*, a.a.O., S. 1.
[44] Siehe *Martinek*, Moderne Vertragstypen, S. 145; *Lappe*, a.a.O., S. 38 ff.; *Hesse*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 25; *Dubisson*, in: La co-traitance internationale, S. 7 ff.
[45] Laut *Lappe* ist die gesamtschuldnerische Haftung das wichtigste Merkmal des Außenkonsortiums (*Lappe*, a.a.O., S. 40).
[46] *Hopfenbeck*, a.a. O., S. 63; *Molter*, a.a.O., S. 38.
[47] Siehe hierzu *Nicklisch*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 41 ff.

Ihre Darstellung erscheint zum Verständnis des Anlagengeschäfts angebracht[48].

1. Langzeitcharakter

Typisch für den Anlagenvertrag ist zunächst die Feststellung, dass er sich über eine lange Zeitspanne erstreckt[49]. Nicht unüblich sind Zeiten von 2 bis 4 Jahren für die Abwicklung des Projekts, gerechnet vom Anfang der Bauarbeiten bis zur Abnahme der Anlage[50]. Rechnet man diebezüglich die Angebotsphase (in der Regel 1 bis 2 Jahre) und die Gewährleistungsphase (in der Regel 1 bis 2 Jahre) hinzu, so erstreckt sich die vollständige Vertragsabwicklung fast über ein ganzes Jahrzehnt[51].

Dieser Zeitfaktor ist für einen Großteil der Projektrisiken verantwortlich und spielt bei der Gestaltung des Vertrages somit eine beträchtliche Rolle[52].

2. Rahmencharakter

Da zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung nicht alle Details der langjährigen Projektabwicklung endgültig festgelegt werden können, präsentiert sich der Anlagenvertrag als eine Art Rahmen für die vertraglichen Beziehungen der Projektteilnehmer[53].

Dieser Rahmencharakter läßt sich zudem daraus herleiten, dass der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung nicht alle

---

[48] Allgemein hierzu *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 9 ff.

[49] *Nicklisch*, in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 19.

[50] Vgl. *Lappe*, der von einer Laufzeit von 5 bis 10 Jahren bis zum Ende der Gewährleistungszeit ausgeht (*Lappe*, a.a.O., S. 75).

[51] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 10. Für eine tabellarische Darstellung der verschiedenen Projektstufen vom Projekterkenntnis bis zum Ende der Gewährleistungsfrist, siehe *Hopfenbeck*, a.a.O., S. 15.

[52] Zur Vertragsgestaltung als Methode der Risikoverringerung, siehe den vierten Teil der Arbeit.

[53] *Nicklisch,* Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 762*; Lappe*, a.a.O., S. 79.

technischen Varianten endgültig einschätzen kann[54]. Dies trifft insbesondere zu, wenn die Wahl der technischen Mittel von der noch abzusichernden Finanzierung abhängt. In Anbetracht dieser Interessenlage wird der Vertrag Rahmenbedingungen für die spätere Wahl der besten technischen Option festlegen.

3. Kooperationscharakter

Um die Chancen einer reibungslosen Projektabwicklung zu erhöhen, müssen im Anlagengeschäft die verschiedenen Projektteilnehmer zusammenarbeiten[55].

Eine gute Kooperation ist nicht nur in der Beziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer notwendig, sondern auch zwischen Auftragnehmer und möglichen Subunternehmern des Auftraggebers, dem Auftragnehmer und seinen Subunternehmern und -im Fall eines Anbieterkonsortiums- zwischen den Konsorten[56]. Hilfreich ist dabei die Festlegung vertraglicher Mitwirkungspflichten. Je mehr die Parteien begreifen, dass die pünktliche Lieferung einer funktionsfähigen Anlage ihr gemeinsames Ziel ist, um so höher sind die Chancen einer erfolgreichen Vertragsabwicklung.

Überlegungen zur Kooperationsproblematik und die Entwicklung des Konzepts des sog. *„partnering"*, gewinnen in der neueren angloamerikanischen Literatur zum Anlagengeschäft immer mehr an Bedeutung[57].

---

[54] Ausführlich zu "change order" Klauseln oder "change in laws" Klauseln als typische Beispiele des Rahmencharakters: *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 10 und 11.

[55] *Meuret*, a.a.O., S. 792; *Nicklisch,* Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 763*; Mayeur*, Les obligations de l'acheteur dans les ventes internationales d'ensembles industriels, RDAI 1986, S. 753; *Lappe*, a.a.O., S. 82.

[56] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 11. Für eine gründliche und moderne Analyse der Kooperationspflichten im Baurecht, siehe *Schwarze*, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts.

[57] Siehe u.a. *Noble*, Friend of the Project – A new paradigm for construction law services in a "partnered" construction industry, ICLR 1998, S. 78 ff.; *Klein*, Partnering comes unstruck, Building, London, 19 March 1999, S. 76/77; *Myers*, Developing methods for resolving disputes in world-wide infrastructure projects, JIA 1996, S. 102.

Mittlerweile setzt sich dieses Konzept auch in kontinental-europäischen Rechtskreisen durch[58]. Leitgedanke dieser Überlegung ist die Feststellung, dass sich Auftraggeber und Auftragnehmer als *„friends of the project"* behandeln sollten[59]. Dieses Konzept ist von dem in Deutschland von *Nicklisch* dargestellten Gedanken des „vertragsbegleitenden Konsensverfahrens" nicht weit entfernt[60].

4. Störanfälligkeitscharakter

Aufgrund der technischen Herausforderung und Komplexität von Anlagenprojekten, sowie der damit verbundenen, schwer kontrollierbaren Risiken ist offensichtlich, dass bei solchen Projekten ein hohes Potential an Störanfälligkeit besteht[61].

Eine klare und ausgewogene vertragliche Grundlage kann dieses Risiko reduzieren bzw. die Konsequenzen aufgetauchter Risiken minimieren[62]. Im Anlagengeschäft gibt es kaum eine größere finanzielle Gefahr als einen Vertrag, in dem jede zweite Klausel lückenhaft oder zweideutig ist. Eine gute Vertragsbasis kann das Auftauchen von Risiken dennoch nicht völlig vermeiden. Sie kann aber das Bestehen bestimmter Risiken (z.B. Kriegsrisiko) einkalkulieren und Regelungen zu deren gerechter Verteilung festlegen.

Gleichwohl bleibt die Gefahr von Spannungen zwischen den Vertragsbeteiligten bestehen, da sich die Folgen aufgetauchter Risiken und Vertragsverletzungen typischerweise in sehr hohen Verlusten auswirken.

---

[58] Siehe u.a. *Hobeck*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 162; *Bolmin*, Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure: la notion de co-développement, RDAI 1999, S. 139 ff.; *Le Tourneau*, L'ingénierie, les transfers de technologie et de maîtrise industrielle, S. 209 ff.

[59] Siehe hierzu *Noble*, a.a.O., S. 78 ff.

[60] *Nicklisch*, Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie un im Anlagenbau (II), S. 121 ff.

[61] *Dünnweber*, a.a.O., S. 149; *Lappe*, a.a.O., S. 56; *Nicklisch*, in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 20.

[62] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 12.

III. Rechtliche Einordnung

Aufgrund des vielseitigen Leistungsaustausches im Rahmen eines Anlagenvertrages stellt sich die Frage, in welche der gesetzlich anerkannten Vertragsarten er einzuordnen ist[63].

1. Kaufvertrag?

Laut § 433 (1) BGB verpflichtet sich der Verkäufer zur Lieferung der vom Käufer gekauften Sache[64]. Zwar verlangt die Errichtung einer Anlage die Beschaffung zahlreicher Komponenten und Kaufen bzw. Verkaufen spielen eine zentrale Rolle[65]. Doch die Erstellung verlangt weitaus mehr als lediglich die Beschaffung von Produktionsmitteln: Die Planung der Anlage, das Training von Kundenpersonal, das Einholen von Genehmigungen, die Einrichtung einer Baustelle für die Errichtung der Anlage stellen weitere wichtige Komponenten dar, die der Kaufvertrag nicht erfaßt[66]. Eine Qualifikation des Anlagenvertrages als Kaufvertrag ist dementsprechend verfehlt.

2. Werkvertrag?

Laut § 631 (1) BGB verpflichtet sich der Unternehmer beim Werkvertrag zur Herstellung eines Werkes gegen Vergütung[67]. Die Werkleistung existiert zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht. Dies ist auch im Anlagengeschäft der Fall. Es könnte demnach eine Qualifikation des Anlagenvertrages als Werkvertrag in Betracht kommen. Vor der BGB-Novelle wurde diesbezüglich der in § 651 BGB a.F. geregelte Werklieferungsvertrag als geeigneter Vertragstyp angesehen, um das Kaufelement des Anlagenvertrages

---

[63] Allgemein hierzu *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 12 ff.

[64] Der erste Satz des § 433 BGB, in dem dieses Grundprinzip des Kaufrechts verankert ist, wurde von der BGB-Novelle nicht betroffen.

[65] *Joussen*, Der Industrieanlagen-Vertrag, S. 25.

[66] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 13.

[67] An diesem in § 631 Abs. 1 verankerten Grundprinzip des Werkvertragsrechts hat die BGB-Novelle nichts geändert.

wiederzuspiegeln[68]. Er stellte eine Mischung zwischen Kauf- und Werkvertrag dar[69].

Mittlerweile ist der Werklieferungsvertrag jedoch aus dem BGB verschwunden[70]. Zwar wird durch den § 651 BGB n.F. das Kaufelement in das neue Werkvertragsrecht einbezogen. Doch der neue Werkvertrag des BGB deckt vor allem nicht diejenigen Dienstleistungen[71] im Rahmen eines Anlagenvertrages ab, welche sich eher auf eine Tätigkeit als auf einen Erfolg beziehen[72]. Daher scheidet eine Qualifikation als Werkvertrag ebenfalls aus.

3. Vertrag *sui generis*?

Die verschiedenen Versuche einer korrekten Klassifizierung des Anlagenvertrages zeigen, dass im Hinblick auf die rechtliche Einordnung dieses Vertragstyps in der deutschen Rechtspraxis erhebliche Schwierigkeiten auftreten[73]. In der Literatur herrscht Uneinigkeit hinsichtlich dieser Problematik.

Der Anlagenvertrag wird als Geschäftsbesorgungsvertrag mit werkvertraglichem Charakter, als Werkvertrag mit werklieferungs- und kaufvertraglichen Elementen oder auch als ein Werkverschaffungsvertrag eingeordnet[74].

Die Stellungnahme von *Flocke,* der von einem „Gruppenvertrag" mit Hauptelementen aus dem Kauf-, Werk- und Dienstvertrag ausgeht, zugleich aber auf solche Vertragstypen wie Miet-, Pacht-, Leasing-, Transport- oder Lagervertrag verweist, veranschaulicht die

---

[68] Näher zur Wahl zwischen Werklieferungsvertrag und Werkvertrag als mögliche rechtliche Einordnung des Anlagenvertrages: *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 13.
[69] *Joussen*, a.a.O., S. 29.
[70] Siehe Hierzu *Haas/Medicus/Roland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, S. 309 ff.
[71] z.B. Training des Kundenpersonals.
[72] Vor der BGB-Novelle bemerkte *Joussen* (a.a.O., S. 30), Werk- und Werklieferungsverträge seien auf die Erzielung eines bestimmten Erfolges gerichtet, während bei Dienst- und Arbeitsverträgen eine Tätigkeit bestellt wird. Für das neue BGB Werkvertragsrecht gilt diese Feststellung von *Joussen* weiterhin.
[73] Siehe hierzu *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 14.
[74] *Martinek*, Moderne Vertragstypen, S. 250/251.

Schwierigkeiten hinsichtlich einer Qualifizierung besonders deutlich[75].

Zwar tendiert die herrschende Lehre[76] zu einer Anwendung des Werkvertragsrechts auf den Anlagenvertrag[77], sie bemängelt aber gleichzeitig, die gesetzlichen Vorschriften seien bezüglich des Anlagenvertrages lückenhaft bzw. schlecht angepasst[78] und führten deshalb zu unerwünschten Ergebnissen[79]. Dies zeigt die Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelungen im Hinblick auf die Einordnung des komplexen Langzeitvertrages[80], an der die BGB-Novelle nichts geändert hat[81].

Aufgrund der oben ausgeführten Feststellungen ist es kaum überraschend, dass ein Teil der Lehre den Anlagenvertrag als Vertrag *sui generis* ansieht[82], der keiner der existierenden gesetzlichen Vertragskategorien hundertprozentig angehört[83].

Tatsächlich stellt der Anlagenvertrag einen Vertragstyp dar, der von Praktikern mit dem Ziel gestaltet wurde, eine umfangreiche und abschließende Regelung zur Deckung aller möglichen Abwicklungs-

---

[75] *Flocke*, a.a.O., S. 23.

[76] Siehe u.a. *Ayiter*, in: FS für Wilhelm Wengler, S. 89; *Fischer*, Die Abnahme beim Anlagengeschäft, DB 1984, S. 2125 ff.; *Graf* von *Westphalen*, a.a.O., S. 1126 ff.; *Michaelis de Vasconcellos*, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, S. 84.

[77] Diese herrschende Lehre hat sich vor der BGB-Novelle geäußert, ihre Feststellungen bleiben aber nach der BGB-Novelle weiterhin gültig.

[78] *Nicklisch*, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 757.

[79] *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 456.

[80] *Nicklisch,* Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 757 ff.

[81] Offensichtlich hatte die BGB-Novelle nicht als Ziel, eine Sonderregelung zum komplexen Anlagenvertrag in das BGB einzuführen (zu den Zielen der BGB-Novelle, siehe *Haas/Medicus/Roland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, S. 3 ff).

[82] Zur Beschreibung dieses Trends, mit Verweis auf die Position im französischen Recht, siehe *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 14.

[83] Siehe hierzu u.a. *Graf von Bernstorff*, a.a.O., S. 171*; Kirchgässer*, a.a.O., S. 936; *von Oppen*, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und –erledigung, S. 55.

situationen zu ermöglichen[84]. Insofern bildet er eine Art „autonomes Recht" zwischen den Vertragspartnern[85]. Daraus kann der Schluß gezogen werden, dass es sich beim Anlagenvertrag um einen modernen Vertragstyp „im Werden" handelt[86], wie es ebenfalls *Martinek* zutreffend formuliert.

§ 2 Inhaltliche Gestaltung des internationalen Industrieanlagenvertrages

Ziel dieses Abschnitts ist die Durchführung einer Analyse des Inhalts eines typischen internationalen Industrieanlagenvertrages. Nur auf diese Weise ist ein gutes Verständnis der Struktur solcher Verträge möglich, was wiederum für die spätere Darstellung der genauen Rolle der Vertragsstrafe im Anlagengeschäft notwendige Voraussetzung ist.

Der beste Überblick ist durch eine Studie des typischen Inhaltes eines internationalen Industrieanlagenvertrages zu erreichen[87]. Angesichts der verbreiteten Benutzung der englischen Sprache im internationalen Anlagengeschäft, wird bei der Darstellung der verschiedenen Vertragsklauseln auf die angloamerikanische Terminologie und Vertragsgestaltung verwiesen.

I. Allgemeine Klauseln

1. Präambel, Definitionen und Auslegungsregeln (*Preamble, Definitions and Interpretation*)

Ein Anlagenvertrag beginnt immer mit einer Präambel, welche Entstehungsgeschichte, geographische Lage und allgemeine Merk-

[84] *Martinek,* Moderne Vertragstypen, S. 253; *Lappe*, a.a.O., S. 66; *Wiegand,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 60.
[85] *Kirchgässer*, a.a.O., S. 936.
[86] *Martinek*, a.a.O., S. 250.
[87] Für eine tabellarische Darstellung der meisten regelungsbedürftigen Punkte im Anlagenvertrag, siehe *Flocke*, a.a.O., S. 39; *Hautkappe*, a.a.O., S. 47 ff.; *Liesecke,* Die typischen Klauseln des internationalen Handelsverkehrs in der neueren Praxis, WM 1978, Sonderbeilage Nr. 3/1978 zu Nr. 15 vom 15. April 1978, S. 3.

male des Großprojekts kurz beschreibt[88]. Weiterhin beinhaltet sie eine Darstellung des Auftragnehmers und des Auftraggebers, sowie eine allgemeine beiderseitige Erklärung, gemäß welcher sich Auftraggeber und Auftragnehmer zur Zusammenarbeit im Hinblick auf die Errichtung der Anlage bereiterklären. Zu Recht wird die Präambel daher als ein „einleitender Hinweis auf die Geschäftsverbindung und auf die Vertragsparteien, eine Darstellung des Vertragszwecks" bezeichnet[89].

Die Präambel kann aber zusätzlich dazu genutzt werden, um die Haftungskriterien des Auftragnehmers zu verschärfen[90]. Indem angekündigt wird, dass der Auftragnehmer über eine weitreichende technische Erfahrung verfügt oder als verantwortlicher Vertragspartner die Bedingungen des Vertrages verhandelt hat, wird das vom Auftragnehmer erwartete Leistungsniveau erhöht und der Zugang zu rechtlichen Theorien, die die schwächere Partei schützen sollen, vollkommen gesperrt[91].

Auf die Präambel folgt in der Regel eine detaillierte Liste von Definitionen. Diese Liste beinhaltet, entsprechend der englischen Vertragssystematik, Definitionen für die wichtigsten Wörter oder Ausdrücke, die in verschiedenen Klauseln des Vertrages wiederholt auftauchen[92]. Aufgrund der Komplexität des Vertrages und des vielfältigen Rückgriffes auf Fachausdrücke, kann eine solche Liste

---

[88] Zur Gestaltung und Funktion der Präambel in internationalen Verträgen, siehe *Farnsworth*, The interpretation of international contracts and the use of preambles, RDAI 2002, S. 271 ff.; *Fontaine/de Ly*, Droit des contrats internationaux, S. 71 ff.; *Le Tourneau*, L'ingénierie, les transfers de technologie et de maîtrise industrielle, S. 80 ff.

[89] *Graf von Bernstorff,* a.a.O., S. 175.

[90] Vgl. folgende Formulierungen: *„WHEREAS the Contractor has a significant experience in and masters the technical and professional expertise and knowledge required for the construction of plants similar to the one contemplated by this Agreement"* oder *„WHEREAS the Contractor has freely negotiated the terms and conditions of this Agreement as a party of competent capacity benefiting from all professional support, including legal and financial, required to make enlightened decisions"*.

[91] Siehe hierzu *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 457; *Tiling*, Vertragsgestaltung im Industrieanlagenexport, RIW 1986, S. 91.

[92] *Graf von Bernstorff,* a.a.O., S. 175.

bis zu Hundert Definitionen beinhalten[93]. Diesen Definitionen muss besondere Beachtung geschenkt werden, denn sie beinhalten teilweise drastische Bedingungen. Zwei einfache Beispiele zeigen, inwieweit Ansprüche des Auftragnehmers durch Definitionen beeinträchtigt werden können:

- Erstes Beispiel: Das Wort „*Costs*" wird im Vertrag wie folgt definiert: „Costs shall mean all expenses and costs incurred and a fixed amount with respect to overhead corresponding to 3% of such expenses and costs, but with no allowance for profit". Diese Definition schliesst also jegliche „*profit margin*" aus. Wird das Wort „*Costs*" im Rahmen der Klausel über Mehrleistungen folgenderweise benutzt: „Should Owner order additional equipment by means of a variation to the scope of the Contract, Contractor shall be entitled to be compensated for the Costs incurred in supplying such additional equipment", so hat der Anlagenunternehmer sein Recht aufgegeben, irgendwelche Erträge aus der Lieferung von zusätzlichen Komponenten zu erzielen;

- Zweites Beispiel: Der Ausdruck „*Change in Law*" wird im Vertrag wie folgt definiert: „Change in Law shall mean any change in existing laws or the enactment of any new laws that lead Contractor to suffer an increase in the costs of performing the Contract by more than 1% of the Contract price". Durch diese Definition verzichtet der Auftragnehmer auf eine Erhöhung des Vertragspreises, solange er nicht nachweisen kann, dass die Gesetzesänderung über 1% des Vertragspreises an Mehrkosten verursacht hat. Wenn man sich vergegenwärtigt, dass Industrieanlagen selten weniger als 50 Millionen Euro kosten, so steht schon bei 1% eine hohe Geldsumme in Rede.

An die Definitionen schließen sich in der Regel Auslegungsregeln an[94]. Die Verwendung dieser Auslegungsregeln zeigt, dass sich die

[93] Typische Beispiele von Wörter, für die spezielle Definitionen entwickelt werden, sind etwa *„Contractor", „Owner", „Good Industry Practices", „Contract Price", „Applicable Law", „Change in Law", „Costs", „Minimum Performance Standards", „Business Day", „Site Procedures", „Technical Specification", „Gross Negligence", „Major Subcontractors", „Tests", „Take Over"*, usw.

[94] Vgl. folgende Beispiele: *„Headings and titles of clauses are for convenience only and shall not be used for the interpretation or construction of the Contract"; „Words used in the singular shall also include the plural and vice versa"; „The word*

Kautelarpraxis im internationalen Anlagengeschäft dahingehend entwickelt hat, dass der Vertrag eine soweit wie möglich abschließende Regelung der vertraglichen Beziehungen darstellen soll, um einen Rückgriff auf gesetzliche Vorschriften und Auslegungsregelungen zu vermeiden[95].

2. Allgemeine Pflichten des Auftragnehmers (*Contractor's general obligations*)

Für den Auftraggeber ist die Klausel betreffend der allgemeinen Pflichten des Auftragnehmers natürgemäß von äußerster Wichtigkeit. Im Vertrag sollen daher alle Hauptpflichten des Auftragnehmers, auf die sich der Auftraggeber zum Nachweis eventueller Vertragsverletzungen berufen kann, aufgelistet werden. Darunter fällt in der Regel die Pflicht des Auftragnehmers (…)

- formal einen Vertreter („*Contractor's Representative*") zu ernennen, der für alle Angelegenheiten der Bauarbeiten und alle Beziehungen mit dem Auftraggeber als „*single point of contact*" zuständig wird;
- die Anlage gemäß allen im Vertrag beschriebenen technischen Daten zu bauen[96];
- die Anlage nach neuestem Stand der Technik zu liefern[97];
- die Anlage in einem schlüsselfertigen Zustand zu errichten, auch wenn der Vertrag den Lieferumfang nicht unbedingt bis ins einzelne Detail beschreibt[98];
- bei der Durchführung der Bauarbeiten alle gesetzlichen Vorschriften zu befolgen;

„including" as used in this Contract shall be construed as meaning „including but not limited to".

[95] Zur Benutzung und Bedeutung von Auslegungsregeln im internationalen Bau- und Anlagengeschäft, siehe die Sonderauflage der Revue de Droit des Affaires Internationales zu diesem Thema (RDAI 2000, No. 6).

[96] Zusammengefasst aus technischer Sicht: die Anlage ist gemäß Spezifikation zu bauen (siehe hierzu: *Nicklisch,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 107*; Kremer,* in: Bau und Anlagenverträge, S. 13).

[97] Zum Begriff "Stand der Technik" oder "anerkannte Regeln der Technik" und seine Konsequenzen im Anlagenvertrag, siehe *Jagenburg*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 137 ff.; *Obenhaus,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen*,* S. 13 ff.; *Lampe-Helbig,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträge, S. 41 ff.

[98] Zu diesem sog. Komplettheitsrisiko, siehe *Bauer*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 172 ff.

- alle Genehmigungen, die gesetzlich für die Durchführung der Bauarbeiten im Namen des Auftragnehmers beantragt werden müssen, einzuholen;
- für Sicherheit und Umweltschutz auf der Baustelle zu sorgen;
- alle im Vertrag vorgesehenen Ersatzteile zu liefern;
- alle Bedienungsanleitungen spätestens zum Zeitpunkt der Abnahme zu übergeben;
- das Personal des Auftraggebers im Hinblick auf die Bedienung der Anlage auszubilden;
- alle relevanten technischen Unterlagen zu übergeben[99];
- alle zur Durchführung der Bauarbeiten vertraglich vereinbarten und gesetzlich gebotenen Versicherungen einzuholen;
- alle Bankgarantien, Konzernbürgschaften oder sonstige vereinbarte finanzielle Sicherheiten rechtzeitig zu erstellen;
- allgemein nach Treu und Glauben bei der Durchführung der Bauarbeiten mit dem Auftraggeber zu kooperieren.

3. Allgemeine Pflichten des Auftraggebers (*Owner's general obligations*)

Ohne die Kooperation des Auftraggebers kann der Auftragnehmer seine Bauarbeiten nicht durchführen. Die Notwendigkeit dieser Zusammenarbeit äußert sich im Hinblick auf den Inhalt des Anlagenvertrages dahingehend, dass verschiedene Mitwirkungspflichten, die neben die Hauptpflichten des Auftraggebers treten, statuiert werden[100]. Zu Recht betont *Schwarze* in diesem Zusammenhang, dass „der überwiegenden Zahl der im Bauvertrag anerkannten Mitwirkungspflichten des Auftraggebers eine eingenständige Bedeutung zukommt"[101].

Mangelhafte oder verspätete Erfüllung dieser Mitwirkungspflichten kann beträchtliche Störungen des Projektablaufes verursachen[102]. Deshalb liegt es im Interesse des Auftragnehmers, dass alle

[99] Für eine beispielhafte Auflistung der verschiedenen technischen Unterlagen, die zu den erbringenden Ingenieurleistungen traditionellerweise gehören, siehe *Kremer*, in: Bau und Anlagenverträge, S. 15.
[100] Siehe hierzu *Nicklisch,* Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag, BB 1979, S. 533 ff.; *Schlotke*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 377 ff.; *Schwarze*, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts, S. 18 ff.
[101] *Schwarze*, a.a.O., S. 107.
[102] *Nicklisch*, in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 371.

Verpflichtungen des Auftraggebers, seien es Hauptpflichten oder Mitwirkungshandlungen, sorgfältig und möglichst katalogartig im Vertrag aufgelistet werden[103]. In einem solchen Katalog sind in der Regel folgende Pflichten enthalten[104]:

Die Pflicht (…)

- den Vertragspreis zu bezahlen;
- formal einen Vertreter („*Owner's Representative*") zu ernennen, der für alle Angelegenheiten der Bauarbeiten und alle Beziehungen mit dem Auftragnehmer als *„single point of contact"* zuständig wird;
- das Baugelände zugänglich zu machen und zu halten;
- dem Auftragnehmer Personal zu Trainingzwecken oder zur Durchführung des Leistungstests bzw. der Probefahrt zur Verfügung zu stellen;
- alle Genehmigungen, die für die Errichtung und das Betreiben der Anlage im Namen des Auftraggebers beantragt werden müssen, einzuholen;
- alle zur Durchführung der Bauarbeiten und zum Betrieb der Anlage zu Testzwecken notwendigen Rohstoffe zu liefern;
- sicherzustellen, dass während des Leistungstests oder der Probefahrt produzierter Strom durch das lokale elektrische Netz aufgenommen wird;
- alle zur Durchführung der Bauarbeiten vertraglich vereinbarten und gesetzlich gebotenen Versicherungen einzuholen;
- allen wichtigen technischen Unterlagen rechtzeitig zuzustimmen bzw. sie zu kommentieren.

4. Höhere Gewalt (*Force Majeure*)

Obwohl der Begriff der Höheren Gewalt in den meisten Rechtssystemen bekannt ist[105], enthält keine Rechtsordnung detaillierte

[103] *Kirchgässer*, a.a.O., S. 938.
[104] Zu den Hauptpflichten des Auftraggebers im Anlagengeschäft, siehe u.a. *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 1127; *Dünnweber*, a.a.O., S. 57 ff. und 80 ff.; *Nicklisch*, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, BB 1979, S. 533 ff.; *Mayeur*, Les obligations de l'acheteur dans les ventes internationales d'ensembles industriels, RDAI 1986, S. 747 ff.
[105] Siehe hierzu die rechtsvergleichende Darstellung von *Draetta*, La force majeure dans la pratique du commerce international, RDAI 1996, S. 548 ff.

und vor allem abschließende Regelungen darüber, welche konkreten Fälle als Höhere Gewalt gelten sollen[106].

Daraus folgt, dass die Herausbildung rechtlicher Grundlagen zum Begriff der Höheren Gewalt in den meisten Fällen im Rahmen richterrechtlicher Auslegung stattfindet. Um die damit einhergehende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, ist es ratsam, schon im Vertrag selbst ein bestimmtes Begriffsverständnis der Höheren Gewalt festzulegen[107]. Dies geschieht durch die Einarbeitung einer *Force Majeure*-Klausel.

In dieser Klausel wird aufgelistet, welche Ereignisse die betroffene Partei von ihren Verpflichtungen befreit. Darunter fallen in der Praxis vor allem Krieg, Embargos, unübliche Wetterbedingungen, Seuchen, Nukleare Katastrophen, Regierungsentscheidungen, Enteignungen, Streiks, usw.[108] Wie umfangreich die Definition der *Force Majeure*-Ereignisse ausfällt, ist Verhandlungssache.

Des weiteren finden sich in den meisten Anlagenverträgen auch Regelungen über die Konsequenzen der *Force Majeure* und die Verpflichtungen des Auftragnehmers während der *Force Majeure*-Situation (z.B. Lagerung und Aufbewahrung der Anlagenkomponenten)[109]. Solange der Vertrag jedoch entsprechende Kostenentschädigungen vorsieht, stellen solche Verpflichtungen für den Auftragnehmer keine größeren Schwierigkeiten dar. Dies verdeutlicht nochmals den Anpassungscharakter der *Force Majeure*-Klausel[110].

---

[106] *Wendler*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 189.

[107] *Flocke*, a.a.O., S. 55; *Joussen*, a.a.O., S. 117; *Konarski*, Force Majeure and hardship clauses in international contractual practice, RDAI 2003, S. 408 ff.

[108] Vgl. die Auflistung von *Wendler,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 190. Für detaillierte Beispiele typischer Force Majeure Klauseln, siehe *Konarski*, a.a.O., S. 412 ff.

[109] Vgl. folgende Klausel: *„In case of a Force Majeure event, the Contractor shall undertake all reasonable efforts to mitigate the consequences of such Force Majeure event and to find alternative ways to perform its obligations by having recourse, if need be, to alternative acceptable sources of equipment, services, supply or materials. Should the Force Majeure event lead to a suspension of the Works on the Site, the Contractor shall ensure proper preservation and protection of the equipment on the Site pending resumption of the Works".*

[110] Zur Anpassungs- und Neuverhandlungsklausel in Langzeitverträgen, siehe *Peter*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 126.

Üblicherweise sieht die *Force Majeure*-Klausel als abschließende Regelung weiterhin vor, dass eine drastische Verlängerung des *Force Majeure*-Ereignisses die Parteien zur Kündigung des Vertrages berechtigt[111].

5. Vertraulichkeit (*Confidential Information*)

Jeder Vertragspartner hat ein Interesse daran, dass ausgetauschte technische, kommerzielle und finanzielle Informationen vertraulich bleiben und nicht ohne Zustimmung an Dritte übergeben werden. Dies trifft insbesondere auf sensiblen technischen Unterlagen zu, die das technologische *know-how* des Auftragnehmers verkörpern.

Deshalb enthalten Anlagenverträge in der Regel eine Vertraulichkeitsklausel, die nicht nur ausgetauschte Informationen, sondern teilweise auch den Vertrag selbst als vertrauliche Daten bezeichnet[112]. Die Anlage selbst ist ebenfalls als vertrauliche Information zu betrachten, so dass der Auftragnehmer ohne vorherige Zustimmung des Auftraggebers keine Bilder der errichteten Anlage zu Werbezwecken verwenden darf.

6. Schlussbestimmungen (*Miscellaneous*)

Am Ende des Anlagenvertrages werden alle Bestimmungen, die vom Gegenstand der vorangehenden Klauseln nicht erfasst werden, unter dem Klauseltitel „*Miscellaneous*" aufgeführt.

Typische Beispiele solcher Schlussbestimmungen sind (…)

- die „*entire agreement*"-Klausel, gemäß welcher alle zwischen den Parteien während der Verhandlungsphase unterzeichneten oder verhandelten Unterlagen annulliert und durch die unterzeichnete Version des Anlagenvertrages ersetzt werden[113].

---

[111] *Fontaine/de Ly*, Droit des contrats internationaux, S. 463. In den von *Fontaine/de Ly* zitierten Force Majeure Klauseln tritt das Kündigungsrecht in der Regel nach 3 bis 6 Monaten ein.

[112] Zur Benutzung und Inhalt von Vertraulichkeitsklauseln in internationalen Verträgen, siehe *Bühler*, Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 359 ff.

[113] Vgl. folgende Klausel: „This Contract constitutes the entire agreement between the parties concerning the subject matter hereof and cancels and replaces any prior agreement reached between the parties in connection with such subject

- die *„further assurances"*-Klausel, nach der sich die Parteien dazu verpflichten, die bestmöglichen Bemühungen zur Fortsetzung der Erfüllung ihrer vertraglichen Vereinbarungen zu unternehmen[114].

- die *„record retention"*-Klausel, mit der die Parteien erklären, dass sie alle, zur Abwicklung des Vertrages relevanten Unterlagen für eine gewisse Zeitspanne aufbewahren[115].

- die *„no waiver"*-Klausel, gemäß welcher der Verzicht der Ausübung eines Rechts zu einem gewissen Zeitpunkt nicht als endgültiger Verzicht der zukünftigen Ausübung dieses Rechts zu verstehen ist[116].

- die *„no oral modification"*-Klausel, nach der nur schriftliche vereinbarte Änderungen des Vertrages als formelle Vertragsänderungen gelten sollen[117].

- die *„survival of provisions"*-Klausel, gemäß welcher bestimmten Vertragsregelungen[118] auch nach Kündigung oder Ende der Vertragsabwicklung weiterhin Geltung zukommen soll[119].

- die *„severability"*-Klausel, in der festgelegt wird, dass die Nichtigkeit einer vertraglichen Regelung nicht zur Nichtigkeit des

---

matter". Zur „entire agreement"-Klausel, siehe *Le Tourneau*, a.a.O., S. 112 und 113.

[114] Vgl. folgende Klausel: *„Each of the parties agrees to provide the other party with any assistance, consents, or other instruments additional to those specifically mentioned in this Contract and that may reasonably be required by the other party in order to implement any provision of this Contract"*.

[115] Vgl. folgende Klausel: *„The parties agree to keep all records relating to the performance of their obligations under the Contract for a period of three (3) years following the end of the contractual warranty period"*.

[116] Vgl. folgende Klausel: „The failure by one party to avail itself in any particular instance of a right under this Contract shall not be construed as a waiver of such right in the future". Zur *„no waiver"*-Klausel, siehe *Le Tourneau*, a.a.O., S. 113.

[117] Vgl. folgende Klausel: *„No amendment to this Contract shall be valid and effective unless agreed in writing and signed by both parties"*.

[118] Typische Beispiele wären die Streitbeilegungs- oder Vertraulichkeitsklausel des Vertrages. Für andere Beispiele, siehe *Le Tourneau*, a.a.O., S. 110 ff.

[119] Vgl. folgende Klausel: *„Any provisions of this Contract which, by implication, is supposed to produce its effects beyond expiry or termination of this Contract shall remain in full force and effect upon such expiry or termination"*.

gesamten Vertrages führen soll (salvatorische Klausel)[120].

Wie obige Auflistung zeigt, handelt es sich bei den Schlussbestimmungen in der Regel um Standardbestimmungen, die keine Partei besonders benachteiligen und im allgemeinen Interesse der Vertragsparteien liegen. Daher kann die Einigung bezüglich dieser Klauseln in der Praxis schnell erreicht werden.

II. Kommerzielle/Technische Klauseln

1. Liefertermine - Voraussetzungen für den Beginn der Arbeiten (*Delivery Schedule - Conditions precedent to Commencement of the Works*)

Jeder Anlagenvertrag beinhaltet einen Terminplan, in dem Spätestfristen für die Errichtung der Anlage sowie Zwischentermine angekündigt werden[121]. Anfangsstadium des Terminplans ist in der Regel die sog. „*Notice to Proceed*", die „grünes Licht" für den Beginn der Bauarbeiten gibt[122]. Für den Auftragnehmer macht der Anfang der Bauarbeiten nur dann Sinn, wenn alle notwendigen Bedingungen zur effektiven Fortführung des Projekts gegeben sind. Deshalb werden im Normalfall bestimmte Voraussetzungen aufgelistet[123], welche erfüllt sein müssen, damit die Erteilung der „Notice to Proceed" erfolgen darf[124].

---

[120] Vgl. folgende Klausel: „*Should any provisions of this Contract become null and void, such circumstance shall not lead to the invalidity of the entire Contract and the parties shall attempt in good faith to replace the invalid provision by a similar but valid provision*". Zur „*severability*"-Klausel, siehe *Le Tourneau*, a.a.O., S. 112.

[121] *Dünnweber*, a.a.O., S. 52 ff.; *Lappe*, a.a.O., S. 120.

[122] Vgl. folgende Klausel: „*The Contractor shall perform its obligations under the Contract in such an expeditious manner as to achieve Take Over of the Works within 30 calendar months from the date of issuance by Owner of the Notice to Proceed*".

[123] Als Beispiele solcher Voraussetzungen kommen in Betracht: die Zahlung der Vorauszahlung, den Zutritt auf die Baustelle, das Inkrafttreten der Kreditverträge, das Inkrafttreten der Versicherungen oder auch die Erteilung der für den Beginn der Bauarbeiten notwendigen Genehmigungen (siehe hierzu *Meuret*, a.a.O., S. 770 ff.; *Dubisson*, La négociation des marchés internationaux, S. 132; *Hopfenbeck*, a.a.O., S. 92; *Lappe*, a.a.O., S. 125).

[124] Vgl. folgende Klausel: „*Under no circumstances shall the Owner be entitled to issue the Notice to Proceed unless the following conditions precedent shall have been fulfilled: receipt by Contractor of the downpayment, access to the Site, financial closing (meaning availability of funds for disbursement under the*

Zusätzlich wird in der Regel vereinbart, dass jede Partei zur Kündigung des Vertrages berechtigt wird, wenn die *„Notice to Proceed"* nach Ablauf einer bestimmten Anzahl von Monaten[125] seit der Unterzeichnung des Vertrages nicht vorliegt[126].

2. Subunternehmer (*Subcontractors*)

In seiner Position als Generalunternehmer sollte der Auftragnehmer bei der Errichtung der Anlage über einen gewissen Ermessensspielraum hinsichtlich der Auswahl der Unterlieferanten verfügen. Letztendlich haftet er für seine Subunternehmer.

In der Praxis beanspruchen die Auftraggeber diesbezüglich ein Mitbestimmungsrecht, das dazu dient, die Wahl von Subunternehmern mit nachweislicher Erfahrung und guten Referenzen sicherzustellen[127]. Zu diesem Zweck beinhaltet der Vertrag in der Regel eine Liste von anerkannten Subunternehmern, unter denen der Auftragnehmer wählen darf. Die Wahl von auf dieser Liste nicht genannten Subunternehmern wird somit ausgeschlossen. Sollte im Laufe der Projektabwicklung seitens des Auftragnehmers die Notwendigkeit bestehen, sich an andere Subunternehmer zu wenden, so muss er dazu die vorherige Zustimmung des Auftraggebers einholen[128].

3. Technische Unterlagen (*Technical Documentation*)

Im Anlagengeschäft ist es üblich, dass der Auftraggeber sich das Recht einräumen lässt, die wichtigsten technischen Unterlagen zu prüfen, zu kommentieren und ihnen zustimmen zu müssen.

Financing Agreements), Owner insurance in place, issuance of permits and consents required for the commencement of the Works".

[125] Normalerweise 6, 9 oder spätestens 12 Monate.

[126] *Meuret*, a.a.O., S. 768.

[127] Siehe hierzu *Gauch,* in: FS für Arthur Meier-Hayoz, S. 158; *Hautkappe*, a.a.O., S. 53 ff.; *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 250.

[128] Um die Einmischung des Auftraggebers in der Auswahl von Subunternehmern zu mildern ist es denkbar, die Einholung der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers nur dann zu verlangen, wenn der beabsichtigte Subunternehmervertrag mehr als eine gewisse Summe (z.B. 1% des Anlagenvertragspreises) beträgt.

Deshalb wird vertraglich vereinbart, welche technischen Unterlagen dem Auftraggeber zu übergeben sind und zu welchem Zeitpunkt dies geschehen muss. Die Zustimmungsmethode und die Dauer des Zustimmungsverfahrens werden gleichfalls festgelegt.

Häufig finden sich in den vertraglichen Vereinbarungen Regelungen zum Schutz des Auftragnehmers betreffend der Nutzungsrechte und dem geistigen Eigentum an den übergebenen technischen Unterlagen[129].

4. Mehrleistungen (*Variations/Change orders*)

Es wurde bereits erwähnt, dass sich die Abwicklung von Anlagenverträgen auf mehrere Jahre erstreckt. Deshalb muss der Auftraggeber während der Konstruktionsphase die Flexibilität haben, den Leistungsinhalt durch Änderungen oder Ergänzungen zu modifizieren[130]. Dazu ist die Klausel über „*Variations*" oder „*Change Orders*" gedacht, die den Auftraggeber zu Erhöhungen oder Reduzierungen des Leistungsumfangs berechtigt[131]. Der Auftragnehmer muss sich in diesem Zusammenhang dahingehend absichern, dass solche Änderungen nicht ohne seine vorherige Zustimmung vorgenommen werden können und gewisse Grenzen[132] nicht überschritten werden[133].

Von Bedeutung ist für den Auftragnehmer auch die Gewährung des Rechtes auf angemessene Anpassung des Vertragspreises und des Zeitplanes, für den Fall, dass Mehrleistungen notwendig sind.

---

[129] Vgl. folgende Klausel: *„The Contractor shall remain the owner of any intellectual property rights contained in the technical documents supplied under this Contract. Contractor hereby grants to Owner a royalty free, non exclusive right to use such technical documents for the purpose of the operation, maintenance and repair of the Plant"*.

[130] *Dünnweber*, a.a.O., S. 55 ff.; *Lappe*, a.a.O., S. 171 ff.; *Joussen*, a.a.O., S. 100.

[131] Vgl. folgende Klausel: *„At any time after signature of the Contract, Owner shall be entitled to request by way of Change Orders deletions from the scope of works oder additions thereto"*.

[132] Laut *Lappe* (a.a.O., S. 174) liegt die Grenze bei 15% bis 25% des Vertragsumfangs.

[133] Vgl. folgende Klausel: „Contractor shall not be obligated to accept a request for Change Orders if such request, together with any previously requested Change Orders, shall lead to any increase or decrease of more than 15% of the Contract Price".

Idealerweise sollten diese Anpassungen, wenn sie gerechtfertigt sind, auch die Leistungsgarantien und die Gewährleistungsbedingungen umfassen[134].

5. Gefahr- und Eigentumsübergang (*Transfer of Risks and Title*)

Im Anlagenvertrag muss weiterhin geregelt werden, zu welchem Zeitpunkt der Auftraggeber Eigentümer der Lieferungen wird und bis wann der Auftragnehmer das Risiko des zufälligen Untergangs der Leistung trägt[135]. Bei importierten Lieferungen -insbesondere bei solchen gemäß FOB oder CIF Incoterms[136]- wird der Eigentumsübergang meistens vor Überquerung der Grenze stattfinden. Für lokale Lieferungen dagegen wird maßgebender Zeitpunkt für den Eigentumsübergang meist die Übergabe auf der Baustelle sein.

Als Standardzeitpunkt für den Übergang des Risikos des zufälligen Unterganges der Leistung ist die Abnahme der Anlage zu betrachten, denn bis zur Abnahme steht die Anlage unter der Kontrolle des Auftragnehmers. Es wird jedoch üblicherweise in Form sog. „*Owner's Risks*"- oder „*Excepted risks*"-Klauseln[137] geregelt, dass im Falle des Eintrittes bestimmter Umstände ausnahmsweise der Auftraggeber das Risiko des Untergangs tragen soll, auch wenn die Abnahme noch nicht stattgefunden hat[138]. Einen solchen, den

---

[134] Eine derartige Anpassung wäre z.B. gerechtfertigt, wenn der Auftraggeber aus finanziellen Gründen teure und verlässliche Komponenten durch billigere aber weniger widerstandsfähige ersetzen will.

[135] Zur Gefahrtragung im Anlagengeschäft, siehe u.a. *Flocke*, a.a.O., S. 53 und 76; *Lappe*, a.a.O., S. 162.

[136] Die Incoterms werden von der Internationalen Handelskammer herausgegeben. Die gültige Version wurde im Jahre 2000 veröffentlicht. Die IHK definiert die Incoterms als "standard trade definitions that are most commonly used in international contracts" (siehe hierzu die IHK Incoterms Website: http://www.iccwbo.org/index_incoterms.asp).

[137] Siehe hierzu *Huse*, a.a.O., S. 371; *Hautkappe*, a.a.O, S. 77 ff.; *Draetta,* Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 351 ff.

[138] Vgl. folgende Klausel: *„Contractor shall be liable for the risk of loss of or damage to the Works until Take Over, unless such loss or damage is caused by an Owner's Risk. For purposes of this provision, Owner's Risks shall mean i) use or occupation of the Works or any part thereof by the Owner or any person under its control, ii) acts or omissions of the Owner in breach of this Contract, iii) damage which is the inevitable result of the construction of the Works in accordance with the Contract and iv) Force Majeure events which are not covered by the insurance*

Ausnahmefall begründenden Umstand stellt beispielsweise die Zerstörung der Anlage kurz vor Abnahme durch ein unvorhersehbares *Force Majeure*-Ereignis dar.

6. Abnahme (*Take Over*)

Die Abnahme der Anlage ist der kritischste Zeitpunkt im Rahmen der Abwicklung eines Anlagenvertrages[139]. Zu Recht wird in der Literatur hier vom „Dreh- und Angelpunkt"[140] oder vom „Kulminationspunkt"[141] des Projektes gesprochen. An die Abnahme sind wichtige Folgen gekoppelt[142]:

- Transfer der Risiken des Untergangs oder der Schädigung der Anlage;
- Zahlung der Abnahmezwischenzahlung;
- Rückgabe des *„performance bond"* und eventuell Inkrafttreten der *„warranty bond"*;
- Beginn der Gewährleistungsperiode;
- Ende des Verzugsrisikos und der damit verbundenen Vertragsstrafen.

Typischerweise wird die Anlage nach erfolgreichem Leistungstest und Probefahrt abgenommen, vorausgesetzt alle Arbeiten, die bis zum Zeitpunkt der Abnahme durchzuführen waren (z.B. Lieferung der Ersatzteile oder Übergabe der Bedienungsanleitung), sind erledigt[143].

---

policies to be effected pursuant to this Contract". Zum Begriff der *„Owner's Risks"*, siehe auch Artikel 45.1 der englischen MF/1 Bedingungen sowie Artikel 17.3 des FIDIC „Silver Book" (Näher zu diesen Musterbedingungen auf S. 106 und ab S. 111).

[139] Zur Problematik der Abnahme im Anlagengeschäft, siehe *Fischer*, Die Abnahme beim Anlagengeschäft, DB 1984, S. 2125 ff. Allgemein zur Abnahme beim BGB-Werkvertrag, siehe *Jakobs*, Die Abnahme beim Werkvertrag, AcP 183 (1983), S. 144 ff.; *Locher*, Das private Baurecht, S. 23 ff.

[140] *Jagenburg*, Die Abnahme des Architektenwerkes und die Tätigkeitspflicht des Architekten bei Mängeln, BauR. 1980, S. 407.

[141] *Fischer*, Die Abnahme beim Anlagengeschäft, DB 1984, S. 2125.

[142] Ausführlich hierzu: *Schneider*, Die Abnahme in der Praxis internationaler Bau- und Anlagenverträge, ZfBR 1984, S. 101 ff.; *Joussen*, a.a.O., S. 366 ff.; *Lappe*, a.a.O., S. 179 ff.; *Dünnweber*, a.a.O., S. 70 ff.; *Meuret*, a.a.O., S. 782 ff.

[143] *Dünnweber*, a.a.O., S. 75.

Üblicherweise wird vereinbart, dass die restlichen sekundären Arbeiten, die den Betrieb der Anlage nicht substantiell verhindern oder beeinträchtigen, während der Gewährleistungsperiode zu Ende zu führen sind[144]. Um sicherzustellen, dass der Auftragnehmer diese sog. *„punch list items"* abarbeiten wird, wird in der Regel ein Prozentsatz des Wertes dieser Arbeiten (meistens 150%) als Sicherheit zurückbehalten.

7. Gewährleistung (*Warranties*)

Auch wenn die Anlage zum Zeitpunkt der Abnahme perfekt läuft, so ist dies kein Beweis dafür, dass sie auf längere Zeit gesehen fehlerfrei laufen wird. Für Mängel der Anlage innerhalb einer gewissen Zeitspanne nach der Abnahme haftet der Auftragnehmer[145]. In der Regel dauert diese Gewährleistungsperiode 12 Monate[146]. Die neuere Praxis im internationalen Anlagengeschäft zeigt jedoch, dass auch Gewährleistungszeiten bis zu 24 Monaten nicht unüblich sind[147]. Je kürzer diese Phase ausgestaltet ist, desto günstiger stellt sich die Situation für den Auftragnehmer dar, denn Betriebsstörungen nehmen mit wachsender Zeitdauer des Anlagenbetriebs zu[148].

Zudem wird häufig eine Haftung für versteckte Mängel vereinbart, die sich bis auf 3, 4 oder 5 Jahre nach Abnahme ausdehnen kann[149]. In der Gewährleistungsklausel eines Anlagenvertrages wird

---

[144] Siehe hierzu *Lappe*, a.a.O., S. 183.

[145] Zur Darstellung der typischen Gewährleistungen in einem Anlagenvertrag, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 46 ff.; *Lappe*, a.a.O., S. 202 ff. Für eine rechtsvergleichende Darstellung der Baumängelhaftung in verschiedenen europäischen Ländern, siehe *Wiegand*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 35 ff. Zur Abgrenzung zwischen „Garantie", „Gewährleistung", „Guarantee" und „Warranty", siehe *Michaelis de Vasconcellos*, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, S. 31 ff.

[146] *Joussen*, a.a.O., S. 193; *Molls*, Haftungsfragen im internationalen Anlagengeschäft, ZfBR 1981, S. 4; *Ayiter*, in: FS für Wilhelm Wengler, S. 97.

[147] Der von *Lappe* (a.a.O., S. 200) als "ganz überwiegend" bezeichnete Zeitraum von 12 Monaten scheint in den letzten Jahren wegen der Verschärfung des Marktes nicht mehr unbedingt der herrschende Zeitraum für Gewährleistungsfristen zu sein. Zur Dauer der Gewährleistung im BGB und VOB, siehe *Bliesener,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, S. 49 ff.

[148] *Lück/Zimmermann,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 221.

[149] Vgl. Artikel 36.10 der englischen MF/1 Vertragsbedingungen, der eine dreijährige Haftung für versteckte Mängel vorsieht (näher zu den MF/1 Bedingungen auf S. 106).

in der Regel präzise definiert, für welche Arten von Mängeln und insbesondere für welche daraus resultierenden Kosten der Anlagenunternehmer einstehen muss[150]. Typischerweise wird weiterhin die Pflicht der Ersatzbeschaffung auf Kosten des Auftragnehmers für den Fall vorgesehen, dass dieser aus irgendwelchen Gründen die Durchführung von Reparaturen verweigert[151].

Um die Haftung des Auftragnehmers ausschließlich auf die ausdrücklich vereinbarten Gewährleistungen zu begrenzen, enden Gewährleistungsklauseln mit einer sog. *„exclusive warranty"*-Regelung, gemäß welcher die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen werden[152].

III. Finanzielle Klauseln

1. Vertragspreis (*Contract Price*)

Aus Sicht des Auftragnehmers stellt die Vertragspreisklausel eine Kernregelung des Vetrages dar. Außer dem Vertragspreis beinhaltet diese Klausel die Zahlungsbedingungen, die aus *cash flow*-Gründen eine beträchtliche finanzielle Rolle spielen. Der Auftragnehmer muss sich aus diesem Grund dahingehend absichern, dass im Laufe der Bauarbeiten genügend Zwischenzahlungen erfolgen, damit er das Projekt nicht aus eigener Tasche finanzieren muss[153].

Wichtig ist ebenfalls eine Auflistung derjenigen Unterlagen, die dem Auftraggeber -zusätzlich zur Rechnung- zum Zweck der Feststellung der Zahlungsfälligkeit zu übergeben sind.

Schließlich muss weiterhin der Zinssatz festgelegt werden, der im Falle verspäteter Zahlungen gelten soll.

---

[150] *Lück/Zimmermann* (a.a.O., S. 227) unterscheiden hier zwischen Kosten der Mängelbeseitigung, Nebenkosten der Mängelbeseitigung und Folgekosten.
[151] *Joussen*, a.a.O., S. 178 ff.
[152] Vgl. folgende Klausel: *„The warranties given by the Contractor in this Contract are to be viewed as the exclusive warranties given for the benefit of the Owner and shall apply to the exclusion of any other warranty, whether express, implied, statutory or otherwise"*.
[153] *Kirchgässer*, a.a.O., S. 939. Zur Darstellung eines typischen Zahlungsplans, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 63 ff.

2. Bankgarantie, Konzernbürgschaft (*Bonds and Parent Company Guarantee*)

So stark das Vertrauen des Auftraggebers in die Kompetenz des Auftragnehmers auch sein mag, wird er trotzdem eine Reihe von Bankbürgschaften und ähnlichen Sicherheiten als Erfüllungsgarantien verlangen[154]. Die bekanntesten Formen sind folgende:

- Bietungsgarantie („*Bid Bond*"): Diese Bürgschaft soll sicherstellen, dass der potentielle Auftragnehmer die Bindungsfrist seines Angebots einhält. Sollte der Anbieter sich weigern, nach Akzeptanz seines Angebots einen formalen Vertrag zu unterzeichnen, darf die Bürgschaft in Anspruch genommen werden.

- Anzahlungsgarantie („*Advance payment bond*"): Dabei handelt es sich um eine Bankbürgschaft, die dem Auftraggeber gegen Zahlung der Vorauszahlung gegeben werden soll. Sollte der Auftragnehmer nach dem Kassieren der Vorauszahlung die Bauarbeiten nicht fortführen, so darf der Auftraggeber die Bürgschaft zur Rückerstattung seiner Vorauszahlung in Anspruch nehmen.

- Zurückbehaltungsgarantie („*Retention bond*"): Teilweise beharren Auftraggeber darauf, einen Teil des Vertragspreises als Sicherheit zurückbehalten zu dürfen. Finanziell sind solche Vereinbarungen für den Auftragnehmer jedoch nicht attraktiv. Deshalb wird als Kompromiß oftmals vereinbart, diese *cash retention* durch eine Zurückbehaltungsgarantie zu ersetzen, die der Auftraggeber im Falle einer Vertragsverletzung in Anspruch nehmen darf.

- Leistungsgarantie („*Performance bond*"): Es handelt sich dabei um die typische Bankgarantie für ein Großprojekt. Sollte der Auftragnehmer seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen, so darf die Bürgschaft in Anspruch genommen werden.

---

[154] Siehe hierzu *Dünnweber*, a.a.O., S. 87 ff.; *Molter*, a.a.O., S. 220; *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 143; *Dubisson*, La négociation des marchés internationaux, S. 118 ff.

- Gewährleistungsgarantie („*Warranty bond*"): Zum Zeitpunkt der Abnahme der Anlage hat der Auftragnehmer den schwierigsten Teil seiner Aufgaben erfüllt. Darüber hinaus hat er jedoch auch während der Gewährleistungszeit noch gewisse Verpflichtungen. Als Sicherheit für die vertragsgemäße Erfüllung solcher Verpflichtungen wird ein *warranty bond* gegeben.

Bei solchen finanziellen Sicherheiten handelt es sich in der Regel um Garantien, die auf erstes Anfordern („*first demand*") und ohne Nachweis eines gerechtfertigten Grundes für die Inanspruchnahme bedingungslos durch die Bank zu zahlen sind[155].

Die Chancen einer erfolgreichen Verteidigung gegen eine rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme derartiger Bankbürgschaften durch einstweilige Verfügung oder ähnliche präventive Maßnahmen stehen dementsprechend in den meisten Rechtssystemen, inklusive Deutschland, äußerst schlecht[156].

Anstatt bzw. zusätzlich zu einer Bankgarantie wird häufig eine Konzernbürgschaft vereinbart, nach welcher die Muttergesellschaft die vertragsgemäße Erfüllung des von ihrer Tochtergesellschaft unterzeichneten Vertrages garantiert.

3. Versicherung (*Insurance*)

Zur Deckung eventueller Sach- und Personenschäden während der Projektabwicklung müssen eine Vielzahl von Versicherungen abgeschlossen werden, insbesondere eine Montage-, eine Haftpflicht- und eine Transportversicherung[157]. Hauptfrage ist diesbezüglich, welche Vertragspartei welche Versicherung abschliessen muss und zu welchen Bedingungen[158]. Genau dies wird in der Versicherungsklausel des Vertrages festgelegt.

Darüber hinaus befinden sich in der Klausel häufig Regelungen zum Deckungsumfang, zu den versicherten Parteien, zur Höhe der

[155] *Flocke*, a.a.O., S. 47.
[156] Siehe hierzu *Lappe*, a.a.O., S. 144.
[157] *Joussen*, a.a.O., S. 67 ff.; *Flocke*, a.a.O., S. 138; *Lappe*, a.a.O., S. 112.
[158] Allgemein zu Bauleistungsversicherungen: *Rohde-Liebenau,* in: Bau- und Anlagenverträge*,* S. 88 ff.; *Eiselt/Trapp*, Zur Abgrenzung der von der Betriebshaftpflichtversicherung nicht erfassten Erfüllungspflicht des Werkunternehmers, NJW 1984, S. 899 ff.

Selbstbehalte, zur Verteilung von Mehrprämien und zu den Methoden der Entschädigung. Im Hinblick auf das Hauptthema dieser Arbeit ist zu erwähnen, dass eine Versicherung zur Deckung des Vertragsstrafenrisikos auf dem Versicherungsmarkt in der Regel nicht angeboten wird[159].

4. Finanzierung (*Financing*)

Bei vielen Großprojekten benötigt der Auftraggeber ein Finanzierungspaket, um die Errichtung der Anlage bezahlen zu können. Ein attraktives Finanzierungsangebot ist aus diesem Grund oft ein entscheidendes Kriterium für die Vergabe des Projektes[160].

Im Vertrag befindet sich diesbezüglich eine Zusammenfassung der vom Auftraggeber beanspruchten Projektfinanzierung, sowie eine Auflistung der Verpflichtungen des Auftragnehmers in Bezug auf die Finanzierung. Der Auftraggeber wird sich in der Klausel zumeist das Recht vorbehalten, gewisse aus dem Vertrag entstehende Rechte ohne vorherige Zustimmung des Auftragnehmers an Kreditinstitute zu Zwecken der Finanzierung zu übertragen. Zusätzlich werden in der Regel die Aufgaben, die dem Auftragnehmer hinsichtlich der möglichen Einschaltung von Kreditversicherungsinstituten zur Abdeckung politischer und wirtschaftlicher Risiken des Projekts obliegen sollen, gesondert aufgelistet[161].

IV. Haftungsklauseln

1. Freistellung von Ansprüchen Dritter (*Indemnification*)

Die Haftung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber für von ihm verursachte Schäden ist in der Regel an unterschiedlichen Stellen des Vertrages geregelt. Die Bedingungen der Haftung wegen Verzuges oder wegen Nichterreichens der versprochenen Leistungsziele beispielsweise befinden sich in den korrespondierenden Vertragsstrafeversprechen. Die allgemeine Haftung für

[159] *Eiselt/Trapp*, a.a.O., S. 903; *Flocke*, a.a.O., S. 137; *Lappe*, a.a.O., S. 116.
[160] *Dünnweber*, a.a.O., S. 66; *Hopfenbeck*, a.a.O., S. 100.
[161] Zur Exportkreditversicherung im internationalen Anlagengeschäft, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 68, *Lappe*, a.a.O., S. 109; *Hopfenbeck*, a.a.O., S. 106 ff.

Mängel der Anlage wiederum ist in der Gewährleistungsklausel festgelegt.

Die „*indemnification*"-Regelungen sind dabei hauptsächlich für die Fälle gedacht, in denen der Auftragnehmer Dritten Schäden zufügt und diese sich im Hinblick auf den Schadensersatz eher an den Auftraggeber richten werden[162].

Die allgemeine Freistellungsklausel deckt in diesem Zusammenhang die Haftung nach den gesetzlichen Vorschriften ab. Als typischer Fall kommt hier die Situation in Betracht, dass vom Auftragnehmer eine bestimmte Genehmigung nicht eingeholt wurde, die lokalen Behörden jedoch den Auftraggeber als Eigentümer der Anlage mit einer Geldbuße bestrafen.

2. Vertragsstrafe (*Liquidated Damages*)

Vertragsstrafenvereinbarungen sind zweifellos typisches Merkmal der Gestaltung internationaler Industrieanlagenverträge. In Frage kommen dabei hauptsächlich Vertragsstrafen, die entweder als Folge des Verzuges oder des Nichterreichens technischer Leistungen zu zahlen sind.

Eine tiefgreifendere Analyse der Vertragsstrafenklausel braucht an dieser Stelle jedoch nicht zu erfolgen, da sie Gegenstand nachfolgender Teile der Arbeit ist.

3. Haftungsbegrenzung und Haftungsausschluss (*Exclusions and Limitations of Liability*)

Der Anlagenvertrag ist mit vielen Risiken behaftet. Für den Auftragnehmer macht die Durchführung eines Großprojektes somit

[162] Vgl. folgende Klausel: *"Indemnification: Contractor shall indemnify, defend and hold harmless the Owner and its affiliates against any and all suits, sanctions, liabilities, legal proceedings, claims, demands, fines, penalties, damages, losses, costs and expenses, including reasonable legal fees and expenses, in each case made, imposed, levied or brought by a third party and resulting from i) the breach by the Contractor of any provisions of this Contract, ii) violations by Contractor of applicable laws and, more generally, iii) the Contractor's performance of the Works"*.

wirtschaftlich gesehen nur dann Sinn, wenn diese Risiken eine gewisse „Opfergrenze" nicht überschreiten können[163].

Zu diesem Zweck werden zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer standardmäßig Haftungsbegrenzungen bzw. -ausschlüsse vereinbart, die den nachfolgenden drei Kategorien unterfallen:

- *„Overall Limitation of Liability"*[164]: Diese globale Haftungsbegrenzung soll alle möglichen vertraglichen Haftungsfälle decken[165]. In den letzten Jahren hat sich in der internationalen Anlagengeschäftspraxis die Tendenz abgezeichnet, dass diese allgemeine Haftung auf 100% des Vertragspreises begrenzt wird[166].

- *"Indirect and consequential loss exclusion"*[167]: Der Ausschluss der Haftung für indirekte Schäden und Folgeschäden[168] gehört zu den unantastbaren Grundprinzipien des internationalen Anlagengeschäfts[169]. Wie *Kirchgässer* zutreffend unterstreicht, hat

---

[163] Siehe hierzu *Dünnweber*, a.a.O., S. 139.

[164] Vgl. folgende Klausel: „Contractor's total aggregate liability for any cause whatsoever under the Contract shall under no circumstances exceed the Contract Price".

[165] Für ein Beispiel solcher Haftungsbegrenzung aus einem Vertrag zur Errichtung einer Düngemittelanlage, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 138. Für ein Beispiel aus einem Vertrag zur Errichtung eines Kernkraftwerks, siehe *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 133.

[166] *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 112.

[167] Vgl. folgende Klausel: *„Notwithstanding any provisions to the contrary, Contractor shall not be liable under any circumstances and for any cause whatsoever for any special, consequential or indirect damages, including but not limited to, loss of profits, loss of production, loss of contract(s), loss of use, loss of business opportunity, idle facilities or resources, loss of property or mineral rights, business interruption, or for any financial or economic losses"*.

[168] Für ein Beispiel eines solchen Haftungsausschlusses aus einem Vertrag zur Errichtung einer Düngemittelanlage, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 139. Für ein Beispiel aus einem Vertrag zur Errichtung eines Kernkraftwerks, siehe *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 82 (Fußnote 69).

[169] *Ayiter* (a.a.O., S. 96) geht von einer prinzipiellen Ausschluss jeglicher Haftung für Mangelfolgeschäden aus. Laut *Graf von Westphalen* (a.a.O., S.1133) ist der Ausschluss von indirekten und Folgeschäden "branchenüblich". Für *Michaelis de Vasconcellos* (Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, S. 171) schliessen Haftungsbegrenzungen „sinvollerweise von vornherein den Ersatz von indirekten, mittelbaren oder Folgeschäden aus". Die Praxis zeigt, dass kein anständiger Auftragnehmer sich trauen wird, einen Vertrag ohne diesen Haftungsausschluss zu unterzeichnen.

der Ausschluss von Folgeschäden, wie etwa Produktionsausfall und entgangener Gewinn, für viele Auftragnehmer eine „magische Bedeutung"[170]. Einige Autoren betrachten diesen Haftungsausschluss sogar als Grundsatz der *lex mercatoria*[171].

Dieser Haftungsausschluss erscheint u.a. deshalb gerechtfertigt, weil der Auftragnehmer den Umfang von Mangelfolgeschäden im Vorfeld nicht abschätzen kann[172]. In den meisten Rechtssystemen besteht keine abschliessende Regelung hinsichtlich des Gegenstandes indirekter Schäden bzw. Mangelfolgeschäden[173]. Angesichts dessen hat sich die Praxis entwickelt, die Hauptkategorien solcher Schäden in der Haftungsausschlussklausel explizit und ausführlich aufzulisten[174].

- *„Exclusive remedy"*[175]: In der internationalen Praxis des Anlagengeschäfts versuchen Vertragspartner stets ihre vertraglichen Beziehungen so umfassend wie möglich abzusichern[176]. Ein wichtiges Instrument ist dabei die sog. *„exclusive remedy clause"*, nach der alle im Vertrag nicht ausdrücklich angesprochenen Ansprüche -insbesondere gesetzlich geregelte Ansprüche- als ausgeschlossen gelten sollen[177]. Durch eine solche Klausel wird die Gefahr vermieden, mit überraschenden und nicht im Vorfeld verhandelten Haftungsregelungen konfrontiert zu werden.

---

[170] *Kirchgässer*, a.a.O., S. 944.
[171] *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 79.
[172] Siehe hierzu *Molls,* Haftungsfragen im internationalen Anlagengeschäft, ZfBR 1980, S. 57.
[173] *Rajski*, Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 326.
[174] Siehe hierzu *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 462; *Draetta,* The notion of consequential damages in the international trade practice: a merger of common law and civil law concepts, RDAI 1991, S. 487 ff.; *Wendler*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 65.
[175] Vgl. folgende Klausel: *„The rights, remedies, and liabilities of Owner and Contractors set forth in this Contract shall be considered as exhaustive and shall apply to the exclusion of any other rights, remedies, or liabilities at law, whether express or implied"*.
[176] *Martinek*, Moderne Vertragstypen, S. 253; *Lappe*, a.a.O., S. 66.
[177] Siehe hierzu *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 456.

4. Suspendierung und Kündigung (*Suspension and Termination*)

Unter bestimmten Umständen müssen die Parteien das Recht haben, den Vertrag zu suspendieren oder schlimmstenfalls zu kündigen. Bei Suspendierungs- und Kündigungsmöglichkeiten muss zwischen drei Hauptkategorien unterschieden werden:

- Suspendierung oder Kündigung ohne Grund („*suspension or termination for convenience*"):

Dieses in der deutschen Literatur als „willkürliche Kündigung" bezeichnete Recht hat nur der Auftraggeber[178]. Es kann ausgeübt werden, wenn der Auftraggeber -aus welchem Grund auch immer- das Projekt beenden will. Dasselbe gilt, wenn er das Projekt für eine gewisse Zeit durch Suspendierung zum Stillstand bringen will.

Die Praxis im internationalen Anlagengeschäft zeigt, dass die Auftragnehmer ein solches Recht problemlos akzeptieren, wenn ihnen im Gegenzug dafür in der relevanten Klausel ein Anspruch auf Erstattung der dadurch entstehenden Kosten gewährt wird.

Diese Entschädigung deckt in der Regel die Kosten für gelieferten Anlagenkomponenten, bearbeitete aber noch nicht gelieferte Anlagenkomponenten, sowie die Kündigungskosten aus Subunternehmerverträgen.

Darüber hinaus ist es üblich, dass der Auftragnehmer zur Kündigung des Vertrages berechtigt wird, wenn die Suspendierung eine gewisse Zeitperiode überschreiten sollte[179].

---

[178] Zu den BGB und VOB Regelungen zum Thema willkürliche Kündigung, siehe *Flocke*, a.a.O., S. 92 ff.

[179] Vgl. folgende Klausel: *„The Owner may suspend and/or terminate this Contract at any time for convenience. In such event, Contractor shall be reimbursed for the reasonable costs caused by such suspension and/or termination. In the event of termination, Contractor shall be entitled to receive the price for equipment delivered as well as the price for equipment manufactured or ordered but which are not yet in a deliverable state as well as compensation covering cancellation costs from subcontractors. Should any suspension decided by Owner exceed (x) months, Contractor shall be entitled to terminate the Contract and be compensated according to the same rules as if Owner had terminated the Contract for convenience".*

- Suspendierung oder Kündigung wegen Vertragsverletzung durch den Auftraggeber („*suspension or termination for Owner's default*"):

Sollte der Auftraggeber seine vertraglichen Pflichten vernachlässigen, so ist es notwendig, dass dem Auftragnehmer ein Recht zur Suspendierung und, ab einer gewissen Dauer der Vertragsverletzung, weiterhin ein Recht zur Kündigung des Vertrages zusteht[180]. Internationale Anlagenverträge enthalten daher fast immer eine Suspendierungs- und Kündigungsmöglichkeit zugunsten des Auftragnehmers für den Fall, dass der Auftraggeber den Vertragspreis nicht zahlt oder sonstige substantielle Pflichten verletzt (sog. *material breach*).

Das Suspendierungs- und Kündigungsrecht an sich stößt in der Regel auf keinen großen Widerstand seitens des Auftraggebers. Streitigkeiten ergeben sich im Rahmen der Vertragsverhandlung eher hinsichtlich der Einigung über die Anzahl von Tagen, nach deren Ablauf das Suspendierungs- und Kündigungsrecht entstehen soll[181].

- Kündigung wegen Vertragsverletzung durch den Auftragnehmer („*termination for Contractor's default*"):

Sollte der Auftragnehmer die Abwicklung des Vertrages nicht vertragsgemäß durchführen, so muss auch der Auftraggeber dem Vertragsverhältnis ein Ende setzen dürfen[182].

Bei Großprojekten macht ein Rücktritt vom Vertrag („*cancellation of contract*") unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten wenig Sinn und

---

[180] Siehe hierzu *Sweet*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 353; *Huse*, a.a.O., S. 358 ff.

[181] Vgl. folgende Klausel: „*Should Owner i) fail to pay any amount due under this Contract within 30 days of having been notified thereof by Contractor or ii) be in breach of any of its other material obligations under the Contract and fail to remedy such breach within 60 days of having been notified thereof by Contractor, Contractor shall be entitled to suspend performance of the Contract with immediate effect. Should any Owner`s non payment default extend to an additional 30 days from the end of the above mentioned 30 day period or should any Owner's other material breach extend to an additional 60 days from the end of the above mentioned 60 day period, Contractor shall be entitled to terminate the Contract for Owner's default with immediate effect*".

[182] Zur Kündigung wegen "default of contractor", siehe *Huse*, a.a.O., S. 344 ff.

wäre überdies praktisch gesehen nur äußerst schwer durchführbar[183]. Deshalb wird im Rahmen von Anlagenverträgen eher ein Kündigungsrecht mit Entschädigung vereinbart, wobei hauptsächlich die Ersatzbeschaffungskosten abgedeckt werden sollen[184].

Normalerweise tritt das Kündigungsrecht nur unter besonderen Umständen ein[185], wie der Insolvenz des Auftragnehmers, der Weigerung nach *„Notice to Proceed"* mit der Projektabwicklung anzufangen, dem Erreichen der maximalen Höhe der Verzugspönale oder der allgemeinen Unfähigkeit, eine substantielle Pflichtverletzung innerhalb einer gewissen Zeit zu überwinden[186].

V. Rechtswahl- und Streitbeilegungsklauseln

Obwohl die Parteien in der Praxis des Anlagenvertrages eine abschließende Regelung ihrer vertraglichen Beziehungen bezwecken, können nicht alle potentiellen Probleme der Projektabwicklung im Vorfeld vorhergesehen werden[187]. Deshalb wird zumeist im Vertrag ausdrücklich das auf den Vertrag anzuwendende Recht (*governing law*) festgelegt[188].

---

[183] *Dünnweber*, a.a.O., S. 126; *Lappe*, a.a.O., S. 159; *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 17.

[184] Siehe hierzu *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 463.

[185] Zu den Kündigungsgründen im BGB und VOB, siehe *Flocke*, a.a.O., S. 92 ff.

[186] Vgl. folgende Klausel: *„Should Contractor i) abandon the Site, ii) fail to start the construction Works at the Site within 60 days from the Notice to Proceed, iii) be declared bankrupt or be otherwise subject to any form of insolvency proceedings, iv) be in such delay that the agreed maximum cap on delay liquidated damages is reached, or iv) fails to remedy any breach of its material obligations within 90 days from notification thereof by Owner or, if such breach is not reasonably curable within such 90 day period, if Contractor fails thereafter to diligently pursue the remedy of such breach, Owner shall in each case be entitled to terminate the Contract for Contractor's default. In such event, Contractor shall compensate Owner for the costs incurred as a result of such termination, including the costs of having the Works completed by a third party under reasonable terms and conditions corresponding to those prevailing on the market".*

[187] *Nicklisch*, in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 22.

[188] *Reithmann/Martiny,* Internationales Vertragsrecht, S. 787; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, S. 248; *Michaelis de Vasconcellos,* Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 457.

Bei Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern wird das lokale Recht jedoch selten abbedungen, weil staatliche Unternehmen aus politischen, psychologischen oder gesetzlichen Gründen auf der Anwendung des lokalen Rechts beharren müssen[189]. Bei Verträgen mit privaten Auftraggebern herrscht mehr Flexibilität, so dass ein neutrales Recht (schweizerisches Recht oder ein angloamerikanisches Recht) gewählt werden kann[190].

Bei internationalen Anlagenverträgen sind Rechtstreitigkeiten in der Regel, unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges, durch ein Schiedsgericht (*arbitral tribunal*) zu entscheiden[191]. Der Hauptgrund für die Anrufung eines Schiedsgerichts ist dabei der Wunsch nach einer schnellen Entscheidung der Rechtsstreitigkeit[192]. Daneben sprechen ebenfalls die Vertraulichkeit des Verfahrens und geringere Prozeßkosten für die Einschaltung eines Schiedsgerichtes[193].

Das Schiedsverfahren hat jedoch nicht nur Vorteile. Praktische und rechtliche Schwierigkeiten beim Erlass einstweiliger Maßnahmen

---

[189] *Dubisson*, La negociation des marché internationaux, S. 38.

[190] *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, S. 787; *Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschafstverkehrs, RIW 2003, S. 2.

[191] *Lappe*, a.a.O., S. 60; *Nicklisch*, in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 22; *Liesecke,* a.a.O., S. 4*; Robine*, L'évolution de l'arbitrage international ces dernières années (1990-1995), RDAI 1996, S. 145 ff. Zur neueren Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, siehe *Werner*, The trade explosion and some likely effects on international arbitration, JIA 1997, S. 5 ff. Für einen aktuellen und praxisnahen Beitrag zum Schiedsverfahren bei Baustreitigkeiten in Deutschland, mit Analyse der Schiedsgerichtsordnung des Schiedsgerichts für privates Baurecht, siehe *Ax/Schneider*, Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen.

[192] *Kühn*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 85.

[193] *Nicklisch*, Instrumente der Internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen, RIW 1978, S. 633; *Müller/Otto/Werk*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 78 und 79; *von Oppen*, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und –erledigung, S. 175.

durch Schiedsrichter[194] sowie fehlende Rechtsprechungsübersichten[195] seien dabei nur beispielhaft aufgezählt.

Im Rahmen der Vereinbarung des Schiedsverfahrens als Streitbeilegungsmethode ist es ratsam, dass die Parteien weiterhin vertraglich festlegen, wo das Schiedsgericht seinen Sitz haben soll, wieviele Schiedsrichter zu ernennen sind und welche Schiedsregeln gelten sollen[196]. Diesbezüglich kann die Klausel über Rechtswahl und Streitbeilegung[197] weitere Details beinhalten, wie die Staatsangehörigkeit und berufliche Ausbildung der Schiedsrichter oder die Verteilungsregeln im Hinblick auf die Kosten des Schiedsverfahrens[198].

Bei vielen internationalen Anlagenverträgen wird die Schiedsordnung der Internationalen Handelskammer gewählt[199]. Doch auch Schiedsordnungen anderer bekannten Institutionen[200] spielen im internationalen Geschäftsverkehr eine wesentliche Rolle[201].

---

[194] Siehe hierzu *Laschet*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 119 ff.; *von Hoffmann,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 261 ff.; *Koch*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 147.

[195] Siehe hierzu *von Oppen*, a.a.O., S. 177, der auch die hohen Kosten bei geringem Streitwert als weiteren Nachteil erwähnt.

[196] Siehe hierzu *Laschet,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 255 ff.

[197] Vgl. folgende Klausel: *„This Contract shall be governed by the laws of [ ], except its conflict of laws rules. Any dispute arising in connection with this Contract, which the parties are unable to settle amicably within 60 days from written notification of the dispute by one party to the other party, shall be finally settled at the request of the most diligent party by arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators appointed in accordance with such Rules. The place of arbitration shall be [ ] and the language of the proceedings shall be [ ]".*

[198] Zur Darstellung der Kernfragen bei der Formulierung von Schiedsklauseln, siehe *Lionnet*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 291 ff.

[199] Zur ausführlichen Darstellung dieser Schiedsordnung, siehe *Imhoos/Verbist*, The new 1998 ICC Rules of Arbitration, RDAI 1997, S. 989 ff. Siehe auch die kürzlich von *Kreindler* durchgeführte Analyse praxisorientierter Fragen zur Anwendung der ICC-Schiedsgerichtsordnung (*Kreindler*, Aktuelle (Streit-) Fragen bei der Anwendung der ICC-Schiedsgerichtsordnung 1998 – Praxisüberblick, RIW 2002, S. 249 ff.)

[200] z.B. London Court of International Arbitration, Stockholm Chamber of Commerce, American Arbitration Association.

[201] Zur Darstellung verschiedener Schiedsgerichtsinstitutionen und Verfahrensordnungen in den USA und in einigen europäischen Ländern, siehe *Schneider*, in:

Neben der gewählten Schiedsordnung kommen die gesetzlichen Bestimmungen des Schiedsorts als maßgebende Regelungen in Betracht[202]. Für die Anerkennung und Vollstreckung von internationalen Schiedssprüchen müssen die nationalen Verfahrensregelungen des Landes, in dem die Annerkennung und Vollstreckung erstrebt wird, ebenfalls berücksichtigt werden[203].

Bei Anlagenverträgen ist es üblich, dass bei Streitigkeiten über technische Angelegenheiten Sachverständige eingeschaltet werden[204]. Tatsächlich sind bei Anlagenverträgen eher technische Sachverhalte als reine Rechtsfragen Kernpunkt der Streitigkeiten[205].

Angesichts des dadurch bedingten Bedarfs an technischen Experten gründete die Internationale Handelskammer im Jahre 1976 eine

---

Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 159 ff.

[202] In Deutschland ist das Schiedsverfahrensrecht im Buch 10 (Schiedsrichterliches Verfahren) der Zivilprozessordnung verankert und wurde mit dem Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997 neu geschrieben. Zur Neuregelung des deutschen Schiedsverfahrensrechts, siehe u.a. *Böckstiegel*, An introduction to the New German Arbitration Act based on the UNCITRAL Model Law, Arbitration International 1998, S. 19 ff.; *Sandrock*, Procedural aspects of the New German Arbitration Act, Arbitration International 1998, S. 33 ff.; *Raeschke-Kessler*, The New German Arbitration Act v. Old German Case Law: which case law of the Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court) is to be applied to the New Act?, Arbitration International 1998, S. 47 ff.; *Lionnet*, The New German Arbitration Act – A user's perspective, Arbitration International 1998, S. 57 ff.; *Kreindler/Mahlich*, A foreign perspective on the New German Arbitration Act, Arbitration International 1998, S. 65 ff.

[203] Zur Problematik der Anerkennung und Vollstreckung von internationalen Schiedssprüchen unter Berücksichtigung lokaler Gesetzgebung, siehe u.a. *Borris*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den USA; *Geimer*, Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland; *Leurent/Meyer-Fabre*, La reconnaissance en France des sentences rendues à l'étranger, l'exemple franco-suisse, Bulletin ASA 1995, S. 118 ff.; *Weinschenk*, Die Anerkennung und Vollstreckung bundesdeutscher Urteile in den Vereinigten Staaten. Für eine praktische Darstellung mittels eines konkreten Falls, siehe *Berger*, Arbitration Interactive, S. 245 ff.

[204] Zum Rückgriff auf technische Gutachten als Konfliktregelung, siehe *Melis,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 243 ff.; *Wiegand,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 306.

[205] *von Hoffmann*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 111.

Zentralstelle für technische Sachverständigengutachten[206]. Die Klausel über das Einschalten eines Sachverständigen regelt dabei, wie schnell der Experte seine Entscheidung treffen soll und ob diese Entscheidung als bindend, endgültig oder nur als Vorstufe des Schiedsverfahrens zu verstehen ist[207].

In der Literatur zur Streitbeilegung im internationalen Anlagengeschäft wird in der letzten Zeit der mögliche Rückgriff auf Alternativen zur Schiedsgerichtsbarkeit („*conciliation*", „*mediation*", „*dispute adjudication board*", „*mini-trial*", usw.) immer häufiger diskutiert[208]. In diesem Zusammenhang hat *von Oppen* die Vorteile alternativer Streitbeilegungsverfahren als Methode der Konflikterledigung gerade für den internationalen Industrieanlagenvertrag besonders gründlich und überzeugend dargestellt[209]. Wie jedoch bereits *Goedel* anmerkt, kann in jedem Einzelfall erst im Nachhinein festgestellt werden, ob sich der Rückgriff auf diese Alternativen gelohnt hat, denn erst zu diesem Zeitpunkt sind die endgültigen Kosten angefallen[210].

Dies erklärt auch, warum sich diese Alternativen zur traditionellen Schiedsgerichtsbarkeit bis jetzt in der Praxis nur mühsam durchsetzten[211].

---

[206] *Goedel,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 43.

[207] Vgl. folgende Klausel zum Einschalten der IHK Zentralstelle für technische Sachverständigengutachten: *"In the event of a dispute of a technical nature, the parties agree to refer such dispute for expert resolution to the International Centre for Technical Expertise of the International Chamber of Commerce in accordance with its Rules for Technical Expertise"*.

[208] Siehe hierzu u.a. *Berger*, Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren, RIW 2001, S. 881 ff.; *Myers*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 514 ff.; *Myers*, Developing methods for resolving disputes in world-wide infrastructure projects, JIA 1996, S. 101 ff.; *Hoellering*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 526 ff.; *Lionnet*, in: Der komplexe langzeitvertrag, S. 543 ff.; *Goedel*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 70 ff.; *Borris*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den USA, S. 4 ff.; *Seppala*, The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board, RDAI 1997, S. 967 ff.

[209] *von Oppen*, a.a.O., S. 171 ff.

[210] *Goedel*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 83.

[211] Vgl. die Bemerkung von *Hoellering* (a.a.O., S. 533): "The use of dispute resolution alternatives other than arbitration and litigation is still in its infancy".

§ 3 Die Bedeutung von Standardverträgen für die Praxis des internationalen Industrieanlagenvertrages

In der Praxis des Industrieanlagenvertrages spielen Standardverträge, die seit mehreren Jahrzehnten durch verschiedene nationale und internationale Organisationen entwickelt werden, eine wesentliche Rolle[212].

Der Bedarf an Mustervertragsbedingungen ist darin begründet, dass im Anlagengeschäft auftauchende technische und wirtschaftliche Schwierigkeiten immer wieder dieselben rechtlichen Probleme auslösen, für die das Gesetz jedoch keine befriedigenden Lösungen bereithält[213]. Auch wenn Modelverträge nicht als Vertragsbasis für alle Aspekte eines spezifischen Großprojekts dienen können, so spielen sie trotzdem insofern eine wichtige Rolle, als sich die Parteien in den Vertragsverhandlungen auf bestimmte Klauseln verbreiteter Musterverträge zur Stärkung ihrer Position berufen können[214].

Es ist weiterhin zu unterstreichen, dass Standardverträge durch ihre Formulierung und Beachtung in der Kautelarpraxis bereits zur Herausbildung eines internationalen Handelsgewohnheitsrechts im Gebiet des Anlagengeschäfts beigetragen haben[215].

Was unter dem Begriff des Standardvertrages im eigenen Sinne zu verstehen ist, wird durch den amerikanischen Verband „The Associated General Contractors"[216] wie folgt definiert:

> „A standard form contract is a copyrighted, pre-printed contract typically developed and issued by an industry

---

[212] *Petersen*, Vente d'ensembles industriels et conditions FIDIC (Génie Civil), DPCI 1978, S. 221. *Schneider*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 201; *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, S. 30.

[213] *Nicklisch*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 9.

[214] *Le Goff,* A new standard for international turnkey construction contracts: The FIDIC Silver Book, RDAI 2000, S. 157.

[215] *Dünnweber*, a.a.O., S. 168; *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 464.

[216] AGC, 333 John Carlyle Street, Suite 200, Alexandria, VA 22314, USA.

organization and routinely used as a consumable for a common type of industry bargain or transaction"[217].

Dieser Verband ist im Übrigen zu dem Schluss gekommen, dass die Benutzung von Standardverträgen die folgenden Vorteile mit sich bringt[218]:

- Flexibilität: Obwohl Standardverträge Musterbedingungen für das relevante Geschäft darstellen, haben die Parteien immer die Freiheit, diese Bedingungen durch Anpassungen an die Eigenarten des Projekts zu ändern;

- Erfahrungsaustausch: Standardverträge sind das Ergebnis von Diskussionen unter Spezialisten und Experten des Anlagengeschäfts. Aus diesem Grund können Erfahrungen aus der Industrie in die Vorbereitung der Standardverträge einfliessen;

- Senkung der Verhandlungskosten: Da Standardverträge in der Regel versuchen, alle Interesse der Vertragspartner so neutral wie möglich zu berücksichtigen, stellen sie ein ausgewogenes Muster dar, welches ohne zahlreiche Änderungen für Auftraggeber und Auftragnehmer eine akzeptable Vertragsbasis bildet. Dadurch beschleunigt sich das Verhandlungsverfahren, was zu einer Senkung der Verhandlungskosten führt[219];

- Aktualität: Standardverträge werden von den jeweiligen Verbänden regelmäßig angepaßt um Entwicklungen der Praxis und relevante gesetzliche Änderungen wiederzuspiegeln. Somit stellen sie eine stets aktuelle Vertragsbasis dar.

Aufgrund ihrer hohen praktischen Relevanz und dem Umstand, dass ausgewählte Klauseln bestimmter Standardverträge zur Illustration einiger Fragestellungen folgender Abschnitte dienen, erfolgt nun eine Darstellung der im Anlagengeschäft gängigsten Standardverträge.

---

[217] Diese Definition ist auf der Website des Verbandes zu finden (http://www.agc.org/).

[218] Siehe hierzu die Erklärungen unter dem Paragraph "Advantages of AGC Standard Forms" auf der Website des Verbandes (http://www.agc.org/).

[219] Diese Meinung teilen *D'Hollander/Lefebvre*, La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie, DPCI 1996, S. 246; *de Cazalet*, Le contrat de construction dans le cadre des projets BOT, RDAI 1998, S. 412.

I. Nationale Standardverträge

Obwohl es wie ein Paradoxon klingen mag, so können nationale Standardverträge im internationalen Anlagengeschäft durchaus eine Rolle spielen. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn den Ausschreibungsunterlagen eines internationalen Projektes seitens des Auftraggebers ein nationaler Mustervertrag als Vertragsbasis beigefügt wird. Solche Situationen sind auch bei staatlichen Auftraggebern zu erwarten, denn sie dürfen aus gesetzlichen bzw. politischen Gründen nur einen Mustervertrag des Gastgeberlandes benutzen.

Nationale Musterverträge können weiterhin im internationalen Anlagengeschäft relevant werden, wenn sie von einem Land herausgegeben werden, dessen Rechtssystem ohnehin häufig als *governing law* internationaler Anlagenverträge gewählt wird. Typisches Beispiel dafür sind die von britischen Institutionen entwickelten Musterverträge, die -als Folge der Ausstrahlung des englischen Rechts auf das internationale Anlagegeschäft- auch für außerhalb Großbritannienens abzuwickelnde Großprojekte als Vertragsbasis benutzt werden.

In Anlehnung an die rechtsvergleichende Darstellung der Vertragsstrafe, sind erneut Deutschland, Frankreich, England und die Vereinigten Staaten für die Darstellung der Problematik nationaler Musterverträge ausgewählt worden. Um den Rahmen der Darstellung nicht zu sprengen, wird sich diese auf die Darlegung der für den Energieanlagenmarkt relevanten Musterverträge beschränken. Viele dieser Musterverträge sind jedoch auch für Projekte in anderen Geschäftsbereichen verwendbar.

1. Standardverträge in Deutschland

In Deutschland gibt es im Energiebereich mehrere Verbände, die Auftraggeber bzw. Auftragnehmer im Anlagengeschäft durch zahlreiche Veröffentlichungen unterstützen[220].

[220] Allgemein hierzu *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 19 ff.

Die meisten Verbände geben hauptsächlich Auskünfte über den Markt, Normen und rein technische Aspekte des Anlagenbaus oder sehen sich als Forum des fachlichen Erfahrungsaustausches. Als Beispiel zu erwähnen sind diesbezüglich der Verband der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik (VDE)[221] oder der Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft (VIK)[222].

Unter den Organisationen, die bei der Herausgabe von Musterverträgen im deutschen Energieanlagengeschäft eine wesentliche Rolle spielen, ist vor allem die Technische Vereinigung der Großkraftwerkbetreiber (VGB)[223] zu nennen. Außer rein technischen Empfehlungen, wie etwa die Richtlinien für die Konservierung von Kraftwerksanlagen oder die Richtlinien für den Turbinenbetrieb, veröffentlicht die VGB auch Musterverträge, die bei der Bestellung von Energieanlagen benutzt werden können.

In der Industriebranche sehr bekannt sind die VGB-Richtlinien für die Bestellung von Hochleistungsdampfkesseln, welche die Klauseln über alle wichtigen Aspekte des Anlagenvertrages beinhalten.

Neben den VGB-Richtlinien werden in der deutschen Energieanlagenbranche die Veröffentlichungen des Verbandes der Elektrizitätswirtschaft (VDEW)[224] ebenfalls hoch geschätzt. Besonders bekannt als mögliche Vertragsbasis sind die Lieferbedingungen für Dampfturbinenanlagen, die bereits im Jahre 1931 herausgegeben wurden. Diese Lieferbedingungen beinhalten Klauseln bezüglich aller üblichen Themen des Anlagenvertrages, wie etwa Lieferzeit, Probebetrieb oder Gewährleistung.

Schließlich spielt in Deutschland der Verband der deutschen Maschinen- und Anlagenbauer (VDMA)[225] im Anlagengeschäft eine wesentliche Rolle. Der VDMA engagiert sich seit über einhundert Jahren im Gebiet des Maschinen- und Anlagenbaus und bietet seinen Mitgliedern zahlreiche Veröffentlichungen als Hilfsmittel zur Vorbereitung und Verhandlung von Großprojekten.

---

[221] VDE, Stresemannallee 15, 60596 Frankfurt, Deutschland.
[222] VIK, Richard-Wagner-Str. 41, 45128, Essen, Deutschland.
[223] VGB, Postfach 103932, Klinkestr. 27-31, 45039, Essen, Deutschland.
[224] VDEW, Stresemannallee 23, 60596, Frankfurt, Deutschland.
[225] VDMA, Lyoner Str. 18, 60528 Frankfurt-Niederrad, Deutschland.

Für das Energieanlagengeschäft kommen vornehmlich folgende VDMA Publikationen in Frage: VDMA-Lieferbedingungen, VDMA-Montagebedingungen, Ingenieurvertrag (Leitfaden und Muster), Leitfaden für die Abfassung von internationalen Industriekooperationsverträgen, Leitfaden für die Abfassung von Verträgen über die Erstellung großer Industrieanlagen[226].

Diese Veröffentlichungen bieten Musterklauseln sowie praktische Erläuterungen an, die sich bei der Verhandlung und Bearbeitung von Industrieanlagenverträgen als äußerst nützlich erweisen.

Zusätzlich zu den durch Verbände veröffentlichten Musterverträgen, spielt auf dem deutschen Bau- und Anlagenmarkt die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), ursprünglich Verdingungsordnung für Bauleistungen genannt[227], eine sehr bedeutende Rolle[228].

Der Einfluß der VOB ist so dominierend, dass sie sogar als „wichtigste Grundlage des deutschen Bauvertragsrechts" bezeichnet wird[229]. Wie *Nicklisch* zutreffend darlegt, ist in Deutschland das Bauvertragsrecht untrennbar mit den VOB Regelungen verbunden[230]. Diese Regelungen haben jedoch keine Gesetzeskraft und ihre Geltung muss deshalb vertraglich vereinbart werden[231].

Diesbezüglich ist aber anzumerken, dass öffentlichen Auftraggebern die Verwendung der VOB vorgeschrieben ist[232]. Dementsprechend

---

[226] Näher hierzu in der Katalogübersicht der Veröffentlichungen des Verbandes (Website: http://www.vdma.org/).

[227] Zur Entstehungsgeschichte und Entwicklung der VOB, siehe *Ax/Schneider*, Grenzüberschreitendes Auftragswesen, S. 7 ff.; *Putzier*, Der Pauschalpreisvertrag, S. 11 ff.; *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 20 ff.

[228] *Graf von Bernstorff*, a.a.O., S. 172; *Flocke*, a.a.O., S. 60; *Putzier*, a.a.O., S. 11 ff.; *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 20 ff.

[229] *Weick*, Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, S. 27. Ausführlich zur Bauvertragspraxis nach VOB/B: *Koppmann/Hölzlwimmer*, VOB/B Formularhandbuch; *Leinemann*, Der Bauvertrag nach VOB/B.

[230] *Nicklisch*, Rechtsprobleme bei der Gestaltung von Bauverträgen, BB Beilage 10, 1974, S. 2.

[231] *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, S. 8.; *Heiermann*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung bei Bau- und Anlagenbauverträgen (II), S. 9.

[232] *Cuypers*, Bauvertragsrecht, S. 31; *Putzier*, a.a.O., S. 11.

steht die VOB dem Gesetz wenigstens in der praktischen Bedeutung gleich, da sie speziell für das Bauwesen entwickelt wurde und im deutschen Bau- und Anlagenmarkt unausweichlich geworden ist[233]. Insofern kann der Stellungnahme *von Oppens*, die VOB würde im Anlagenbau keine Rolle spielen und hätte bei Anlagenverträgen keinen Vorteil[234], nicht beigepflichtet werden[235].

Die VOB besteht aus drei Teilen, namentlich der VOB/A (Allgemeine Bestimungen über die Vergabe von Bauleistungen), der VOB/B (Allgemeine Vertragsbedingungen) und der VOB/C (Allgemeine Technische Vorschriften)[236]. Die VOB/B beinhaltet zahlreiche Regelungen zu wichtigen Aspekten des Anlagenvertrages, wie Gefahrübertragung, Abnahme oder Kündigung[237]. Eine gute Kenntnis der VOB/B ist somit für die professionelle Behandlung eines deutschen Anlagenprojekts unentbehrlich geworden[238].

2. Standardverträge in Frankreich

Grundsätzlich existieren in Frankreich kaum Musterverträge, was Ergebnis privater Initiativen im Energieanlagenbereich ist. Zwar gibt es in dieser Industriebranche Verbände, wie das Groupement des Fabricants Français d'Equipements Electriques et Electroniques (GIMELEC)[239]. Diese Verbände erfüllen aber bis jetzt eher die Funktion einer allgemeinen Informationsstelle als die eines Verfassers von Musterverträgen.

Diese Lage ist einfach zu erklären: Bislang hat Electricité de France (EDF), der nationale Energieversorger, eine so beträchtliche

---

[233] *Flocke*, a.a.O., S 62.
[234] *von Oppen*, a.a.O., S. 57.
[235] Näher hierzu, *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica?*, RDAI 2004, S. 20 ff.
[236] Ausführlich hierzu: *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, S. 60 ff.; *Cuypers,* Bauvertragsrecht, S. 2 ff.*; Weick*, Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, S. 27 ff.
[237] Ausführlicher hierzu mit Klauselbesprechung, *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica?*, RDAI 2004, S. 22 ff.
[238] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica?*, RDAI 2004, S. 22.
[239] GIMELEC, 11-17 rue Hamelin, 75783, Paris Cedex 16, Frankreich.

Monopolstellung auf dem französischen Elektrizitätsmarkt gehabt, dass für Energieanlagenprojekte stets die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der EDF als Vertragsbasis benutzt worden sind. Die Verbände der französischen Energiebranche, wie das GIMELEC, haben deshalb ihre Bemühungen darauf begrenzt, die EDF-Standardbedingungen zur Unterstützung ihrer Mitglieder zu kommentieren und eventuell direkt mit EDF bestimmte allgemeine Änderungen zu verhandeln.

Allein das Cahier des Clauses Administratives Générales – Marchés Publics Industriels (CCAG)[240], welches bei Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern eine verpflichtende Vertragsgrundlage bildet[241] und deren Inhalt durch Verordnung offiziell bestimmt wird[242] stellt neben den EDF-Bedingungen eine rechtliche Regelung mit Gesetzeskraft dar. Force Majeure, Bankgarantien, Vertragsstrafe, Abnahme und viele andere übliche Aspekte des Anlagengeschäfts werden im CCAG angeschnitten. Da derzeit viele Energieprojekte in Frankreich von den Kommunen abgewickelt werden, die zur Benutzung des CCAG verpflichtet sind, ist ihre Ausstrahlung in das französische Energieanlagengeschäft nicht zu unterschätzen.

3. Standardverträge in England

Als meistverbreiteter Standardvertrag für den Energieanlagenbau in England sind die vom gemeinsamen Ausschuß der Institution of Mechanical Engineers[243] und der Institution of Electrical Engineers[244] entwickelten und von der Association of Consulting Engineers[245]

---

[240] Vierte Ausgabe, 1986. Auskünfte über das CCAG werden durch den Secrétariat Général de la Commision Centrale des Marchés erteilt (41, Quai de Branly, 75700, Paris).

[241] *D'Hollander/Lefebvre*, La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie, a.a.O., S. 259.

[242] Siehe hierzu den Décret No 80-809 vom 14. Oktober 1980 (Journal officiel vom 16. Oktober 1980) "approuvant le Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux Marchés Publics Industriels".

[243] ImechE, Publication Sales Department, Northgate Avenue, Bury St. Edmunds, Suffolk IP32 6BW, England.

[244] IEE, Publication Sales Department, PO Box 96, Stevenage, Herts SG1 2SD, England.

[245] Association of Consulting Engineers, Alliance House, 12 Caxton Street, London SW1H 0QL, England.

empfohlenen MF/1 Bedingungen[246] anzusehen. Diese Bedingungen sind bei der Planung und Errichtung von Anlagen im elektrischen, elektrotechnischen oder mechanischen Bereich zu verwenden. Bei diesen Bedingungen handelt es sich um einen detaillierten Mustervertrag, der mit 54 Artikeln keines der üblichen Themen des Anlagenbaus vernachlässigt.

Darüber hinaus enthalten die MF/1 Bedingungen Musterunterlagen für den Subunternehmervertrag, Bankgarantien oder auch das Abnahmeprotokoll. Für Projekte, bei denen es sich hauptsächlich um Lieferungen handelt, wurden von den obengenannten Verbänden im Jahre 1991 zusätzlich die MF/2 Bedingungen[247] veröffentlicht.

Ebenfalls zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die BE/BEAMA Bedingungen[248], die von der Federation of British Electrotechnical and Allied Manufacturers' Association[249] veröffentlicht werden. Allerdings scheinen diese Bedingungen unter den Mitgliedern der BEAMA weitaus seltener verwendet zu werden, als die hoch geschätzten BEAMA-Legal Circulars und andere Veröffentlichungen der Rechtsabteilung des Verbandes, in denen wichtige Informationen zu allen neueren gesetzlichen und vertraglichen Aspekten des Anlagenbaus zu finden sind.

Als neueste Initiative im Hinblick auf den Entwurf eines Mustervertrages für den Anlagenbau, ist die Veröffentlichung der New Engineering Contract (NEC)[250] durch die Institution of Civil Engineers[251] aus dem Jahre 1993 anzuführen. Mit dem NEC wollte die Institution of Civil Engineers ein neues Konzept für Muster-

---

[246] MF/1 (Rev 4) 2000 - Model Form of General Conditions of Contract for use in connection with home or overseas contracts for the supply of electrical, electronic or mechanical Plant with Erection.

[247] MF/2 1991 - Model Form of General Conditions of Contract for the Supply of Electrical or Mechanical Plant.

[248] EB/BEAMA Conditions 1979(A) – Conditions of Contract for Plant (including Erection) and EB/BEAMA Conditions (RC) 1984 – Conditions of Contract for Works of reconstruction, modification or repair of Plant and Equipment involving work on Site.

[249] BEAMA, Westminster Tower, 3 Albert Embankment, London SE1 7SL, England.

[250] The New Engineering Contract 1993 (Option A) – Priced contract with activity Schedule.

[251] Institution of Civil Engineers, One Great George Street, Westminster, London SW1P 3AA, England.

verträge entwickeln. Die Besonderheit der NEC liegt in der Unterscheidung zwischen „*core clauses*“ und „*secondary option clauses*“. Dies kann im Zuge der erstmaligen Verwendung zu Unsicherheiten führen. Darüber hinaus ist befremdlich, dass kritische Konzepte des Anlagenbaus sowie Haftungslimitierung und Vertragsstrafe als lediglich zweitrangige Klauseln eingestuft werden.

Schließlich muss bezüglich der Thematik der Musterverträge das durch die Institution of Chemical Engineers[252] entwickelte Model Form of Conditions of Contract for Process Plant[253] Erwähnung finden. Mit 46 Artikeln handelt es sich dabei ebenfalls um einen äußerst detaillierten Mustervertrag, der zusätzlich sehr hilfreiche und umfangreiche Richtlinien über die Benutzung des Mustervertrages sowie dessen wichtigen Themen beinhaltet[254].

Obwohl dieser Mustervertrag eher für die Chemische Industrie gedacht ist, wird er teilweise auch für Projekte in der Energiebranche oder anderen Industriebranchen verwendet. Dies ist wahrscheinlich u.a. darauf zurückzuführen, dass die Institution of Chemical Engineers einen sehr nützlichen Entwurf des „*back-to-back*“-Subunternehmervertrages erarbeitet hat[255], welcher für die Verwendung im Zusammenhang mit dem Musteranlagenvertrag geeignet ist.

4. Standardverträge in den USA

In den Vereinigten Staaten gibt es aufgrund der geographischen Dimension des Landes eine Vielzahl von Verbänden und Instituten, die im Bereich des Anlagengeschäfts sehr aktiv sind.

Einige dieser Organisationen beschäftigen sich mit sehr spezifischen Themen des Anlagenbaus, wie etwa das Construction Specifications Institute[256], welches sich ausschließlich mit der Entwicklung standardisierter technischer Spezifikationen befasst.

---

[252] IchemE, Davis Building, 165-189 Railway Terrace, Rugby, Warwickshire CV21 3HQ, England.
[253] Model Form of Conditions of Contract for Process Plant, (Red Book), 1995.
[254] Diese Richtlinien (Guide Notes for the use of the General Conditions) sind ein Anhang zum Mustervertrag.
[255] Model Form of Conditions of Contract for Process Plant, (Yellow Book) – Subcontracts, 1992.
[256] CSI, 99 Canal Center Plaza, Suite 300, Alexandria, VA 22314, USA.

Andere Organisationen kümmern sich um allgemeinere Themen des Anlagenbaus innerhalb einer bestimmten Industriebranche. Darunter fallen u.a. die American Boiler Manufacturers Association[257], die American Society of Civil Engineers[258], die American Society of Mechanical Engineers[259] oder auch das American Institute of Chemical Engineers[260].

Die meisten Veröffentlichungen dieser Verbände beziehen sich jedoch auf die technische Seite des Anlagenbaus, wie etwa das „Operation and Maintenance Safety Manual"[261] und die „Combustion Control Guidelines"[262] der American Boiler Manufacturers Association oder die verschiedenen „Codes and Standards" der American Society of Mechanical Engineers.

Interessanter sind im Bereich Standardanlagenverträge zunächst die Veröffentlichungen des American Institute of Architects[263], welches derzeit seinen Mitgliedern 75 Standardunterlagen anbietet und seinen ersten Standardvertrag („The Uniform Contract") schon im Jahre 1888 herausgab[264]. Als für die Thematik der vorliegenden Arbeit relevante Modellverträge sind der „Standard Form of Agreement between Owner and Contractor – Stipulated Sum"[265], die „General Conditions of Contract for Construction"[266] und der „Standard Form of Agreement between Contractor and Subcontractor"[267] zu erwähnen. Diese Standardverträge bilden ohne Zweifel eine starke Referenz auf dem amerikanischen Bau- und Anlagenmarkt.

Ebenso bedeutend für die Praxis des Anlagengeschäfts in Amerika sind die Werke des Verbandes „The Associated General

[257] ABMA, 4001 North 9th Street, Suite 226, Arlington, VA 22203-1900, USA.
[258] ASCE, World Headquarters, 1801 Alexander Bell Drive, Reston, VA 20191-4400, USA.
[259] ASME International, three Park Avenue, New York, NY 10016-5990, USA.
[260] AIChE, three Park Avenue, New York, NY 10016-5991, USA.
[261] ABMA Publication No. 106.
[262] ABMA Publication No. 307.
[263] AIA, 1735 New York Avenue, NW Washington, DC 20006, USA.
[264] Siehe hierzu die Einführung zu den AIA Veröffentlichungen auf der AIA Website (http://www.aia.org/).
[265] AIA Publication No. A101.
[266] AIA Publication No. A201.
[267] AIA Publication No. A401.

Contractors"[268]. Sein aus Technikern, Kaufleuten, Wirtschaftsanwälten, Versicherungsmaklern und anderen Spezialisten des Anlagengeschäfts bestehendes „Contract Documents Committee" entwickelt regelmäßig Standardverträge, die einen fairen und realistischen Ausgleich der Interessen der Vertragspartner erzielen sollen.

Leitwerke der Musterunterlagen des Verbandes sind der „Standard Form of Design-Build Agreement and General Conditions between Owner and Design-Builder"[269], die „Design-Build Guidelines for Building Construction"[270] und der „Standard Form of Agreement between Design-Builder and Subcontractor"[271].

Zu den Veröffentlichungen des Verbands zählen des Weiteren Formulare für Bankgarantien, das Abnahmeprotokoll oder auch Nachträge. Mit dieser umfangreichen Liste von Musterunterlagen schneidet der Verband alle Grundfragen des Anlagengeschäfts an.

II. Internationale Standardverträge

Nationalen Standardverträgen kann unter Umständen vorgeworfen werden, sie stünden einem lokalen Markt, einer lokalen Industriebranche oder einem besonderen Rechtssystem zu nahe.

Um dieser Kritik zu begegnen, haben internationale Verbände Standardverträge entwickelt, die speziell für den internationalen Markt geeignet sein sollen. Diese Standardverträge spielen im internationalen Anlagengeschäft eine bedeutende Rolle, da sie die internationale Kautelarpraxis beeinflussen und wiederspiegeln.

Motor der Entwicklung internationaler Musterverträge im Anlagenbereich ist vor allem die FIDIC[272]. Die FIDIC-Bedingungen sind so

[268] AGC, 333 John Carlyle Street, Suite 200, Alexandria, VA 22314, USA.
[269] AGC Publication No. 415.
[270] AGC Publication No. 405.
[271] AGC Publication No. 450.
[272] Laut folgenden Autoren sind die FIDIC Standardverträge die meist benutzten Mustervertragsbedingungen auf der internationalen Bühne: *Goedel*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 69; *Böckstiegel*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 315; *Seppala*, Les principaux claims de l'entrepreneur aux termes

erfolgreich, dass sogar staatliche Auftraggeber auf sie zurückgreifen[273]. Angesichts dieser weltweiten Ausstrahlung werden sie den Schwerpunkt der nun folgenden Darstellung bilden.

Neben den FIDIC-Bedingungen sind die Veröffentlichungen der ORGALIME und EIC in Europa und die der Weltbank von einer gewissen Bedeutung und werden deshalb in der Darstellung ebenfalls berücksichtigt.

1. Die FIDIC-Bedingungen

FIDIC[274] ist die französische Abkürzung für Fédération Internationale des Ingénieur-Conseils (Internationaler Verband Beratender Ingenieure)[275]. Im Jahre 1913 gegründet, hat die FIDIC derzeit Mitglieder in mehr als 60 Ländern und vertritt die gesamte Welt der Beratungsingenieure[276].

Unter den FIDIC Veröffentlichungen ist für das Anlagengeschäft zunächst das im Jahre 1995 herausgegebene „Orange Book" (Conditions of Contract for Plant and Design-Build, for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works designed by the Contractor)[277] von Bedeutung[278]. Obwohl es bereits vor 1995 mehrere FIDIC-Bedingungen gab[279], ist das „Orange Book" der erste ernsthafte FIDIC-Versuch, einen grundlegenden Mustervertrag für Projekte zur Errichtung von schlüsselfertigen

---

des conditions FIDIC, RDAI 1985, S. 171; *D'Hollander/Lefebvre*, La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie, DPCI 1996, S. 265.

[273] *Petersen*, Vente d'ensembles industriels et conditions FIDIC (Génie Civil), DPCI 1978, S. 221.

[274] FIDIC, P.O. Box 86, CH-1000 Lausanne 12, Schweiz.

[275] Zur Entsehungsgeschichte der FIDIC, siehe *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, S. 3 ff.

[276] Auskünfte über die FIDIC Organisation sowie die FIDIC Veröffentlichungen sind auf der FIDIC Website zu finden (http://www.fidic.org).

[277] Erste Auflage, 1995.

[278] Für eine Analyse des "Orange Book", siehe *de Cazalet/Reece*, Conditions applicables aux contrats de conception - construction et cléfs en main, RDAI 1996, S. 280 ff.

[279] z.B.: Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (4. Auflage, 1987).

Anlagen zu entwickeln, bei denen der Auftragnehmer die volle Verantwortung für die gesamte Planung der Anlage trägt[280].

Dieser Mustervertrag besteht aus zwei Teilen. „*Part I*" beinhaltet die Allgemeinen Bedingungen des Vertrages, in denen bekannte Klauseln des Anlagengeschäfts wie Force Majeure, Versicherung, Mehrleistungen, Abnahmeverfahren usw. zu finden sind. „*Part II*" besteht aus detaillierten Richtlinien und Hinweisen zur Regelung der Besonderen Bedingungen. Obwohl im Rahmen des Zustandekommens des „Orange Book" die Erfahrung der Mitglieder des „*FIDIC Contract Committee*" sowie das Know-How zahlreicher Berater eingeflossen ist, scheint es in der Praxis nicht den erwarteten Erfolg zu haben.

Im Jahre 1999 veröffentlichte die FIDIC Organisation zwei neue Musterverträge, die in Zukunft das „Orange Book" ersetzen sollen, namentlich:

- Das „Yellow Book": Conditions of Contract for Plant and Design-Build (for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works designed by the Contractor)[281];

- Das „Silver Book": Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects[282].

Unter diesen neuen FIDIC-Werken hat das „Silver Book" besondere Aufmerksamkeit auf sich gezogen, da es sich um den ersten Versuch eines internationalen Verbandes handelt, einen Mustervertrag für Großprojekte auf privatfinanzierter Basis zu entwickeln[283]. Um die Tendenz zur Erhöhung der Auftragnehmerrisiken auf dem internationalen Markt wiederzuspiegeln, hat FIDIC

---

[280] Für eine umfangreiche Analyse des "Orange Book", siehe *Huse*, a.a.O., S. 28 ff.

[281] Erste Auflage 1999. Für eine Analyse des "Yellow Book", siehe *de Cazalet/ Reece*, Le nouveau Livre Jaune de la FIDIC – Les nouvelles conditions applicables aux contrats de réalisation d'ensembles industriels et aux contrats de conception, RDAI 2000, S. 815 ff.

[282] Erste Auflage 1999. Für eine Analyse des "Silver Book", siehe *Le Goff*, A new standard for international turnkey construction contracts: The FIDIC Silver Book, RDAI 2000, S. 151 ff.

[283] *Le Goff*, A new standard for international turnkey construction contracts: The FIDIC Silver Book, RDAI 2000, S. 153.

bei der Vorbereitung des „Silver Book" zugunsten des Auftraggebers Abstand vom traditionellen „fair and balanced risk sharing" genommen. Doch es können Sonderbedingungen benutzt werden, um wieder eine ausgewogenere Vertragsbasis herzustellen. Nichtsdestotrotz existiert nun auf dem internationalen Anlagenmarkt ein Mustervertrag, der für Auftragnehmer eine unvorteilhafte Risikoverteilung vorsieht[284].

Im Jahre 1999 hat die FIDIC zwei weitere Mustervertäge veröffentlicht, nämlich:

- Das „Red Book": Conditions of Contract for Construction (for Building and Engineering Works designed by the Employer)[285];

- Das „Green Book": Short Form of Contract[286].

Mit diesen neuen Veröffentlichungen[287] ist der sog. „FIDIC Rainbow" nun komplett und bietet Auftraggebern und Auftragnehmern auf dem internationalen Anlagenmarkt eine vielfältige Palette von Musterverträgen, die nach Art der Projekte ausgewählt werden können.

2. Die ORGALIME-Bedingungen

ORGALIME[288] (Organisme de Liaison des Industries Mecaniques, Electriques, Electroniques et Metalliques Européennes) wurde im

[284] Vgl. die negativen Äußerungen der europäischen Verbände EIC (The European International Contractors) und ORGALIME (Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes) zu mehreren Klauseln des „Silver Book" (siehe hierzu den Abschnitt "*Aknowledgements*" in der Einführung zum „Silver Book").

[285] Erste Auflage 1999. Das rote Buch kommt hauptsächlich für Bauprojekte in Betracht und entspricht insofern im deutschen Bereich in etwa der VOB. Zum allgemeinen Vergleich zwischen FIDIC Bauvertragsbedingungen und VOB, siehe *Goedel*, Die FIDIC-Bauvertragsbedingungen im internationalen Baurecht - Ein Vergleich zur VOB, RIW 1982, S. 81 ff.

[286] Erste Auflage 1999.

[287] Für eine gründliche und aktuelle Analyse der neueren FIDIC Musterbedingungen, siehe *Mallmann*, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen.

[288] ORGALIME, Diamant Building, 80 Boulevard Auguste Reyers, 1030 Brussels, Belgien.

Jahre 1954 gegründet und zählt heute 30 europäische Verbände und 100 000 Firmen zu seinen Mitgliedern[289].

Diese Organisation hat bis jetzt 20 Veröffentlichungen herausgegeben, die von der „ORGALIME Legal Affairs Working Group" bearbeitet wurden. Diese Veröffentlichungen werden regelmäßig verbessert und erweitert, um so die Entwicklungen der nationalen und europäischen Gesetzgebung zu berücksichtigen. Wie ORGALIME selbst zu sagen pflegt, vertritt sie sowohl die Interessen der Käufer, wie auch die der Verkäufer. In ihren Musterverträgen findet sich eine ausgewogene Berücksichtigung der beiderseitigen Industrieinteressen.

Unter den verschiedenen ORGALIME-Veröffentlichungen kommen für eine Anwendung auf Industrieanlagenprojekte zunächst die „General Conditions S2000 for the Supply of Mechanical, Electrical and Electronic Products" in Betracht[290]. Die erste Auflage dieser Bedingungen wurde im Jahre 1992 herausgegeben und es wurden laut ORGALIME 530 000 Exemplare in sechs verschiedenen Sprachen verkauft[291]. Praktisch ist im Zusammenhang mit der Benutzung dieser Bedingungen der „Guide S2000"[292], in dem die verschiedenen Klauseln der Bedingungen erklärt werden und eine Information über ihre Auslegung erfolgt. Viel geeigneter für Anlagenverträge sind allerdings die „General Conditions for the Supply and Erection of Mechanical and Associated Electronic Products"[293], da sie alle im Zusammenhang mit der Errichtung einer Anlage zu erwartenden Probleme abdecken. Diese Bedingungen enthalten insbesondere umfangreichere Regelungen zum Abnahmeverfahren.

Schließlich ist das „Model Form of Consortium Agreement"[294] zu erwähnen. Dieser Musterkonsortialvertrag bietet eine exzellente Grundlage für Firmen, die zwecks Verwirklichung eines Großprojektes einen Zusammenschluss beabsichtigen. Wichtige Aspekte der Konsortialbeziehungen, wie Entscheidungsmacht des Feder-

[289] Mehr hierzu auf der ORGALIME Website (http://www.orgalime.org/).
[290] Zweite Auflage, 2000.
[291] Mehr hierzu auf der ORGALIME Website (http://www.orgalime.org/).
[292] Erste Auflage, 2000.
[293] Erste Auflage, 1994.
[294] Erste Auflage, 1995.

führers oder Haftung der Konsorten gegenüber dem Kunden und Dritten, werden ausführlich behandelt.

3. Die EIC-Bedingungen

Der Europäische Verband „European International Contractors"[295] vertritt 16 im Bereich des Bau- und Anlagengeschäfts tätige Verbände aus 15 Europäischen Ländern und verteidigt die Interessen der europäischen Bau- und Anlagenindustrie auf der internationalen Bühne[296].

Von großer Relevanz für Industrienlagenprojekte ist der im Jahre 1994 herausgegebenen „EIC Turnkey Contract – Conditions of Contract for Design and Construct Projects"[297]. Wie bereits sein Name verrät, ist dieser Mustervertrag zur Verwendung auf Projekte zur Errichtung von schlüsselfertigen Anlagen gedacht. Aus diesem Grund sieht dieser Vertragsentwurf vor, dass der Auftragnehmer mit der gesamten Planung und Errichtung der Anlage beauftragt wird. Wie bei Standardverträgen, die speziell für die Abwicklung von Großprojekten entwickelt werden, üblich, befaßt sich der „EIC Turnkey Contract" gründlich mit der Verteilung der Projektrisiken zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Er berücksichtigt dabei alle wichtigen Gebiete des Anlagengeschäfts.

Obwohl es sich nicht um einen Standardvertrag handelt, so ist der dem FIDIC „Silver Book"[298] gewidmete EIC-Kommentar (EIC Contractor´s Guide to the FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects)[299] dennoch von immenser Bedeutung im Anlagengeschäft. In diesem sehr detaillierten Kommentar werden praktisch alle Klauseln des FIDIC „Silver Book" unter einem sehr kritischen Blickwinkel analysiert. Der Kommentar erläutert weiterhin eingehend alle potentiellen Risiken des „Silver Book" und gibt Auftragnehmern wertvolle Ratschläge im Hinblick auf Verhandlungen mit ihren Kunden.

---

[295] EIC, Kurfürstenstraße 129, 10785 Berlin, Deutschland.
[296] Mehr hierzu auf der EIC Website (http://www.eicontractors.de/).
[297] Erste Auflage, 1994.
[298] Zum FIDIC „Silver Book", siehe oben auf S. 111.
[299] Erste Auflage, 2000.

4. Die Weltbank-Bedingungen

Im Jahre 1944 gegründet, ist die Weltbank[300] mit ihren derzeitigen Niederlassungen in einhundert Ländern die größte Organisation der Welt im Bereich der Entwicklungshilfe[301]. Ihr erklärtes Hauptziel ist es, die Armut weltweit dauerhaft zu bekämpfen. Um dieses Ziel zu erreichen, finanziert die Weltbank internationale Großprojekte, die zur Erweiterung benötigter Infrastrukturen in Entwicklungsländern beitragen.

Für Projekte, die auf eine Finanzierung durch die Weltbank angewiesen sind, hat die Weltbank eine Serie von Standardunterlagen ausgearbeitet, die als Ausschreibungsmaterial benutzt werden müssen. Beispiele solcher Standardunterlagen sind die „Standard Bidding Documents for the Procurement of Goods"[302] oder die „Standard Bidding Documents for the Procurement of Works"[303].

Besonders bedeutend für das vorliegende Thema sind die „Standard Bidding Documents for the Supply and Installation of Plant and Equipment"[304]. Laut der Einführung dieser Standardausschreibungsunterlagen sind sie insbesondere für Projekte geeignet, welche die Lieferung, Errichtung und Inbetriebnahme von Industrieanlagen im Bereich Energie und Telekommunikation vorsehen. Diese Unterlagen bestehen nicht nur aus Vertragsbedingungen, sondern enthalten ferner alle im Ausschreibungsverfahren benötigten Unterlagen, wie die „Invitation for Bids" oder die „Instructions to Bidders".

Was die Vertragsbedingungen angeht, so gibt es zunächst die „General Conditions of Contract", die weder vom Auftraggeber noch vom Auftragnehmer geändert werden dürfen, und weiterhin die „Special Conditions of Contract", die zur Beschreibung der Besonderheiten des Projekts benutzt werden sollen.

---

[300] The World Bank, 1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, USA.
[301] Mehr hierzu auf der Weltbank Website (http://www.worldbank.org/).
[302] Erste Auflage, 1995.
[303] Erste Auflage, 2000.
[304] Erste Auflage, 1997.

Interessanterweise beruhen die „General Conditions of Contract" auf dem „Model Form of International Contract for Process Plant Construction"[305], das im Jahre 1992 von der „Engineering Advancement Association of Japan" veröffentlicht wurde[306]. Da dieser Mustervertrag für schlüsselfertige Großprojekte entwickelt wurde, bildet er eine sehr ausführliche vertragliche Basis. Mit 43 Klauseln auf 158 Seiten decken die „General Conditions of Contract" alle traditionellen Aspekte des Anlagengeschäfts ab. Neben den üblichen Klauseln, wie Suspendierung oder Leistungsgarantien, ist besonders das Kapitel „G: Risk Distribution" der Allgemeinen Bedingungen interessant, da es alle Hauptthemen der Risikoverteilung in einem typischen Großprojekt (*„Care of the Facilities"*, *„Change in Laws"*, *„Unforeseen Conditions"*, usw.) ausführlich behandelt.

§ 4 Der Einfluss privater Projektfinanzierung auf die Gestaltung von internationalen Industrieanlagenverträgen

In den letzten Jahrzehnten hat sich im Bereich des internationalen Anlagenbaus eine neue Tendenz abgezeichnet, nämlich die Entwicklung von Großprojekten durch private Investoren[307]. Zwar ist das Phänomen nicht völlig neu, da bereits im 19. Jahrhundert einige Großprojekte (z.B. Eisenbahnen) mit Hilfe privater Finanzierung entwickelt wurden[308]. Seit Anfang der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts kann aber von einer Explosion solcher Projekte, insbesondere in Entwicklungsländern, gesprochen werden[309].

Diese Projekte sind jedoch nicht auf Entwicklungsländer beschränkt. Auch in industrialisierten Ländern wie Großbritannien, Japan oder

[305] Über diesen Standardvertrag, siehe *Huse*, a.a.O., S. 641 ff.
[306] Siehe hierzu die Einführung zu den Weltbank "Standard Bidding Documents", S. iv.
[307] *Scheibel*, Projektfinanzierung: BOT – und Konzessionsgesetzgebung, RIW 1996, S. 373 ff.
[308] *Nicklisch*, in: Rechtsfragen Privafinanzierter Projekte, S. 7.
[309] Siehe hierzu *Le Goff,* A new standard for international turnkey construction contracts: The FIDIC Silver Book, RDAI 2000, S. 151 ff.

Deutschland ist es in den letzten Jahren zu einer starken Ausbreitung privatfinanzierter Projekte gekommen[310].

Auch die Vereinten Nationen haben im Jahre 2001 durch die Veröffentlichung von Richtlinien zur Gesetzgebung im Bereich privatfinanzierter Infrastrukturprojekte gezeigt, dass sie diese Thematik ernst nehmen[311].

Das oben erläuterte Phänomen hat zu einer deutlichen Änderung der üblichen Geschäftsregeln geführt und verlangt deshalb eine völlig neue projektbezogene Risikobetrachtung seitens des Anlagenunternehmers. Die Darstellung des internationalen Anlagenvertrages wäre ohne Exkurs zu der Problematik privater Projektfinanzierung unvollständig, nicht nur weil derartige privatfinanzierte Projekte derzeit einen deutlichen Anteil des internationalen Anlagengeschäfts darstellen, sondern auch weil sie für das Kernthema dieser Arbeit von großer Bedeutung sind.

I. Überblick über die Struktur privatfinanzierter Industrieanlagenprojekte

1. Allgemeine Betrachtungen

Privatfinanzierte Großprojekte folgen in der Regel dem BOT (Build-Operate-Transfer)-Modell[312]. Private Investoren übernehmen die Verantwortung für die Errichtung, den Betrieb und die nach einigen Jahren erfolgende Übergabe der Anlage an den öffentlichen Sektor. Neben dem klassischen BOT-Modell existieren weitere relevante Regelungen, wie etwa der BOO (Build-Own-Operate) oder der BLT (Build-Lease-Transfer) [313]. Im Rahmen dieser Modelle

---

[310] Siehe hierzu *Levine/Seewald,* Privatfinanzierte Daseinsvorsorge in Großbritannien: PFI – The Private Finance Initiative, RIW 2000, S. 274 ff.; *Wilde Sapte*, Can PFI blossom in Japan?, Wilde Sapte Law, 1999, S. 8 ff.; *Pahl,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 23 ff.; *Dorner,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 75 ff.

[311] *De Cazalet/Crothers,* Présentation du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, RDAI 2001, S. 699 ff.

[312] *Nicklisch*, BOT-Projekte: Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung, BB 1998, S. 2; *Glavinis*, Le contrat international de construction, S. 252.

[313] Zu den verschiedenen Varianten, siehe *Huse*, Understanding and negotiating turnkey contracts, S. 8 ff.; *Dorner,* a.a.O., S. 76; *Wilde Sapte,* Project finance, S. 1.

werden jedoch weitestegehend dieselben Grundproblematiken behandelt, wie z. B. die Entwicklung des Projekts durch private Initiative in Kooperation mit der öffentlichen Hand.

Die immense Entwicklung im Bereich der privatfinanzierten Großprojekte ist u.a. darauf zurückzuführen, dass viele Länder eine gewisse Deregulierung oder Privatisierung von Monopolstellungen ermöglicht haben. Dies ist insbesondere im Gebiet der Energieversorgung auffällig[314]. Viele Entwicklungsländer haben in den letzten Jahren ihre Gesetzgebung geändert, um den Betrieb von Kraftwerken durch private Gesellschaften zu fördern. Dadurch erspart sich der Staat signifikante Summen, die er an anderer Stelle für die Entwicklung des Landes verwenden kann. Somit können innerhalb eines Landes wichtige Infrastrukturmaßnahmen ohne Inanspruchnahme Öffentlicher Finanzen abgewickelt werden. Gleichzeitig wird die Effizienz von Einrichtungen stark erhöht, da private Investoren mehr Wert auf Rentabilität und moderne Technik legen[315].

Privatfinanzierte Großprojekte bringen aber nicht nur Vorteile mit sich. So notwendig sie auch sein mögen, führen solche Projekte für den jeweiligen Staat doch zu einem Transfer seiner öffentlichen Autorität auf private Investoren, was nicht immer vollständig mit der politischen Orientierung eines Staates zu vereinbaren ist.

Für die privaten Investoren bergen diese Projekte wegen ihres längerfristigen Charakters ein großes Risikopotential. Private Investoren müssen die Anlage über einen langen Zeitraum hinweg betreiben -mindestens 12, in der Regel aber 15 bzw. 18 Jahre- damit ihre Investition rentabel wird. Um sicherzustellen, dass das Projekt auf Dauer wirtschaftlich sinnvoll ist, müssen Investoren daher viel Zeit und Geld in Markt- und Rentabilitätsstudien (sog. „*feasibility study*") investieren[316].

---

[314] Siehe hierzu die detaillierte Studie bei *Blanchard,* Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les états en développement, RDAI 1998, S. 417 ff.

[315] Siehe hierzu *Huse,* a.a.O., S. 9.

[316] Zu den üblichen Durchführbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsstudien bei BOT-Projekten, siehe *Dorner,* a.a.O., S. 78 ff.; *Nevitt/Fabozzi,* Project Financing, S. 12 ff.; *Trost*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 92 und 93.

Hinzu kommt, dass der wirtschaftliche Zustand und die zukünftige politische Stabilität des Gastgeberlandes ebenfalls durch detaillierte *due diligence*-Studien erforscht werden müssen. Dies führt dazu, dass allein die Entwicklungskosten solcher Projekte mehrere Millionen Euro betragen. Wenn auf der Grundlage der Ergebnisse der verschiedenen Markt- und Rentabilitätsstudien die Entscheidung getroffen wird, das betreffende Projekt nicht fortzuführen, so stellen diese Entwicklungskosten reine Verluste dar. Dies erklärt, warum sich der Boom privatfinanzierter Projekte in den letzten Monaten etwas gelegt hat.

Am Zustandekommen privatfinanzierter Großprojekte muss eine Vielzahl von Personen mitwirken und es müssen viele Verträge ausgearbeitet und unterschrieben werden. Die nun folgende Beschreibung der wichtigsten Protagonisten und Projektverträge soll einen Überblick über die rechtliche Struktur solcher Projekte geben.

Diese Darstellung orientiert sich am Beispiel der privaten Finanzierung eines Kraftwerks nach dem BOT-Modell[317].

2. Die Projektteilnehmer

In einem typischen BOT-Projekt zur Errichtung eines Kraftwerks tauchen zahlreiche Teilnehmer auf[318]:

- Der Staat

Ohne Impulse vom Staat kann ein BOT-Projekt kaum in Gang gesetzt werden. Zunächst muss der Staat sicherstellen, dass die lokale Gesetzgebung BOT-Projekte erlaubt und regelt.

Zusätzlich wird der Staat gewisse Maßnahmen treffen oder veranlassen müssen, um private Investoren anzulocken. Eine solche

---

[317] Für konkrete Beispiele von BOT-Projekten, siehe *Ganem*, Grands projets internationaux au jour le jour, De "Laibin B" et de quelques autres projets d'énergie en Chine, RDAI, No. 3, 1997, S. 413 ff/No. 4, 1997, S. 535 ff./No. 5, 1997/ No. 8, 1997, S. 1047 ff.; *Bied-Charreton/Musson,* La dissociation du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite de grands projets industriels: nouvelles approches, RDAI 1992, S. 36 ff.

[318] Allgemein zu den beteiligten Parteien, siehe *Scheibel*, a.a.O., S. 375 ff.; *Wilde Sapte,* Project finance, S. 3 ff.; *Glavinis*, Le contrat international de construction, S. 253 ff.

Maßnahme kann z. B. die Steuerbefreiung des Projekts sein. Im Falle eines Energieversorgungsprojekts kommt den Ministerien für Energie, Bau und Planung, sowie den Investitionen eine Hauptrolle zu, insbesondere in Bezug auf die Erteilung der projektbezogenen Genehmigungen.

- Die Investoren

Die Investoren, in der BOT-Terminologie auch *„Developers"* oder *„Sponsors"* genannt, sind für die Planung, Errichtung und das Betreiben der Anlage sowie für die Suche nach einer passenden Finanzierung verantwortlich. Meistens handelt es sich bei den Investoren um private Kraftwerksbetreiber (sog. „private utilities") oder Energiekonzerne[319], die im Ausland investieren wollen.

Zu den Investoren können auch große internationale Anlagenbau-konzerne[320] zählen, die in dem Projekt eine Chance sehen, als Betreiber einer Energieanlage eine Investition zu tätigen und gleichzeitig den Absatz von Konzernprodukten zu fördern[321].

- Die Projektgesellschaft

Projektgesellschaften, die auch unter dem Begriff *„Special Purpose Company"* bekannt sind, werden durch die Investoren spezifisch für das BOT-Projekt im jeweiligen Gastgeberland gegründet.

Meistens wird die Projektgesellschaft in Form einer *„limited liability company"* auftreten, in der die Investoren die Aktionäre/Anteils-eigner werden. Sie ist also eine juristische Person, mittels welcher die Investoren das Projekt lokal durchführen werden. Aus diesem Grund wird die Projektgesellschaft direkt an allen wichtigen Verträgen beteiligt[322]. Sie wird bis zum Ende der Konzession Eigentümerin der Energieanlage.

---

[319] Zum Beispiel Bechtel in den USA, Tractebel in Belgium.
[320] Zum Beispiel Technip in Frankreich oder Mitsubishi in Japan.
[321] *Hesse,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 31 ff.
[322] Allgemein zur Rolle der Projektgesellschaft, siehe *Nicklisch*, in: Rechtsfragen Privafinanzierter Projekte, S. 10 ff.; *Loncle*, Grands projets d'infrastructures: Le montage Build, Operate, Transfer (BOT), RDAI 1997, S. 950 ff.

Im Anlagenvertrag wird die Projektgesellschaft meistens „*Owner*" oder auch „*Employer*" genannt.

- Der lokale Energieversorger (Netzbetreiber)

Neben dem Staat und den betroffenen Ministerien ist auch der öffentliche Energieversorger[323] in ein solches Projekt involviert. Dieser verfügt zumeist über eine Monopolstellung im Gastgeberland.

Der Energieversorger spielt insofern eine wichtige Rolle, als sein existierendes Netz für den Stromvertrieb benutzt wird. Darüber hinaus verpflichtet sich der Energieversorger gegenüber der Projektgesellschaft den produzierten Strom zu kaufen.

- Der Anlagenunternehmer

Wichtigster Bestandteil eines Energieprojekts ist selbstverständlich die Energieanlage selbst. Aus diesem Grund spielt der Anlagenunternehmer eine wichtige Rolle. Seine Aufgabe besteht darin, die Energieanlage zu planen („*Engineering*"), die Teile für den Bau der Anlage zu produzieren bzw. von Subunternehmern herstellen zu lassen („*Procurement*") und die Anlage zu errichten („*Construction*").

Aufgrund dieser drei Facetten (*Engineering*, *Procurement*, *Construction*) seines Aufgabenbereiches wird der Anlagenunternehmer in der klassischen internationalen BOT-Terminologie als „*EPC Contractor*" bezeichnet.

- Der Kreditgeber

Es versteht sich von selbst, dass ein privatfinanziertes Großprojekt die Beteiligung von Banken („*Lenders*") verlangt, welche die Kredite für die Finanzierung des Projekts erteilen[324].

---

[323] Zum Beispiel Comisión Federal de Electricidad (CFE) in Mexico, Société Tunisienne de l'Electricité et du Gaz (STEG) in Tunisien, Electricity of Vietnam (EVN) in Vietnam oder auch Natsionalna Elektricheska Kompania (NEK) in Bulgarien.

[324] Zur Rolle der Banken bei privatfinanzierten Großprojekten, siehe *Willms*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 69 ff.; *Schroth*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 81 ff.; *Trost*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 89 ff.

Aufgrund der hohen Summen, die für die Finanzierung der Errichtung eines Kraftwerks benötigt werden, wird in dieser Hinsicht meistens nicht nur eine Bank, sondern ein Pool von Banken involviert sein, die sich jeweils durch einen Federführer („*Lenders' agent*") vertreten lassen.

- Die Exportkreditversicherungsinstitute

Es gibt kaum Banken, die zur Finanzierung eines Großprojekts bereit sind, wenn nicht ein Exportkreditversicherungsinstitut („*Export Credit Agency*")[325] eine Deckung für den Fall des Ausbleibens der Rückzahlung des Darlehens aufgrund politischer Risiken anbietet[326].

Zu diesen, durch einen Kreditversicherungsvertrag abgesicherten, politischen Risiken zählen Ereignisse wie beispielsweise Krieg oder Enteignung.

- Der Rohstoffzulieferer

Ohne Rohstoffe kann ein Kraftwerk nicht funktionieren. Je nach Art des Kraftwerks müssen entweder Gas (für „*combined cycle power plants*") oder Kohle (für „*fossil fired power plants*") geliefert werden. Für die Dauer der Konzession soll diese Aufgabe der Rohstoffzulieferer (sog. „*gas supplier*" oder „*coal supplier*") übernehmen.

- Der Wartungs- und Unterhaltungsunternehmer

Da die Konzession für das Betreiben des Kraftwerks in der Regel für 12 bis 20 Jahre gilt, muss das Kraftwerk in regelmäßigen Intervallen Wartungskontrollen unterzogen werden, damit Verschleißteile der Anlage rechtzeitig ersetzt und sensitive Teile (Turbine, Kessel, Generator) geprüft werden.

---

[325] Zum Beispiel Hermes in Deutschland, Coface in Frankreich oder ECGD in England.

[326] Zur Rolle von Exportkreditversicherungsinstituten bei BOT-Projekten, siehe *Wilde Sapte,* Project finance, S. 83 ff.; *Vadcar*, Les systèmes de financement et de garantie du commerce international: les nouveaux enjeux, DPCI 1996, S. 129 ff.; *Nevitt/Fabozzi,* Project Financing, S. 69 ff.; *Trost*, a.a.O., S. 90 ff.

Die Projektgesellschaft verfügt normalerweise weder über die Kompetenz, noch über die Ausrüstung, um solche Wartungs- bzw. Unterhaltungsarbeiten durchzuführen. Sie wird sich deshalb an einen Unternehmer wenden, der diese Aufgabe für die Dauer der Konzession übernimmt. Dieser *„maintenance contractor"* ist in der Regel dieselbe Firma, die das Kraftwerk auch errichtet hat.

- Die Beratungsunternehmen

Privatfinanzierte Großprojekte sind eine wahre *„gold mine"* für Berater aller erdenklichen Branchen.

Oft wird von den Investoren ein Ingenieurbüro (*„Owner's engineer"*)[327] eingesetzt, das die Investoren bei den technischen Besprechungen mit dem Anlagenunternehmer unterstützen soll.

Ein Ingenieurbüro wird ebenfalls seitens der Banken eingeschaltet. Es hat die Aufgabe, die Richtigkeit und Notwendigkeit der zwischen den Investoren und dem Anlagenunternehmer abgestimmten technischen Aufgaben zu überprüfen (sog. *„Lenders' engineer"*)[328]. Insbesondere muss der *Lenders' engineer* die Banken dann informieren, wenn Teile des Kraftwerks Prototypen sind, damit die Banken die daraus resultierenden Risiken einplanen können.

Möglicherweise werden die Investoren darüber hinaus einen Finanzierungsberater einsetzen, der die Beziehungen der Investoren zu den verschiedenen Banken und Exportkreditversicherungsinstituten koordiniert. Der Finanzierungsberater soll u.a. an der Vorbereitung der Finanzierungsstudie (*„financial models"*) aktiv mitwirken. Als Rechtsberater wird von den Investoren in der Regel eine Anwaltskanzlei[329] eingeschaltet, welche die Aufgabe hat, die verschiedenen Projektverträge vorzubereiten und mit den jeweiligen Ansprechpartnern zu verhandeln. Die Banken lassen sich bei der Vorbereitung der Kreditverträge ebenfalls durch Anwaltskanzleien beraten.

Die lange Liste der Personen, deren Beteiligung bei einem privatfinanzierten Projekt unentbehrlich ist, verdeutlicht, dass solche

[327] Zum Beispiel Black & Veatch oder Lahmeyer International.
[328] Ausführlich hierzu: *Fichtner*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 29 ff.
[329] Dabei handelt es sich oft um große amerikanische oder englische Kanzleien.

Projekte recht komplex sind. Ein weiterer Beleg dieser Komplexität ist die immense Anzahl der benötigten Projektverträge.

3. Die Projektverträge

Die einzelnen Projektverträge eines privatfinanzierten Projekts sind stark miteinander verknüpft[330]. Fehlt einer der Projektverträge, so kann das Projekt nicht weiterlaufen.

- Die Konzession (*operating license*)

Je nach Land und zuständigem Ministerium, kann die Konzession für die Anlage die Form einer Investitionslizenz oder einer Betreiberlizenz haben. Weiterhin kann die Konzession auch im Rahmen einer Konzessionsvereinbarung erteilt werden[331]. Diese Konzession steht sozusagen „an der Spitze der Pyramide" der Projektverträge[332]. Sie gibt der Projektgesellschaft das Recht, das Kraftwerk für eine bestimmte Periode als privater Energieversorger zu betreiben.

- Der BOT-Vertrag (*BOT-contract*)

Durch diesen Vertrag werden zwischen dem zuständigen Ministerium (normalerweise dem Energieministerium) und den Investoren die Grundprinzipien des BOT-Projekts festgeschrieben. Unter anderem werden in diesem Vertrag die Dauer des Projekts, sowie die Gründung der Projektgesellschaft festgelegt.

Wichtig für die Investoren ist die Auflistung der Maßnahmen, die das zuständige Ministerium treffen wird, um die Investoren bei der Entwicklung des Projekts zu unterstützen. Hier werden die Investoren insbesondere darauf aufpassen müssen, dass das zuständige Ministerium bei den verschiedenen Genehmigungsverfahren aktiv mitwirkt, damit die zahlreichen projektbezogenen Genehmigungen (etwa *„building permit"*, *„zoning permit"*, *„environmental permit"*,

---

[330] Allgemein zu den verschiedenen Projektverträgen, siehe *Huse*, a.a.O., S. 446 ff.

[331] Zum Konzessionsvertrag bei BOT-Projekten, siehe *Herdegen,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 41 ff.

[332] Zu Recht spricht *Nicklisch* in diesem Zusammenhang von einem "Umbrella Contract" (*Nicklisch*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 5 ff.).

usw.) von den jeweiligen zuständigen Ministerien (Umweltministerium, Ministerium für Bauwesen, usw.) auch erteilt werden.

- Der Gesellschaftervertrag („*Shareholders' Agreement*")

Mit diesem Vertrag legen die Investoren ihre Kapitalbeteiligung an der Projektgesellschaft, sowie ihre Rechte und Verpflichtungen im Rahmen der Führung der Gesellschaft fest[333].

- Der Abnahmevertrag („*Power Purchase Agreement*")

Für die Projektgesellschaft ist es äußerst wichtig sicherzustellen, dass sie für die Periode der Konzession den erzeugten Strom zu einem gewissen Preis verkaufen kann. Im Abnahmevertrag verpflichtet sich der lokale öffentliche Energieversorger den Strom für die Dauer der Konzession zu einem vertraglich vereinbarten Preis zu kaufen[334].

Im Gegenzug übernimmt die Projektgesellschaft eine Haftung in Form von Vertragsstrafen dafür, dass die Anlage zum garantierten Datum fertiggestellt ist (Verzugsrisiko) und die erwartete Stromkapazität während der Laufzeit der Konzession tatsächlich geliefert wird (Verfügbarkeitsrisiko).

- Die Rohstoff-Belieferungsverträge
  („*Raw material supply agreements*")

Die Projektgesellschaft muss dafür sorgen, dass sie für die Dauer der Konzession die für das Funktionieren des Kraftwerks nötigen Rohstoffe (Gas, Kohle, Kalkstein, etc.) zu einem bestimmten Preis erwerben kann[335].

Dies wird -je nach der Art des Treibstoffs- in einem „*Gas Supply Agreement*", „*Coal Supply Agreement*", „*Water Supply Agreement*" oder auch „*Limestone Supply Agreement*" geregelt.

---

[333] Zum Gesellschaftervertrag bei BOT-Projekten, siehe *Dorner*, a.a.O., S. 83 ff.
[334] Zum Abnahmevertrag bei BOT-Projekten, siehe *Beardsworth,* in: Project Financing, S. 93 ff.
[335] Zu den Rohstoff-Belieferungsverträgen bei BOT-Projekten, siehe *Blanchard,* a.a.O., S. 435 ff.

- Der Anlagenvertrag („*EPC Contract*")

Neben dem Abnahmevertrag ist der Anlagenvertrag für die Projektgesellschaft als Kernvertrag zu betrachten. In diesem Vertrag muss die Projektgesellschaft im Hinblick auf die Bedingungen des Abnahmevertrags sicherstellen, dass der Anlagenunternehmer das Kraftwerk rechtzeitig und mit den garantierten technischen Eigenschaften errichten wird. Ansonsten wird die Projektgesellschaft nicht in der Lage sein, ihren Verpflichtungen gegenüber dem lokalen Energieversorger nachzukommen[336].

- Der Wartungs- und Unterhaltungsvertrag („*Maintenance Agreement*")

Hier handelt es sich um den Vertrag, der zwischen der Projektgesellschaft und dem Wartungs- bzw. Unterhaltungsunternehmer abgeschlossen wird[337]. Seine Laufzeit beschränkt sich in der Regel auf die Dauer der Konzession. Da dieser Vertrag normalerweise gleichzeitig mit dem Anlagenvertrag unterzeichnet wird, aber erst nach Übernahme des Kraftwerks oder sogar nach Ende der Gewährleistungsperiode in Kraft treten soll, müssen besondere Regelungen getroffen werden um das Dauerrechtsverhältnis unter Kontrolle zu halten. Die Aufnahme einer Preisgleitklausel gilt diesbezüglich als wichtigste Regelung.

- Die Kreditverträge („*Financing Agreements*")

Diese Verträge legen die Bedingungen fest, unter denen die Banken bereit sind, den Investoren und der Projektgesellschaft Geld zu leihen. In diesen Verträgen werden Höhe und Laufzeit des Darlehens, sowie die fälligen Zinsen festgesetzt[338].

Eine Besonderheit der Kreditverträge im Rahmen privatfinanzierter Projekte ist die Erteilung von sog. „*step-in-rights*" zugunsten der

---

[336] Zum Anlagenvertrag bei BOT-Projekten, siehe *de Cazalet*, Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer), RDAI 1998, S. 405 ff.; *Loncle*, Grands projets d'infrastructures: Le montage Build, Operate, Transfer (BOT), RDAI 1997, S. 957 ff.

[337] Zum Wartungs- und Unterhaltungsvertrag bei BOT-Projekten, siehe *Wilde Sapte,* Project finance: The guide to financing build-operate-transfer projects, S. 9 ff.

[338] Zum Kreditvertrag bei BOT-Projekten, siehe *Dorner*, a.a.O., S. 85 ff.

Banken[339]. Sollte die Projektgesellschaft nicht mehr imstande sein das Darlehen zurückzuzahlen (sog. „*event of default*"), können die Banken das Projekt direkt anstelle der Projektgesellschaft übernehmen[340].

- Der Direktvertrag („*Direct Agreement*")

Die in den Kreditverträgen vorgesehenen „*step-in-rights*" der Banken müssen auch gegenüber dem Anlagenunternehmer wirksam sein, damit die Rechte der Projektgesellschaft aus dem Anlagenvertrag an die Banken übertragen werden können. Dazu dient ein „*Direct Agreement*", das zwischen den Banken, dem Anlagenunternehmer und der Projektgesellschaft geschlossen wird[341]. In diesem Direktvertrag akzeptiert der Anlagenunternehmer im Vorfeld einen Transfer des Anlagenvertrages an die Banken bzw. an die neue, von den Banken designierte Projektgesellschaft.

Darüber hinaus wird im Direktvertrag typischerweise vereinbart, dass der Anlagenunternehmer den Anlagenvertrag nicht kündigen darf, ohne den Banken die Möglichkeit zu geben, den Kündigungsgrund zu beseitigen.

- Andere Projektverträge

Zusätzlich zu den bereits aufgelisteten Projektverträgen wird eine Vielzahl anderer Verträge geschlossen. Ist z.B. die Projektgesellschaft nicht Eigentümer des Baugrundstücks, so muss ein Mietvertrag unterzeichnet werden, in welchem der Projektgesellschaft die Nutzung des Grundstücks für die Dauer der Konzession erteilt wird (sog. „*land Lease Agreement*"). Als weiteres Beispiel sind die Beratungsverträge zu nennen, die mit den verschiedenen Projektberatern abgeschlossen werden.

Die Auflistung der verschiedenen Verträge im Rahmen eines Großprojekts auf privatfinanzierter Basis zeigt, dass die rechtliche

---

[339] Ausführlich zur Funktion und Umfang von "step-in-rights": *Arnheim*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 128 ff.
[340] Siehe hierzu *Loncle*, Le transfert des risques des projets PFI, RDAI 1997, S. 149; *Hill,* PFI procurement, Building, S. 58.
[341] Zum Direktvertrag bei BOT-Projekten, siehe *Wilde Sapte,* Project finance, S. 127 ff.; *Arnheim*, a.a.O., S. 131 ff.

Struktur solcher Projekte äußerst kompliziert ist und sich zusätzlich dadurch verkompliziert, dass es zwischen den verschiedenen Verträgen eine gewisse Verflechtung gibt[342]. Die deutsche Dogmatik bezeichnet dies treffend als „hierarchisch-pyramidales System"[343]. Eine Störung bei der Abwicklung einer der Projektverträge kann folglich Auswirkungen auf das gesamte Projekt haben[344]. Dies führt dazu, dass der Anlagenvertrag Besonderheiten aufweist, die bei traditionellen Projekten nicht auftreten.

II. Besonderheiten des privatfinanzierten Industrieanlagenprojekts

Die meisten Veröffentlichungen im Bereich des Anlagenbaus beschreiben die traditionellen Aspekte des Anlagenvertrages. Ebenfalls ist festzustellen, dass sich die seltenen Veröffentlichungen über privatfinanzierte Großprojekte lediglich auf die allgemeinen Fragen der rechtlichen Struktur solcher Projekte konzentrieren. Bedauerlicherweise wird selten erörtert, inwieweit die private Finanzierung des Projekts die Gestaltung des Anlagenvertrages beeinflusst.

Ziel dieses Abschnitts ist es diese Lücke zu schließen, um so eine fundierte Grundlage für den Vergleich des Vertragsstrafenrisikos bei traditionellen und privatfinanzierten Anlagenprojekten zu schaffen.

1. Das hohe Potential an Interessenkollision

Ein traditionelles Energieversorgungsgroßprojekt spielt sich hauptsächlich zwischen einem Anlagenunternehmer und einem privaten oder öffentlichen Energieversorger ab. Die Parteieninteressen sind relativ klar und einfach zu identifizieren: Der Anlagenunternehmer will die Energieanlage mit möglichst hohem Gewinn bauen und der Energieversorger will eine funktio-nierende Energieanlage zu einem günstigen Preis erwerben.

---

[342] *Nicklisch* spricht hier zu Recht von einem „Netzwerk komplexer Langzeitverträge" (*Nicklisch*, BOT-Projekte: Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung, BB 1998, S.4; *Nicklisch*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 5 ff.).
[343] *Börner*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 65.
[344] *Koch*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 143.

In einem privatfinanzierten Großprojekt sieht die Lage aufgrund der Vielzahl von Beteiligten etwas anders aus. Die Investoren erstreben auf Dauer möglichst hohe Erträge ihrer Investition (sog. „*return on investment*")[345]. Die Banken wollen mit möglichst geringem Risiko ihr Geld verleihen[346]. Der lokale öffentliche Energieversorger will von der Projektgesellschaft garantierte Stromlieferungen, sowie den besten Preis für den Strom erhalten.

Diese vielfältigen Zielvorstellungen, die in konträre Richtungen laufen, verursachen ein hohes Potential an Interessenkollisionen zwischen den Projektbeteiligten. Der Anlagenunternehmer steht zwischen den verschiedenen Interessen. Jeder Beteiligte versucht letztendlich, seine Risiken auf ihn abzuwälzen[347]. Der Anlagenunternehmer wird daher in einem viel größeren Maße gezwungen Risiken einzugehen, als es bei herkömmlichen Projekten der Fall ist.

2. Die Projektgesellschaft als Kunde

In einem traditionellen Vertrag zur Errichtung einer Energieanlage ist der Kunde ein renommierter privater oder öffentlicher Energieversorger[348].

Dagegen taucht bei einem privatfinanzierten Energieprojekt eine spezifisch für das Projekt gegründete Projektgesellschaft als Auftraggeber auf, die über wenig Vermögen verfügt und insofern als eine leere Hülle zu betrachten ist. Dieser Umstand stellt im Hinblick auf die Zahlung des Anlagenpreises ein immenses Risiko für den Anlagenunternehmer dar. Da bei privatfinanzierten Projekten die Sicherung der Zahlung durch Bankgarantien unüblich ist, liegt die Absicherung der Zahlung in der Unterzeichnung der Kreditverträge. Deshalb wird vom Anlagenbauer erwartet, dass die Absicherung der Finanzierung (sog. „*financial closing*") vor Beginn der Bauarbeiten abgeschlossen ist. Nur so kann der Anlagenunternehmer sicher sein, dass der Vertragspreis zum Zeitpunkt des Baubeginns tatsächlich bezahlt werden kann.

---

[345] *Huse*, a.a.O., S. 8.
[346] Siehe hierzu *Schroth*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 84 ff.
[347] *De Cazalet*, a.a.O., S. 411.
[348] Zum Beispiel EDF in Frankreich, RWE oder E.*on* in Deutschland.

Da es im Laufe der Konstruktionsphase zu *„change oders"* oder *„variations"* kommen kann, ist es für den Anlagenunternehmer des Weiteren von Vorteil, wenn er im Laufe der Vertragsabwicklung jederzeit den Nachweis der Zahlungsmöglichkeit verlangen kann, denn die Kreditverträge decken in der Regel lediglich den Vertragspreis inklusive limitierter Zusatzzahlungen ab[349].

3. Die limitierten Rückgriffsmöglichkeiten der Banken

In einem typischen privatfinanzierten Großprojekt werden Kreditverträge unter Regressausschluss erteilt (sog. *„limited recourse basis"* oder *„without recourse basis"*)[350]. Dies bedeutet, dass sich die Banken im Falle einer fehlenden Rückzahlung des Darlehens nur an die Projektgesellschaft -und deren erwirtschaftete Erträge- halten können, nicht jedoch an die Investoren[351]. Gewähren Banken bei Vorliegen eines „limited recourse" Kredite, verlangen sie zur Kompensation die Erteilung von signifikanten Kontrollrechten über das Projekt[352].

Zum einen beharren die Banken auf der obligatorischen Erteilung ihrer Zustimmung zum Inhalt des Anlagenvertrages als Bedingung der Finanzierung[353].

Zum anderen verlangen die Banken die Einräumung des bereits erwähnten *„step-in right"*. Aber auch im normalen Verlauf des Projekts ist eine starke Einmischung durch die Banken vorhanden. Zum Beispiel wollen die Banken bei den verschiedenen Leistungstests der Anlage anwesend sein, oder bei Mehrleistungen oder sonstigen Vertragsänderungen des Anlagenvertrages ihre Zustimmung erteilen.

---

[349] Vgl. Artikel 2.4 des FIDIC "Silver Book": *"The Employer shall submit, within 28 days after receiving any request from the Contractor, reasonable evidence that financial arrangements have been made and are being maintained which will enable the Employer to pay the Contract Price…"*.
[350] Siehe hierzu *Huse*, a.a.O., S. 450; *Arnheim*, a.a.O., S. 125.
[351] *Pahl,* a.a.O., S. 24.
[352] *Wilde Sapte,* Project finance, S. 4.
[353] Zum Einfluss der Banken auf die Vertragsgestaltung, siehe *Schroth*, a.a.O., S. 84.; *Trost*, a.a.O. S. 94 ff.

Der Anlagenunternehmer muss deshalb damit rechnen, dass die Banken ständig hinter dem Auftraggeber stehen und über eine vertragsgemäße Abwicklung der Bauarbeiten wachen.

4. Der Grundsatz der Unveränderbarkeit des Vertragspreises und des Terminplans

Die „*limited recourse*"-Basis der Kreditverträge führt dazu, dass die Sicherheit der Rückzahlung der Kredite in den Erträgen der Projektgesellschaft liegt[354]. Deswegen streben Investoren und insbesondere Banken danach, dem Anlagenunternehmer jegliche Gründe für eine Erhöhung des Vertragspreises oder eine Verlängerung des Terminplans zu entziehen, um so das Finanzierungsrisiko zu stabilisieren[355].

Diese Vorgehensweise ergibt sich ganz klar aus der Einführung zu dem neuen FIDIC „Silver Book"[356], in welchem zu lesen ist:

> *„During the recent years, it has been noticed that much of the construction market requires a form of contract where certainty of final price, and often of completion date, are of extreme importance. (…) Among such projects can be found many projects financed by private funds, where the lenders require greater certainty about the project costs(…). For such projects it is necessary for the Contractor to assume responsibility for a wider range of risks (…)".*

Eine drastische Risikoerhöhung bei privatfinanzierten Großprojekten ist dementsprechend nicht von der Hand zu weisen[357].

5. Die Abwälzung von Verpflichtungen der Projektverträge auf den Anlagenvertrag

Die Präsentation der verschiedenen Projektverträge in einem typischen privatfinanzierten Großprojekt hat gezeigt, inwieweit diese

---

[354] Siehe hierzu *Wahl,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 16; *Pahl,* a.a.O., S. 24.
[355] *Huse*, a.a.O., S. 9; *Trost*, a.a.O., S. 95 ff.
[356] Zu den FIDIC Bedingungen, siehe oben ab S. 110.
[357] Zum Thema erhöhter Projektrisiken und Risikozuordnungen bei BOT-Projekten, siehe *Nicklisch,* BOT-Projekte: Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung, BB 1998, S.5 ff.

Verträge direkt oder indirekt miteinander verbunden sind. Diese Verflechtung der Projektverträge ist im Hinblick auf die Beziehung zwischen Anlagen- und Abnahmevertrag besonders ausgeprägt[358].

Da der Abnahmevertrag detaillierte technische Daten der Anlage beinhaltet und zahlreiche Verpflichtungen enthält, welche die Projektgesellschaft ohne Mitwirkung des Anlagenunternehmers nicht erfüllen kann, versuchen Investoren und Banken systematisch, Verpflichtungen des Abnahmevertrages und anderer relevanter Projektverträge durch fantasiereiche Formulierungen[359] auf den Anlagenunternehmer abzuwälzen[360].

Dieser Versuch ist zwar verständlich, doch er sollte nicht durch lapidare „*back-to-back*"-„Zauberformeln", gemäß welchen die Projektverträge „im übrigen" gelten sollen unternommen werden[361]. Vielmehr sollten die für den Anlagenvertrag relevanten Klauseln der Projektverträge identifiziert und nach Vereinbarung zwischen dem Anlagenunternehmer und der Projektgesellschaft direkt in den Anlagenvertrag integriert werden[362].

Wenn zum Beispiel Investoren sicherstellen wollen, dass ein *Force Majeure*-Fall im Abnahmevertrag auch als *Force Majeure*-Fall im Anlagenvertrag gilt, so muss die *Force Majeure*-Klausel des Anlagenvertrages ergänzt werden. Sieht der Abnahmevertrag vor, dass der lokale öffentliche Energieversorger beim Probebetrieb der Anlage präsent ist, so muss die Anwesenheit des Energieversorgers ebenfalls im Anlagenvertrag vorgesehen werden. Alles in allem

---

[358] Siehe hierzu *Dorner,* a.a.O., S. 87.

[359] Vgl. folgende Formulierung: „*The Contractor acknowledges having received copies of the various project documents and having made himself aware of the requirements contained in such Project Documents. Contractor shall ensure that his performance of the Works under this contract shall not put Owner in default of his obligations under the project documents and Contractor shall indemnify and hold harmless Owner from any liability that could be incurred by Owner under the project documents as a result of Contractor failing to comply with the foregoing obligation*".

[360] Siehe hierzu *de Cazalet*, S. 411; *Wilde Sapte,* Project finance, S. 35.

[361] Zu den Schwächen von "*back-to-back*" Formulierungen, siehe *Nicklisch*, Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, S. 2366.

[362] Zur Problematik des "back-to-back" zwischen den verschiedenen Projektverträgen bei privatfinanzierten Anlagenprojekten, siehe *Huse*, a.a.O., S. 449 ff.

muss der Anlagenunternehmer also über einen *„stand-alone"*-Vertrag verfügen.

6. Der Bedarf nach Koordinierung von Rechtswahl und Streitbeilegung zwischen den Projektverträgen

Aufgrund der Verflechtung zwischen den verschiedenen Projektverträgen stellt sich die Frage, inwieweit eine gewisse Harmonisierung bzw. Koordinierung der Rechtswahl zwischen diesen erstrebenswert ist[363]. Bezüglich dieser Problematik ist es notwendig, zwischen zwei Kategorien von Verträgen zu unterscheiden.

Zum einen sind die Projektverträge zu nennen, die mit lokalen Partnern unterzeichnet werden. Darunter fallen in erster Linie der BOT- und der Abnahmevertrag, genauso wie die meisten Rohstoff-Belieferungsverträge. Zum anderen gibt es Projektverträge zwischen Partnern, die über das Projekt hinaus keine besonderen Beziehungen zum Gastgeberland haben. Unter diese Kategorie fallen in erster Linie der Anlagenvertrag, der Wartungs- und Unterhaltungsvertrag, sowie die Kreditverträge.

Im Rahmen der erstgenannten Art von Verträgen kann dem Rechtssystem des Gastgeberlandes kaum ausgewichen werden, da der Abnahmevertrag in der Regel mit einem staatlichen Unternehmen unterzeichnet wird. Für die zweite Kategorie von Verträgen wird meistens ein für internationale Transaktionen übliches Rechtssystem ausgewählt. In Anbetracht der Tatsache, dass viele Investoren aus dem anglo-amerikanischen Raum kommen, wird in der Regel ein *Common Law*-Rechtssystem ausgewählt[364].

Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, dass eine Harmonisierung der Rechtswahl zwischen den Projektverträgen nur für Gruppen von Verträgen realistisch und sinnvoll erscheint.

Die Koordinierung der Streitbeilegung zwischen den verschiedenen Projektverträgen ist komplexer. Die Interdependenz zwischen diesen Verträgen wirft zwangsläufig die Frage auf, inwieweit eine Konsolidierung der Schiedsgerichtsbarkeitsverfahren angebracht

---

[363] *Jayme,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 65 ff.
[364] z.B. Recht des Staates New York oder englisches Recht.

ist[365]. Aufgrund der Berührungspunkte und Schnittstellen zwischen dem Anlagenvertrag und dem Abnahmevertrag[366], kann seitens der Investoren ein Mehrparteienschiedsgerichtsverfahren erwünscht sein[367].

Zwar sind die Vorteile des Rückgriffs auf eine Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit nicht zu verleugnen: Kostenersparung, Vermeidung von Konflikten zwischen Schiedssprüchen sowie effiziente Prozessführung[368]. Die Mehrzahl der Spezialisten in diesem Gebiet unterstreichen jedoch die Komplexität und die praktischen Hindernisse dieser prozessrechtlichen Methode[369].

Dies erklärt, warum der Trend zur Schiedsverfahrenkonsolidierung in Europa noch relativ zurückhaltend ist[370].

---

[365] Siehe hierzu *Nicklisch*, BOT-Projekte: Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung, BB 1998, S.7; *Nicklisch*, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 55 ff.; *Wiegand,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 295.

[366] Ein typisches Beispiel ist der Fall, in dem ein Mangel der Anlage gleichzeitig eine Garantiehaftung des Anlagenunternehmers nach dem Anlagenvertrag und eine Garantiehaftung der Projektgesellschaft nach dem Abnahmevertrag auslöst.

[367] Vgl. folgende Formulierungen: *„Joinder: In the event that a dispute sought to be referred to arbitration arises out of or relates to essentially the same facts or matters as a dispute under the Power Purchase Agreement, either Party shall be entitled to require that arbitration proceedings under this Agreement shall be consolidated with arbitration proceedings brought under the Power Purchase Agreement. Both Parties shall permit and co-operate in such joinder" oder auch "Joinder: In order to facilitate the comprehensive resolution of related disputes, and upon the request of any party to any arbitration proceedings constituted under this Agreement, the arbitral tribunal shall consolidate such proceedings with any concurrent proceeding relating to the Power Purchase Agreement if the arbitrators determine that i) there are issues of fact or law common to the proceedings and ii) no party to the relevant arbitral proceedings would be prejudiced as a result of such consolidation".*

[368] Siehe hierzu *Leboulanger*, Multi-contract arbitration, JIA 1996, S. 63 ff.; *Nicklisch*, Multi-party arbitration and dispute resolution in major industrial projects, JIA 1994, S. 68 ff.

[369] Siehe u.a. *Melis*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 569 ff.; *Hobeck*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 99 ff.; *von Hoffmann,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 261 ff.; *Nöcker*, in: Festgabe für Otto Sandrock, S. 193 ff.; *Markfort,* Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit im deutschen und ausländischen Recht, S. 23 ff.; *Schwartz,* Multi-Party arbitration and the ICC - In the wake of Dutco, JIA 1993, S. 5 ff.; *Nicklisch*, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 56 ff.

[370] *Jayme*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 317.

7. Die allgemeine Tendenz zur Verschärfung der Haftungsregelungen

Wenn der Anlagenunternehmer seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt, gerät die Projektgesellschaft zwangsläufig in Schwierigkeiten hinsichtlich der Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtungen aus den anderen Projektverträgen[371].

Wenn die vom Anlagenunternehmer verursachte Leistungsstörung andauert, kann dieser Umstand sogar zur Kündigung bestimmter Projektverträge berechtigen. In diesem Fall droht ein Zusammenbruch des gesamten Projekts.

Aus diesem Grund lässt sich eine deutliche Tendenz zu einer Verschärfung der Haftungsregelungen bei privatfinanzierten Anlagenprojekten erkennen[372].

Die Folgen dieser Tendenz sind vielfältig. Am auffälligsten ist dabei der Versuch der Investoren, dem Anlagenunternehmer eine Haftung für entgangenen Gewinn und andere Folgeschäden, die aus Verletzungen anderer Projektverträge entstehen können, aufzubürden. Diesbezüglich ist allein anzumerken, dass eine solche Haftung beim privatfinanzierten Anlagenvertrag genauso abzulehnen ist wie beim traditionellen Anlagenvertrag.

Schwierig für den Anlagenunternehmer ist weiterhin der immer wiederkehrende Versuch der Investoren, die übliche maximale Haftung bei Anlagenprojekten (100% des Vertragspreises) durch Ausklammerung einiger Haftungsgründe zu sprengen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Haftung für Vertragsstrafen, die Haftung für Verletzung von gesetzlichen Vorschriften, die Haftung für Umweltschäden, die Haftung für Gewährleistungsansprüche oder auch die Haftung für die Zahlung von Steuern[373].

---

[371] *Loncle*, Le transfert des risques des projets PFI, RDAI 1997, S. 145 ff.

[372] Siehe hierzu *Hesse,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 35 ff.; *Wilde Sapte,* Project finance: The guide to financing build-operate-transfer projects, S. 43 ff.

[373] Vgl. die von *Huse* dargestellten Ausnahmen zur maximalen Haftung im FIDIC "Orange Book" (*Huse*, a.a.O., S. 378).

Abschließend ist festzustellen, dass versucht wird, die maximalen Beträge der Bankgarantien auf erstes Anfordern zu erhöhen bzw. die Vertragsstrafen weit über die im Anlagengeschäft sonst üblichen Höchstbeträge hinaus zu erhöhen[374].

Zusammenfassend lässt sich der Schluß ziehen, dass der Anlagenunternehmer bei Großprojekten auf privatfinanzierter Basis mit vollkommen anderen Risiken rechnen muss.

[374] *Pahl,* a.a.O., S. 34.

Dritter Teil

Die Bedeutung der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag

Nach der Darstellung der Vertragsstrafe als Rechtsinstitut und der Übersicht über den internationalen Industrieanlagenvertrag, kann nun mit der Analyse des Kernproblems der vorliegenden Arbeit begonnen werden. Es handelt sich dabei um die Frage, in welcher Weise Vertragsstrafen im Rahmen internationaler Industrieanlagenverträge verwendet werden und welche Funktion sie in diesem Zusammenhang erfüllen. Um dies beantworten zu können, muss zunächst auf die in Industrieanlagenverträgen standardmäßig verwendeten Arten von Vertragsstrafen und die besonderen Probleme im Rahmen ihrer Verwendung eingegangen werden.

§ 1 Typologie der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag

In internationalen Industrieanlagenverträgen wird typischerweise auf zwei Arten von Vertragsstrafen zurückgegriffen. Die erste Kategorie bilden Vertragsstrafen, die im Falle eines Verzuges zu zahlen sind. In der Praxis des Anlagenvertrages wird hier von Verzugspönalen gesprochen. Die zweite Kategorie bilden Vertragsstrafen, die im Falle des Nichterreichens bestimmter Leistungs- und Verfügbarkeitswerte zu zahlen sind, sog. technische Pönalen. In den folgenden Abschnitten werden diese zwei Arten von Vertragsstrafen näher dargestellt und die typischen Probleme ihrer Anwendung analysiert.

I. Verzugspönalen

1. Gestaltung der Verzugspönale

Mit der Verzugspönale wird im internationalen Industrieanlagenvertrag vereinbart, dass der Auftragnehmer im Falle des Verzuges eine bestimmte Summe an den Auftraggeber zu zahlen hat.

Im angloamerikanischen Rechtskreis sind solche Verzugspönalen unter dem Begriff *„delay liquidated damages"* oder *„liquidated damages for delay"* bekannt.

Die vereinbarte Summe kann entweder ein fester Betrag sein, z.B. 100,000 US Dollar, oder ein bestimmter Prozentsatz des Vertragspreises, z.B. 0.1% des Vertragspreises[1]. Diesbezüglich ist die Vereinbarung eines festen Betrages vorzugswürdig, da dieser einfacher zu ermitteln ist, denn der Vertragspreis kann sich im Laufe der Vertragsabwicklung ändern, etwa durch Mehrleistungen, Geltendmachung von Optionen oder Lieferung von Ersatzteilen[2]. Dann kann es zu Streitigkeiten kommen, ob und inwieweit diese Preiserhöhungen für die Ermittlung des Prozentsatzes zu berücksichtigen sind. Darüber hinaus kann es passieren, dass der Vertragspreis aus Finanzierungsgründen mittels bestimmter Steuern oder sonstiger Gebühren (z.B. Zollgebühren) künstlich erhöht wird, was letztendlich ebenfalls zur Erhöhung der als Prozentsatz des Vertragspreises vereinbarten Vertragsstrafe führt.

Die Verzugspönale ist in der Regel entweder pro Tag, oder pro Woche der Verspätung zu zahlen[3]. Ist die betreffende Summe pro verspäteter Woche zu zahlen, so muss klar geregelt werden, ob die Summe pro angefangener oder pro vollendeter Woche zu entrichten ist. Die heutige Praxis auf dem internationalen Markt zeigt, dass Verzugspönalen im Rahmen traditioneller Großprojekte zwischen 0.3% bis 0.5% des Vertragspreises pro Woche der Verspätung betragen[4]. Bei Großprojekten auf privatfinanzierter Basis, bei denen die Haftung aufgrund der gesamten finanziellen Projektstruktur entschärft ist, variieren die Verzugspönalen zwischen 0.5% und 0.8% des Vertragspreises pro Woche der Verspätung.

---

[1] Siehe hierzu *Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 122; *Fontaine/de Ly*, Droit des contrats internationaux, S. 337; *Dubisson*, La négociation des marchés internationaux, S. 202.

[2] Ebenfalls als Folge der Anwendung einer Preisgleitformel (siehe hierzu *Molter,* Verzugsrisiken im Industrieanlagengeschäft, S. 74).

[3] *Rabier*, Les pénalités dans les contrats internationaux de construction de centrales de production d'électricité, RDAI 2003, S. 160 ff.; *Lappe*, Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus, S. 131.

[4] Vgl. *Molter*, Verzugsrisiken im Industrieanlagengeschäft, S. 70, der 0.5% bis 1 % zitiert.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung des Verzuges ist in der Regel das für die Abnahme der Anlage vereinbarte Datum. In internationalen Anlagenverträgen wird hier oft von dem „*Guaranteed Completion Date*" oder „*Guaranteed Take-Over Date*" gesprochen. Dieses Datum wird meistens als eine bestimmte Anzahl von Tagen oder Monaten nach Inkrafttreten des Vertrages definiert[5].

Auftraggeber versuchen teilweise, zusätzlich zum Termin der Abnahme, sog. Zwischentermine zu pönalisieren, wie etwa die Lieferung kritischer Anlagenkomponenten auf der Baustelle, das Ende der Montagearbeiten oder das Inbetriebsetzen der Anlage[6]. Solche Verzugspönalen sollten vom Auftragnehmer abgelehnt werden, da sie die Gefahr einer Multiplikation der Strafe aus derselben Leistungsstörung beinhalten[7]. Ferner ist zu beachten, dass eine verspätete Lieferung auf die Baustelle nicht zwangsläufig zu einer Verspätung der endgültigen Abnahme führt. Solange die Abnahme zum vereinbarten Zeitpunkt erreicht wird, entstehen für den Auftraggeber keine besonderen Verluste, denn der kommerzielle Betrieb der Anlage beginnt erst nach der Abnahme. Aus diesen Gründen wird die Vereinbarung solcher, den Auftraggeber einseitig begünstigenden Pönalen von manchen schlicht als Missbrauch von Verhandlungsmacht bezeichnet[8].

Wenn eine Industrieanlage aus mehreren Blöcken besteht, wird die Strafabrede zumeist pro Block festgesetzt, da die Blöcke in der Regel nicht zum selben Zeitpunkt zu liefern sind. Diese Lösung ist für den Auftragnehmer empfehlenswert, weil das Verzugsrisiko auf die verschiedenen Blöcke verteilt wird und dadurch wiederum eine Berechnung der Vertragsstrafe auf Grundlage des gesamten Auftragswertes vermieden werden kann[9].

---

[5] Vgl. folgende Klausel: „*In this Contract, the term Guaranteed Take-Over Date shall mean the date which is 33 calendar months after the effective date for commencement of the Works, being the date by which Take-Over of the Facility is to have occurred*".

[6] *Molter*, a.a.O., S. 121.

[7] *Joussen* betrachtet die Knüpfung der Vertragsstrafe an mehrere Termine als "nicht ratsam" (*Joussen*, Der Industrieanlagen-Vertrag, S. 133).

[8] Siehe hierzu *de Galard*, Les pénalités de retard dans les contrats internationaux de construction, RDAI 1986, S. 134.

[9] *Molter*, a.a.O., S. 70.

Im internationalen Anlagengeschäft ist weiterhin die Festsetzung einer Höchstgrenze für die Verzugspönale üblich[10]. In der anglo-amerikanischen Praxis wird hier von einem „*cap*" gesprochen. Die Festsetzung dieses maximalen Betrages ist Verhandlungssache und führt oft zu heftigen Diskussionen. Die grundsätzliche Notwendigkeit dieser Höchstgrenze zur Vermeidung einer etwaigen Sittenwidrigkeit ist dabei jedoch unbestritten[11].

Die heutige Praxis auf dem internationalen Markt zeigt, dass die maximalen Werte von Verzugspönalen für traditionelle Großprojekte 10% bis 15% des Vertragspreises betragen[12]. Bei Großprojekten auf privatfinanzierter Basis können diese Werte in extremen Fällen jedoch bis zu 20% des Vertragspreises erreichen[13].

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass die meisten internationalen Anlagenverträge die Höchstgrenze in einer spezifischen Klausel[14] vorsehen, welche Verzugspönale und technische Pönale gleichzeitig deckt[15]. Liegt die Höchstgrenze für die Verzugspönale und technische Pönale jeweils bei 15% des Vertragspreises, so wird die Höchstgrenze für beide Pönalen zusammen in der Regel bei 25% liegen[16]. In Bezug auf privatfinanzierte Projekte unterstreicht

---

[10] *Fontaine/de Ly*, Droit des contrats internationaux, S. 340.
[11] *Lappe*, a.a.O., S. 132.
[12] *Huse,* Understanding and negotiating turnkey contracts, S. 234. Der von *Flocke* (Risiken beim internationalen Anlagenvertrag, S. 119) und *de Galard* (a.a.O., S. 135) erwähnte 5% Höchstbetrag erscheint der heutigen Praxis auf dem internationalen Anlagenmarkt nicht mehr zu entsprechen. *Molls* erwähnt 10%, was den heutigen Trend näher wiederspiegelt (*Molls*, Haftungsfragen im internationalen Anlagengeschäft, ZfBR 1980, S. 58).
[13] *Huse*, a.a.O., S. 234, erwähnt als Höchstgrenze von Verzugspönalen im heutigen "*employer-dominated*" internationalen Anlagenmarkt 10% bis 20%, ohne zwischen traditionellen und privatfinanzierten Großprojekten zu unterscheiden. *Rabier* erwähnt ebenfalls 10% bis 20% für Verträge zur Errichtung von Kraftwerken (*Rabier,* Les pénalités dans les contrats internationaux de construction de centrales de production d'électricité, RDAI 2003, S. 163).
[14] Vgl. folgende Klausel: *"Limit on Liquidated Damages for Delay and Performance Guarantees: Under no circumstances shall the Contractor's aggregate liability for Performance Guarantee Liquidated Damages and Delay Liquidated Damages exceed [x%] percent of the Contract Price"*.
[15] *Molter*, a.a.O., S. 70; *Fontaine/de Ly*, Droit des contrats internationaux, S. 340.
[16] Der von *Molter*, a.a.O., S. 70, erwähnte 5% bis 10% Höchstbetrag scheint jenseits der heutigen Praxis auf dem internationalen Anlagenmarkt zu sein.

dies auch *Pahl*, der feststellt, dass solche Höchstbeträge selten unter 25-30% des Vertragspreises liegen[17].

Um die Vereinbarung einer Höchstgrenze umgehen zu können, versuchen Auftraggeber teilweise eine Regelung[18] in den Vertrag einzufügen, gemäß welcher die vereinbarte maximale Summe in Fällen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit nicht gelten soll[19]. Solche Formulierungen sind abzulehnen, denn sie entbehren jeder Logik. Mit der Verzugspönale haben die Parteien versucht, sich hinsichtlich eines möglichen Schadens seitens Auftraggebers zu einigen und einen solchen Schaden pauschal zu entschädigen. Ob der Verzug auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Auftragnehmers zurückzuführen ist, spielt bei der Einschätzung der Schadenshöhe jedoch keine Rolle[20].

Darüber hinaus rufen solche Formulierungen hinsichtlich der Auslegung des Vertrages große Unsicherheiten hervor. Was soll beispielsweise für den Fall gelten, dass der Auftragnehmer tatsächlich grob fahrlässig gehandelt hat und daher die Vereinbarung bezüglich der Höchstgrenze der Verzugspönale hinfällig ist?

- Läuft die vereinbarte Rate der Vertragsstrafe weiter, aber ohne Begrenzung?
- Soll über die Begrenzung hinaus nur noch der tatsächlich eingetretene Schaden kompensiert werden?
- Soll die Vertragsstrafe im Ganzen als annulliert betrachtet werden, so dass nur noch der tatsächlich eingetretene Schaden relevant ist?

Diese Fragestellungen verdeutlichen, dass o. g. Formulierungen unzweckmäßig sind, da sie lediglich zu Rechtsunsicherheit führen und somit im Interesse von Auftragnehmer und Auftraggeber vermieden werden sollten.

---

[17] *Pahl,* in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, S. 35.

[18] Vgl. folgende Klausel: *„Under no circumstances, other than the gross negligence or willful misconduct of contractor, will contractor's maximum liability for delay liquidated damages exceed 15% of the Contract Price"*.

[19] Siehe hierzu *de Galard*, a.a.O., S. 137.

[20] Für Verträge, die angloamerikanischem Recht unterstehen, könnte dieses Logikversagen zu einer Nichtigkeitspotential der Strafabrede führen, denn die ernsthafte Einschätzung des Schadens durch die Parteien wird dadurch in Frage gestellt.

Basierend auf oben erwähnten Erklärungen zur Gestaltung von Verzugspönalen im internationalen Anlagengeschäft, könnte eine typische Klausel zur Festsetzung von Verzugspönalen wie folgt lauten[21]:

> *"In the event that the Contractor fails to achieve Take-Over of Unit 1 by the Guaranteed Unit 1 Take-Over Date, the Contractor shall pay as liquidated damages [x] Euros for each day or part of a day by which Take-Over of Unit 1 is later than the Guaranteed Unit 1 Take-Over Date. In no event shall the sum of the Contractor's liability to the Purchaser under this Contract for all sums to be paid as liquidated damages for delay exceed, in the aggregate, [x] per cent of the Contract Price".*

Bei Verträgen, die englischem oder amerikanischem Recht unterstehen, wird üblicherweise ein Auslegungshinweis hinzugefügt um klarzustellen, dass es sich bei der vereinbarten Vertragsstrafe um gültige *liquidated damages* und nicht um ungültige *penalties* handelt[22]. Dieser Hinweis könnte beispielsweise folgenden Wortlaut haben:

> *"Nature of liquidated damages: Purchaser and Contractor acknowledge and agree that the terms, conditions and amounts fixed pursuant to this Article for Delay Liquidated Damages are reasonable, considering the lost revenues, increased costs and other damages that will be sustained by Purchaser in the event of any failure to achieve Take-Over by the Guaranteed Take-Over Date. The amounts of Delay Liquidated Damages are agreed upon and fixed hereunder because of the difficulty of ascertaining the exact amount of lost revenues, increased costs and other damages that will actually be sustained by Purchaser in the event of such failure. The parties further acknowledge and agree that the Delay Liquidated Damages are to be paid as liquidated damages and not as penalties".*

---

[21] Für ein konkretes Beispiel bei einer Düngemittelanlage, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 120. Für ein Beispiel in deutscher Sprache, siehe *Joussen*, a.a.O., S. 438. Siehe auch die von *Bschorr/Zanner* dargestellten Beispiele wirksamer und unwirksamer Vertragsstrafenklauseln im deutschen Bauwesen (*Bschorr/Zanner*, Die Vertragsstrafe im Bauwesen, S. 149 ff.). Für ein Beispiel in französischer Sprache, siehe *de Galard*, a.a.O., S. 143.

[22] Vgl. zum Unterschied zwischen "*liquidated damages*" und "*penalties*" im anglo-amerikanischen Recht, ab S. 29.

2. Sonderfragen der Anwendung von Verzugspönalen

Die Verwendung vorgenannter Klauseln zur Vereinbarung einer Verzugspönale löst jedoch nicht alle Schwierigkeiten, die bei der Vereinbarung einer Verzugspönale im Anlagengeschäft entstehen können. In den folgenden Abschnitten folgt daher eine Darstellung derjenigen Hauptfragen, die in der internationalen Praxis des Anlagengeschäfts bei der Benutzung von Verzugspönalen zwangsläufig auftauchen.

2.1 Verzugspönale und weitergehender Schaden

Ausgangspunkt dieser Diskussion ist die Frage, ob mit Zahlung der Verzugspönale alle Schadensersatzansprüche des Auftraggebers als abgegolten zu betrachten sind.

Dieser Aspekt ist für beide Parteien von immenser Bedeutung: Für den Auftragnehmer ist es zwecks Risikokalkulation von Interesse, bis zu welcher Grenze er wegen Verzuges schadensersatzpflichtig wird. Umgekehrt stellt es für den Auftraggeber einen erheblichen Vorteil dar, wenn er für den Fall, dass der tatsächlich eingetretene Schaden die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe übersteigt, auf eine zusätzliche Kompensation zurückgreifen kann.

Obwohl Auftraggeber immer wieder versuchen, sich die Möglichkeit der Geltendmachung weiterer Schäden explizit oder implizit vorzubehalten, hat sich auf dem internationalen Markt die Praxis durchgesetzt, jegliche Fragen hinsichtlich der Haftung bei Verzug durch vereinbarte Verzugspönalen zu regeln[23], so dass der Auftragnehmer mit Zahlung der Verzugspönale alle diesbezüglichen Verpflichtungen erfüllt hat[24]. Diese Praxis, die dem Sinn und Zweck der Vertragsstrafe als Rechtsinstitut entspricht[25], wird in inter-

[23] Vgl. Artikel 8.7 des FIDIC "*Silver Book*": "These delay damages shall be the only damages due from Contractor for this default (…)".
[24] Siehe hierzu *Dünnweber*, a.a.O., S. 121; *Molls*, a.a.O., ZfBR 1980, S. 58.
[25] Vgl. die Erklärungen zum Konzept der Vertragsstrafe in den französischen und angloamerikanischen Rechtssystemen, ab S. 20.

nationalen Anlagenverträgen durch sog. *„full and final satisfaction"*-Formulierungen gefasst[26].

In vielen Verträgen, bei denen *„full and final satisfaction"*-Formulierungen vereinbart werden, sind jedoch Klauseln zu finden, die den Anschein erwecken, dass sie implizit bzw. explizit gegen das *„full and final satisfaction"*-Prinzip verstoßen.

Ein Beispiel dafür sind Vereinbarungen bezüglich der Erhöhung von Versicherungskosten für den Fall des Verzuges. In Verträgen, in denen die Versicherungen vom Auftraggeber gestellt werden, ist diesbezüglich oftmals folgende Formulierung zu finden:

> *„Any premium for extension of insurance policy taken by Purchaser which is caused by delay for which the Contractor is responsible, shall be paid by Contractor for the length of the delay"*.

Diese Formulierungen verstoßen ganz klar gegen das *"full and final satisfaction"*-Prinzip und Auftragnehmer sollten sich daher auf dieses allgemein anerkannte Prinzip stützen, um solche Formulierungen abzulehnen.

Ein anderes Beispiel bilden die Haftungsklauseln, die Auftraggeber in der internationalen Praxis des Anlagengeschäfts in Form von "*indemnities*" durchsetzen wollen. Die *indemnity*-Formulierungen sind zum Teil sehr umfangreich und schließen jegliche Vertragsverletzung mit ein[27]. Da der Verzug des Auftragnehmers ebenfalls eine Vertragsverletzung (ein "*breach*" in der angloamerikanischen Terminologie) darstellt, geben breite *indemnity*-Formulierungen dem Auftraggeber möglicherweise die Gelegenheit, durch die *indemnity*-Klausel im Falle des Verzuges zusätzlich zur Verzugspönale eine weitere Kompensation des Schadens verlangen zu

---

[26] Vgl. folgende Klausel: *„The parties acknowledge and agree that the Delay Liquidated Damages provided for in this Contract shall be payable in full and final satisfaction of Contractor's liability for delay„*.

[27] Vgl. folgende Klausel: *"Contractor Indemnity: Contractor hereby agrees to indemnify and hold harmless Purchaser from and against any and all liabilities, obligations, losses, damages, penalties, fines, claims, actions, suits, judgments, settlements, costs, expenses and disbursements of whatsoever kind and nature that may be imposed on, suffered or incurred by or asserted against the Purchaser <u>and that arise out of breach by Contractor of any provision of this Agreement</u>"*.

können. Dies stellt einen klaren Konflikt mit dem allgemeinen "*full and final satisfaction*"-Prinzip dar und solche weitgehenden *indemnity*-Formulierungen sollten deshalb nicht verwendet werden. *Indemnity*-Vereinbarungen sollten allein dazu dienen, den Auftraggeber von Schadensersatzansprüchen Dritter freizustellen. Sie sollten hingegen auf gar keinen Fall zur Umgehung eines vereinbarten "*full and final satisfaction*"-Prinzips genutzt werden können.

Hinsichtlich eines möglichen Verstoßes gegen das „*full and final satisafaction*"-Prinzip sind noch zwei weitere Beispiele zu nennen.

Ersteres betrifft den Bereich der Rückerstattung von Rohstofflieferungskosten. Die meisten Anlagenverträge sehen vor, dass der Auftraggeber die für den Leistungstest benötigten Rohstoffe auf eigene Kosten liefern muss. Weiterhin wird in der Regel vereinbart, dass im Falle der Wiederholung von Leistungstests die diesbezüglichen Kosten vom Auftragnehmer zu übernehmen sind. Der Gedanke, der hinter dieser Regelung steht ist der, dass wenn aufgrund etwaiger vom Auftragnehmer zu vertretende Mängel mehrmalige erneute Tests der Anlage notwendig sind, die dadurch zusätzlich verursachten Kosten vom Auftragnehmer zu tragen sind.

Wenn nun die Wiederholung von Leistungstests zu einem Verzug bei der Abnahme führt, stellt sich die Frage, ob eine Regelung, welche die zusätzlich zur Zahlung der Verzugspönale zu entrichtende Rückerstattung der Rohstofflieferungskosten vorsieht, gegen das „*full and final satisfaction*"-Prinzip verstößt. Es wird hier die Ansicht vertreten, dass in diesem Fall kein Konflikt vorliegt, da es sich um zwei verschiedene Regelungsbereiche handelt. Die Verzugspönale betrifft die Haftung aus Verzug, während die Regelung zur Übernahme der Rohstofflieferungskosten das Problem der Zusatzkosten regelt, die durch wiederholte Tests entstehen. Die Tatsache, dass die Wiederholung von Tests eventuell zu einem Verzug hinsichtlich der Abnahme der Anlage führen kann, sollte nicht per se Auswirkungen auf die Regelung betreffend der zusätzlichen Rohstofflieferungskosten haben.

Das zweite Problem betrifft die Beschleunigungskosten, die als Folge der Notwendigkeit von Beschleunigungsmaßnahmen entstehen. Viele internationale Industrieanlagenverträge sehen vor,

dass der Auftraggeber, sobald im Laufe der Vertragsabwicklung Verzug droht, vom Auftragnehmer Beschleunigungsmaßnahmen (z.B. Einsatz zusätzlichen Personals, Weiterführung der Bauarbeiten übers Wochenende, usw.) auf dessen Kosten verlangen kann. Die Übernahme der Beschleunigungskosten durch den Auftragnehmer erscheint jedoch schon deshalb selbstverständlich, weil diese Maßnahmen zur Reduzierung des Vertragsstrafenrisikos dienen.

Die diesbezüglichen Klauseln sehen aber teilweise darüber hinaus vor, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber den Schaden ersetzen muss, der diesem allein durch die Notwendigkeit der Beschleunigungsmaßnahmen entstanden ist (z.B.: erhöhte Lohnkosten aufgrund Bauarbeiten über das Wochenende). Es kann sich in dieser Hinsicht die Frage stellen, inwieweit das Prinzip der Entschädigung solcher Kosten mit dem „*full and final satisfaction*"-Prinzip der Verzugspönale zu vereinbaren ist.

Doch auch in diesem Fall kann nicht von einer Inkompatibilität ausgegangen werden. Zwar sind die Schäden, die durch die Beschleunigungsmaßnahmen entstehen, auf Verzug zurückzuführen. Es handelt sich hier jedoch nicht um einen Verzug wegen Überschreitens eines pönalisierten Termins, sondern um einen Verzug der lediglich eventuell, namentlich wenn die überzogene Zeit nicht wieder aufgeholt werden kann, zum Überschreiten des pönalisierten Termins führen wird. Zum Zeitpunkt der Beschleunigungsmaßnahmen ist die Verzugspönale also noch nicht fällig und wird, wenn die Beschleunigungsmaßnahmen erfolgreich sind, auch nie geschuldet werden. Dies zeigt, dass es sich bei den Schäden als Folge von Beschleunigungsmaßnahmen und bei Verzugsschäden im engeren Sinne (d.h. beim Überschreiten von pönalisierten Terminen) um zwei verschiedene Aspekte handelt, so dass nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen das „*full and final satisfaction*"-Prinzip vorliegt.

2.2 Verzugspönale und Kündigung bzw. Rücktritt

Bei der Anwendung der Verzugspönale stellt sich die Frage, welche Rechte dem Auftraggeber zustehen sollten, wenn im Falle eines gravierenden Verzuges die maximale Höhe der Verzugspönale erreicht wird.

Bereits im vorherigen Abschnitt wurde erläutert, dass internationale Anlagenverträge in der Regel ein „*full and final satisfaction*"-Prinzip beinhalten, nach welchem mit Zahlung der Verzugspönale alle Ansprüche des Auftraggebers aus Verzug als abgegolten gelten.

Man könnte annehmen, der Auftraggeber sei schutzlos, wenn der Auftragnehmer zwar die volle Summe der Verzugspönale schuldet, jedoch trotz eines lang andauernden Verzuges immer noch nicht leistet. Dies ist jedoch nicht zutreffend, beinhalten die meisten „*full and satisfaction*"-Formulierung doch die Klarstellung, dass dieses Prinzip unter Vorbehalt eines Kündigungsrechts[28] nach Erreichen der maximalen Höhe der Strafe zu verstehen ist[29].

In internationalen Anlagenverträgen ist ein Recht auf Rücktritt in solchen Fällen typischerweise ausgeschlossen, da es unpraktikabel und wirtschaftlich sinnlos wäre, vom Auftragnehmer zu verlangen, dass er alles was er schon geliefert und montiert hat zurücknimmt und den bezahlten Teil des Vertragspreises zurückzahlt[30]. Eine Kündigung löst zwangsläufig bestimmte finanzielle Konsequenzen aus, wie beispielsweise die Notwendigkeit der Entschädigung des Auftraggebers für die Kosten der Ersatzbeschaffung, sowie für die daraus entstehenden Nebenkosten (z.B. Kosten eines neuen Ausschreibungsverfahrens oder Kosten der Vertragsverlängerung des Beratungsingenieurs). Der Ersatz dieser Kosten verstößt jedoch nicht gegen das „*full and final satisfaction*"-Prinzip, da sie aus der Kündigung und nicht aus dem Verzug resultieren.

Im Hinblick auf die Beziehung zwischen Verzugspönale und Kündigungsrecht, stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber auch von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen darf, wenn die maximale Höhe der Verzugspönale noch nicht erreicht ist. Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Zwar muss das Kündigungsrecht des Auftraggebers trotz „*full and final satisfaction*"-Formulierungen bestehen bleiben, dieses Recht soll aber frühestens ausgeübt

[28] Vgl. Artikel 8.7 des FIDIC "*Silver Book*": "These delay damages shall be the only damages due from Contractor for this default, other than in the event of termination under Sub-Clause 15.2" (Hervorhebung durch den Verfasser).
[29] Siehe hierzu *Draetta/Lake,* Contrats internationaux, S. 124 ff.
[30] *Dünnweber*, a.a.O., S. 126; *Lappe*, a.a.O., S. 159; *Nicklisch*, in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 18; *Marsh*, Comparative Contract law, S. 229; *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica?*, RDAI 2004, S. 17.

werden können, wenn die maximale Höhe der Verzugspönale erreicht ist[31].

In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass die meisten internationalen Verträge ohnehin explizit oder implizit vorschreiben, dass ein Kündigungsrecht nicht vor Erreichen der maximalen Höhe der Vertragsstrafe bestehen soll. Diese Lösung ist indessen auch gerechtfertigt, stellt doch ein Rückgriff auf das Kündigungsrecht -trotz und neben der Entschädigung des Auftraggebers durch die Vertragsstrafe- praktisch bösgläubiges Handeln dar.

Fraglich ist jedoch, wie weit diese Kündigungsrestriktion gehen soll. Bei Industrieanlagenprojekten erstreckt sich die Bauzeit auf mehrere Jahre. Was soll der Auftraggeber tun, wenn der Auftragnehmer nach Inkrafttreten des Vertrages nicht mit den Bauarbeiten beginnt oder in den ersten Monaten der Projektabwicklung schon so schwerwiegend in Verzug gerät, dass ein zukünftiges Überschreiten der maximalen Höhe der Verzugspönale als sichere Prognose erscheint? Muss er in diesem Fall mehrere Monate oder sogar Jahre warten, bis die Verzugspönale verwirkt und ihre maximale Höhe erreicht ist, bevor er den Vertrag kündigen kann? Eine solche Lösung wäre unangebracht. Der internationale Anlagenvertrag wird daher für außergewöhnliche Sachverhalte, wie den oben beschriebenen, in der Regel Sonderregelungen beinhalten.

Beispielsweise sieht Artikel 49.1 der englischen MF1 Anlagenvertragsbedingungen[32] vor, dass der Auftraggeber zur Kündigung berechtigt ist, wenn der Auftragnehmer ohne Rechtfertigungsgrund die Baustelle verlässt (sog. „*Abandon of the Contract*") oder die Bauarbeiten mehr als 30 Tagen lang suspendiert. In solchen Fällen muss der Auftraggeber also nicht warten, bis am Ende des Terminplanes die Abnahme dermaßen verzögert ist, dass die maximale Höhe der Pönale erreicht wird.

Schwierig ist indessen die Frage zu beantworten, ob die Kündigung auch in weniger extremen Fällen möglich sein soll. In diesem Zusammenhang sind in internationalen Anlagenverträgen teilweise Formulierungen folgender Art zu finden:

---

[31] *Kirchgässer*, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anlagenvertrages, ZfbF 33 (1981), S. 941; *Lappe*, a.a.O., S. 158.
[32] Ausführlicher zu den MF1 Bedingungen, auf S. 106.

- *„The Purchaser shall be entitled to terminate the Contract if the Contractor fails to proceed with the Works with due diligence";*

- *„The Purchaser shall be entitled to terminate the Contract if the Contractor misses a key milestone in the project schedule and fails to provide the Purchaser with a revised project schedule which shows a realistic and achievable schedule by which the Guaranteed Take-Over Date can nevertheless be met".*

Solche Ausnahmen im Hinblick auf die Kündigungsrestriktion gehen jedoch viel zu weit. Sie geben dem Auftraggeber das nahezu unbeschränkte Recht, den Vertrag während der Bauabwicklung nach eigenem Ermessen zu kündigen. Im internationalen Anlagengeschäft muss der Auftragnehmer während der Abwicklung des Projektes sehr viele Kosten tragen. Wenn er mit den Bauarbeiten begonnen hat und nun mit der Großzahl seiner Arbeitnehmer, seinen Subunternehmern und seinen Maschinen auf der Baustelle arbeitet, sollte dem Auftraggeber ein Kündigungsrecht nicht schon deshalb zustehen, weil mit den Fortschritten der Bauarbeiten unzufrieden oder eine Verzögerung bei der Abnahme der Anlage zu erwarten ist. Dies wäre unsachgerecht.

Ermöglicht die Verhandlungsmacht des Auftragnehmers kein ersatzloses Streichen solcher Formulierungen, so sollten diese nur unter strengen Bedingungen akzeptiert werden. Zum Beispiel sollte das Kündigungsrecht nur dann bestehen, wenn vom Auftraggeber der Beweis erbracht werden kann, dass der garantierte Abnahmetermin aufgrund des Verzuges um mehr als eine bestimmte Anzahl von Monaten[33] überschritten wird. Bei Projekten auf privatfinanzierter Basis kann als zusätzliche Bedingung für die Kündigung der Beweis vom Auftraggeber verlangt werden, dass der Verzug zu einer Kündigung des mit dem Netzbetreiber abgeschlossenen Abnahmevertrages oder der mit den Banken abgeschlossenen Finanzverträge führen wird.

[33] Diese Zahl sollte möglichst groß sein. Wenn im Falle eines Verzuges bei der Abnahme die maximale Höhe der Verzugspönale z.B. in 8 Monaten erreicht wird, sollte diese Zahl logischerweise auch mindestens 8 Monate betragen. Nur so kann die Gefahr einer missbräuchlichen Kündigung reduziert werden.

Bezüglich der Thematik von Verzugspönalen und Kündigungsrecht ist noch ein weiterer Aspekt von Interesse. Es wurde bereits dargelegt, dass internationale Anlagenverträge in der Regel für den Fall des Erreichens der maximalen Höhe der Verzugspönale zugunsten des Auftraggebers ein Recht zur Kündigung vorsehen.

Für den Auftragnehmer stellt dies eine zwiespältige Situation dar. Auf der einen Seite will der Auftragnehmer offensichtlich eine hohe Vertragsstrafe möglichst vermeiden.

Auf der anderen Seite ist logische Konsequenz einer hohen Obergrenze der Verzugspönale, dass die Gefahr einer Kündigung sinkt. Der Auftragnehmer hat mehr Zeit, den Verzug auszugleichen, so dass kein Kündigungsrecht entsteht. Fraglich ist daher, wie der Auftragnehmer diesen Konflikt zu seinen Gunsten lösen kann.

Eine erste Möglichkeit besteht darin, den täglichen oder wöchentlichen Prozentsatz der Verzugspönale so niedrig wie möglich zu halten, damit -auch bei einer verhältnismäßigen Obergrenze der Pönale- noch genügend Zeit vor Erreichen dieser Obergrenze verbleibt. Bei einem Prozentsatz von 0,3% des Vertragspreises pro Woche und einer maximalen Höhe von 10% wird es 8 Monate dauern, bis die Obergrenze erreicht ist. Es wird also deutlich, dass der Auftragnehmer in diesem Fall genug „*safety margin*“ hat, bevor die Gefahr der Kündigung eintritt. Bei einem Prozentsatz von 0,7% des Vertragspreises pro Woche und einer maximalen Höhe von 10% hingegen wird nur ein Zeitraum von 3,5 Monate verbleiben. Hier birgt das Verhältnis Prozentsatz/maximale Höhe ein erhöhtes Kündigungsrisiko, denn aufgrund der vielfältigen Risiken im Exportgeschäft kann ein Verzug von 3 oder 4 Monaten sehr schnell erreicht werden.

Bei Großprojekten auf privatfinanzierter Basis ist es schwierig für den Auftragnehmer, einen niedrigen täglichen oder wöchentlichen Prozentsatz für die Vertragsstrafe durchzusetzen. Die täglichen bzw. wöchentlichen Schäden der Projektgesellschaft sind, aufgrund der Haftung aus dem Abnahmevertrag und den anderen Projektverträgen, sehr hoch. In diesem Fall muss der Auftragnehmer erwägen, ob nicht eine hohe Obergrenze der Vertragsstrafe angebracht ist, um so die Gefahr einer Kündigung zu verringern.

Der Auftragnehmer kann natürlich auch auf eine niedrigere maximale Höhe der Verzugspönale beharren, wohl wissend, dass die Auftraggeber im Regelfall trotz Erreichens der maximalen Höhe der Vertragsstrafe den Vertrag nicht kündigen, weil die Suche nach einem neuen Anlagenbauer zu diesem Zeitpunkt nicht praktikabel ist und nur noch eine weitere Verzögerung des Projekts mit sich bringt. Diese Erkenntnis ist wiederum der Grund dafür, dass viele Auftraggeber im Anlagenbau eine niedrige Obergrenze der Vertragsstrafe ablehnen, um eine effektive Entschädigung sicherzustellen.

Weiterhin ist problematisch, dass der Auftraggeber im Falle des Erreichens der maximalen Höhe der Vertragsstrafe oftmals anbietet auf sein Kündigungsrecht zu verzichten, wenn der Auftragnehmer dafür als Gegenleistung gewisse Bedingungen erfüllt. Diese Bedingungen (z.B. Verlängerung der Gewährleistungszeit) können jedoch unter Umständen nachteiliger sein als die weitere Zahlung der Vertragsstrafe. Letzten Endes ist alles eine Frage der Verhandlungsmacht. Im Rahmen der Verhandlungen sollte Leitmotiv für den Auftragnehmer sein, eine Vertragsstrafe so auszuhandeln, dass vor dem Eintritt des Kündigungsrechtes genug *„safety margin"* liegt.

Eine zweite Möglichkeit zur Lösung des oben genannten Konfliktes ist die Einführung sog. *„prolonged delay"*-Klauseln[34]. Deren Idee ist es, einen Mechanismus zu schaffen, gemäß welchem im Falle des Erreichens der maximalen Höhe der Verzugspönale das Kündigungsrecht nicht sofort eintritt.

Diese *„prolonged delay"*-Formulierungen bieten eine ausgewogene Lösung an. Zum einen stellen sie keine übermäßige Beein-

[34] Vgl. folgende Klausel: *„Should the Purchaser become entitled to the maximum amount of delay liquidated damages provided for under this Contract due to a prolonged delay of Contractor, he may by notice to the Contractor fix a final time for completion of the Works which shall be reasonable in the light of the remedial measures already implemented by the Contractor to remedy the delay and the expected time required to overcome such delay. If the Contractor fails within such time to complete the Works, the Purchsaser shall then be entitled to have recourse to the termination rights for Contractor's default provided for under the Contract".* Ähnliche "*prolonged delay*" Formulierungen sind oft in Musterverträgen zu finden, wie z.B. in Artikel 34.2 der englischen MF/1 Bedingungen oder in Artikel 27.2 der FIDIC E&M (1987) Bedingungen.

trächtigung des Kündigungsrechts der Auftraggeber dar. Zum anderen verhindern sie eine willkürliche und unverhältnismäßige Kündigung für den Fall, dass der Auftragnehmer trotz Erreichens der maximalen Höhe der Verzugspönale weiterhin ernsthaft versucht, den Verzug zu beseitigen und dieser auch in absehbarer Zeit zu beseitigen ist.

2.3 Verzugspönale und die „*time is of the essence*" Problematik

In vielen internationalen Anlagenverträgen findet man Formulierungen folgender Art:

> *"The contractor acknowledges and agrees that with respect to the performance of his obligations under this Contract, time is of the essence"*.

Diese Formulierungen sind in der Regel in Verträgen enthalten, die englischem oder amerikanischem Recht unterstehen. Fraglich ist diesbezüglich, in welcher Weise solche Formulierungen zu verstehen sind und welches Risiko der Anlagenunternehmer mit einer solchen „*time is of the essence*"-Klausel eingeht.

Durch eine solche Vereinbarung wird zugunsten des Auftraggebers sichergestellt, dass der Auftragnehmer äußerst viel Wert auf die pünktliche Abwicklung des Vertrages legen wird. Enthält der Vertrag keine anderweitigen Regelungen, so führt der etwaige Verzug zu einer wesentlichen Vertragsverletzung (sog. „*fundamental breach of contract*"), die dem Auftraggeber nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern auch einen Anspruch auf Kündigung des Vertrages gewährt[35]. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Verwendung von „*time is of the essence*"-Klauseln in Konflikt mit der Vereinbarung von Verzugspönalen steht, denn ein Kündigungsrecht ist abzulehnen, solange der Auftragnehmer den Auftraggeber durch Zahlung der Verzugspönale für die Konsequenzen des Verzuges entschädigt[36]. Darüber hinaus schließt die Verzugspönale einen parallelen Anspruch auf Schadensersatz ohnehin aus[37].

---

[35] *Ventrella*, A contractor's guide to contract law, S. 51.
[36] Ausführlicher zur Ablehnung des Kündigungsrechts, auf S. 147.
[37] Vgl. zum Ausschluss des weitergehenden Schadens, ab S. 143.

Daher betrachtet *Ventrella* das *„time is of the essence"*-Konzept und die Benutzung von Verzugspönalen zutreffend als *„mutually exclusive"*[38].

Aus den oben genannten Gründen sollte der Auftragnehmer *„Time is of the essence"*-Klauseln vermeiden. Soweit die Verhandlungsmacht des Auftragnehmers eine generelle Ablehnung nicht ermöglicht, sollte dieser zumindest versuchen die nachteiligen Auswirkungen der *„time is of the essence"*-Klauseln so gering wie möglich zu halten und sie soweit wie möglich mit der Verzugspönale kompatibel zu gestalten:

- Erstens sollte der Auftragnehmer verlangen, dass die *„time is of the essence"*-Klausel zweitseitig formuliert wird. In diesem Fall würde die oben zitierte Klausel so aussehen:

  > *"The parties acknowledge and agree that with respect to the performance of their obligations under this Contract, time is of the essence".*

  Damit erreicht der Auftragnehmer, dass auch auf den Auftraggeber Zeitdruck hinsichtlich der Erfüllung seiner Pflichten ausgeübt wird. Sollte der Auftragnehmer bei der Abwicklung des Vertrages durch verspätete Erfüllung seitens des Auftraggebers behindert werden, so kann er sich auf die *„time is of the essence"*-Klausel berufen, um den Anspruch auf Entschädigung leichter durchzusetzen;

- Zweitens sollte in der *„time is of the essence"*-Klausel anhand ausgewählter Vorbehalte deutlich gemacht werden, dass nicht jede Verzögerung im Terminplan einen zur Kündigung berechtigenden Verzug bzw. einen *„breach of contract"* auslöst[39].

---

[38] *Ventrella*, a.a.O., S. 51.

[39] Vgl. folgende Klausel: *„Subject to the right of Purchaser to terminate this Contract in the event that, following a severe delay by Contractor, the maximum cap on Delay Liquidated Damages were to be reached, the preceding "time is of the essence provision" shall not be construed to hold Contractor in default under this Contract solely as a result of Contractor failing to meet one or more of the dates specified in the Project Schedule".*

2.4 Verzugspönale und Schadensminimierung

Viele Rechtssysteme kennen das Prinzip der Schadensminimierung, das in der angloamerikanischen Welt als „*mitigation of damages*" bezeichnet wird[40]. Nach diesem Prinzip wird vom Gläubiger erwartet, dass er Maßnahmen zur Minderung seines Schadens trifft[41].

Der Grundsatz der Schadensminimierung[42] hat sich in der internationalen Vertragspraxis und Schiedsgerichtsbarkeit so stark durchgesetzt, dass er mittlerweile als Bestandteil der *lex mercatoria* anerkannt ist[43]. In den meisten internationalen Bau- und Anlagenverträgen findet dieses Prinzip Eingang in die Vertragsgestaltung[44].

Es stellt sich daher die Frage, ob sich der Auftragnehmer im Falle des Verzuges auf das im Vertrag verankerte Schadensminimierungsprinzip berufen kann, um so die von ihm geschuldete Vertragsstrafe möglichst gering zu halten. Als Argument könnte man anführen, dass aus dem o. g. Prinzip für den Auftraggeber die Pflicht erwächst, Maßnahmen zur Verringerung der finanziellen Konsequenzen des Verzuges zu treffen. Diese Sichtweise findet in der Praxis des internationalen Anlagengeschäfts jedoch keine Zustimmung. Das Schadensminimierungsprinzip ist nicht als Einwand gegen den Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe anerkannt. Viele Verträge betonen ausdrücklich, dass der Auftrag-

---

[40] Im deutschen Rechtssystem ist das Prinzip der Schadensminimierung in § 254 (2) BGB verankert.

[41] Siehe hierzu u.a. *Elland-Goldsmith*, La "Mitigation of Damages" en droit anglais, RDAI 1987, S. 347 ff.; *Elland-Goldsmith*, Note sur la "Mitigation of Damages" en droit américain, RDAI 1987, S. 359 ff.; *Derains*, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI 1987, S. 375 ff.; *Elliott,* Mitigation of damages dans le droit de la construction, RDAI 1987, S. 383 ff.; *Level*, Obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction, RDAI 1987, S. 385 ff.

[42] Vgl. folgende Klausel: *"Mitigation of Loss: in all cases under this Contract where a party may avail itself of a breach of contract by the other or has a right to be indemnified for damages suffered, such party shall be under a duty to take all necessary measures to mitigate the loss which has occurred provided that this can be done without unreasonable inconvenience or cost"*.

[43] *Derains,* L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI 1987, S. 380.

[44] *Level,* a.a.O., S. 385.

nehmer die Verzugspönale nur in einem Fall nicht schuldet, nämlich allein dann, wenn er den Verzug nicht zu vertreten hat.

Weiterhin verstößt obige Argumentation gegen das -in einigen Rechtssystemen anerkannte- Prinzip, dass die Vertragsstrafe sogar in den Fällen geschuldet wird, in denen der tatsächliche Schaden des Auftraggebers niedriger als die Pönale bzw. gar nicht entstanden ist[45].

Im Rahmen der Diskussion um die Schadensminimierung tritt des weiteren die Frage auf, welche Verpflichtungen den Auftragnehmer im Falle eines nicht zu vertretenden Verzuges treffen. Folgende Formulierung ist ein Beispiel einer solchen Verpflichtung:

> *"Failure to Mitigate: If an event, for which Contractor is not responsible, has caused Contractor to be in delay in the performance of the Work, and Contractor fails to take such action as Contractor could lawfully and reasonably initiate to remove or relieve either the cause thereof or mitigate its direct or indirect effects, Purchaser may, after notice to Contractor, initiate and continue at Contractor's expense such reasonable measures as will be reasonably justified to remove or relieve such event or mitigate its direct or indirect effects".*

Auf den ersten Blick erscheinen solche Formulierungen als durchaus sinnvoll. Die Tatsache, dass der Auftragnehmer für den Verzugsgrund nicht verantwortlich ist, sollte keinen Anreiz dahingehend darstellen, dass der Auftragnehmer nun meint keine Anstrengungen zur Überwindung des Verzuges unternehmen zu müssen.

Es müssen jedoch geeignete Formulierungen gefunden werden, die für beide Seiten verhältnismäßig und objektiv sind. Sie dürfen nicht zu einem Mittel werden, den Auftragnehmer im Falle eines nicht verschuldeten Verzuges weiterhin ohne Kostenentschädigung verpflichten zu können. Ansonsten läge in einer solchen Formulierung eine Umgehung des Prinzips, gemäß welchem keine Vertragsstrafe oder Schadensersatzverpflichtung entsteht, wenn der Auftragnehmer einen Verzug nicht zu vertreten hat.

---

[45] Siehe hierzu die Erläuterungen zum französischen Recht und zum angloamerikanischen Recht, auf S. 21, 30 und 39.

2.5 Verzugspönale und Beschleunigungsbonus

Der Rückgriff auf Verzugspönalen in der Praxis des internationalen Anlagengeschäfts wird damit gerechtfertigt, dass der Auftraggeber aufgrund des Verzuges mit negativen finanziellen Konsequenzen zu rechnen hat. Ist die Anlage nicht rechtzeitig betriebsbereit, so kann der Auftraggeber die Anlage nicht zum geplanten Zeitpunkt zu kommerziellen Zwecken nutzen.

Sollte die Anlage dagegen früher als geplant fertig sein, so ist im Umkehrschluss zu dem oben Erläuterten nur logisch, dass sich dies auf die finanzielle Situation des Auftraggebers positiv auswirkt. Er kann früher als geplant mit dem kommerziellen Betrieb der Anlage Erträge erzielen[46].

Viele internationale Anlagenverträge greifen dies auf, indem ein Beschleunigungsbonus („*bonus for early completion*") vereinbart wird, mit welchem der Auftragnehmer für die beschleunigte Abwicklung der Bauarbeiten belohnt wird[47].

Solche Beschleunigungsvergütungen werden auch als „Gegenstück zur Vertragsstrafe" bezeichnet[48]. Eine Beschleunigungsprämie erscheint sinnvoll, denn der Gefahr eines Verzuges sollte im internationalen Anlagenbau nicht nur mit der Androhung von Vertragsstrafen, sondern auch mit einem positiven Anreiz für den Auftragnehmer begegnet werden, seine Verpflichtungen so schnell wie möglich zu erfüllen. Beschleunigungsprämien üben also im positiven Sinne Druck auf den Auftragnehmer aus und stellen ein genuines Anreizsystem zur Verfügung, um einen Verzug zu vermeiden[49].

Aus diesem Grund verlangt eine ausgewogene Einbeziehung des Verzuges als Leistungsstörung in den internationalen Anlagenvertrag die Vereinbarung einer Beschleunigungsvergütung.

---

[46] Siehe hierzu *de Galard*, a.a.O., S. 134.
[47] *Huse*, a.a.O., S. 232.
[48] *Bschorr/Zanner*, Die Vertragsstrafe im Bauwesen, S. 25.
[49] *Fontaine/de Ly,* Droit des contrats internationaux, S. 346.

2.6 Verzugspönale bei Multiblockanlagen

Üblicherweise bestehen Industrieanlagen aus mehreren Blöcken. Dies ist insbesondere in der Energiebranche der Fall, wenn bestimmte Einheiten eines Kraftwerkes eigenständig Elektrizität erzeugen können.

Findet bei solchen Multiblockanlagen das Übernahmeverfahren abschnittweise statt, so werden in der Regel auch die Verzugspönalen pro Block berechnet. Damit erreicht der Auftragnehmer eine Minimierung seiner Haftung aus Verzug, da der Verzug hinsichtlich eines Blocks nicht zu einer auf den gesamten Anlagenwert kalkulierten Vertragsstrafe führt. Für den Auftraggeber ist diese Teilung ebenfalls von wirtschaftlicher Bedeutung, da er bereits mit Übernahme des ersten Blocks mit der kommerziellen Nutzung der Anlage beginnen kann und nicht bis zur kompletten Errichtung der Gesamtanlage warten muss.

Im Rahmen der Vereinbarung von Verzugspönalen in Verträgen zur Errichtung von Multiblockanlagen tritt folgende Besonderheit auf: Trotz der klaren Aufteilung der Anlage in mehrere Blöcke, gibt es Komponenten (sog. „*common systems*“ oder „*common parts*“), die keinem Block allein angehören, weil sie für das Funktionieren aller Blöcke notwendig sind. Die Wasserpumpe, welche Wasser vom Fluss pumpt um das gesamte Kraftwerk mit Wasser zu versorgen, ist ein Beispiel solcher *common systems*. Da diese *common systems* schon für die Inbetriebnahme des ersten Blocks notwendig sind, werden sie in der Regel auch mit dem ersten Block abgenommen. Nach Abnahme beginnt die Gewährleistungsperiode und der Auftraggeber ist für das Betreiben des ersten Blocks und der *common systems* selbst verantwortlich. Der Betrieb der *common systems* ist wiederum für die Inbetriebnahme der weiteren Blöcke notwendig. Aus diesem Grund stellt sich das Betreiben der *common system* als Verpflichtung des Auftraggebers zum Zweck der Inbetriebsetzung der weiteren Blöcke dar. Dies sollte im Vertrag deutlich zum Ausdruck kommen.

Will der Auftraggeber technisch absichern, dass die Gesamtanlage bei gleichzeitigem Betrieb aller Blöcke zusammen mit den *common systems* problemlos funktioniert, wird er beispielsweise bei einer

Doppelblockanlage als Übernahmebedingung hinsichtlich des zweiten Blocks verlangen, dass ein erfolgreicher Probebetrieb der Gesamtanlage -trotz vorheriger Abnahme des ersten Blocks- durchgeführt werden muss. In einem solchen Fall muss der Auftraggeber nicht nur die *common systems,* sondern auch den ersten Block in Betrieb nehmen, damit der Auftragnehmer in der Lage ist, das Abnahmeverfahren bezüglich des zweiten Blocks durchzuführen. Die folgende Klausel zeigt, in welcher Art diese Verpflichtung des Auftraggebers in den Vertrag aufgenommen werden kann:

> "Operation of Unit 1 and Common Systems following Take-Over: following transfer of risk in and operation of Unit 1 and the Common Systems to the Purchaser pursuant to the provisions of this Contract dealing with Take-Over, the Purchaser shall ensure that Unit 1 and the Common Systems are operated in such manner as shall enable the Contractor to achieve Take-Over of Unit 2".

Im Hinblick auf eine Verzugspönale verschafft eine solche Klausel Klarheit über die Verteilung der Haftung aus Verzug: Sollte der Auftragnehmer hinsichtlich der Übernahme des zweiten Blocks aufgrund des fehlenden Betriebes des ersten Blocks oder der *common systems* durch den Auftraggeber in Verzug geraten, so ist er von der Verzugspönale befreit, da er den Verzug nicht zu vertreten hat. Solange der Auftraggeber direkt oder indirekt für das fehlende Betreiben des ersten Blocks oder der *common systems* verantwortlich ist (z.B. Stillegung der *common systems* aufgrund eines Streiks seines Personals), bereitet die Verwendung der oben zitierten Klausel keine Schwierigkeiten.

Wie ist jedoch die Rechtslage, wenn die Stillegung der *common systems* oder des ersten Blocks auf einem Mangel beruht, der einen Gewährleistungsfall darstellt? Kann in einem solchen Fall noch davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber seine Verpflichtung, die *common systems* oder den ersten Block zu betreiben, verletzt hat? Fraglich ist demnach, ob es als sachgemäß angesehen werden kann, den Auftragnehmer bezüglich der Abnahme des zweiten Blocks von der Verzugspönale zu befreien, wenn der Grund für den vom Auftraggeber verursachten Verzug (Fehlen des Betreibens der common systems bzw. des ersten Blocks) in einer

vom Auftragnehmer gelieferten, defekten Anlagenkomponente liegt.

Die Antwort auf diese Frage ist von immenser Bedeutung, denn von ihr hängt ab, ob eine Verwirkung der Verzugspönale hinsichtlich des zweiten Blocks eingetreten ist. Wenn man bedenkt, dass der Auftragnehmer eine mangelfreie Anlage liefern muss, so erscheint es als unsachgemäß, diesen von einer Haftung aus Verzug bei der Übernahme des zweiten Blocks zu befreien, wenn hinsichtlich des ersten Blocks bzw. der *common systems* ein Gewährleistungsfall vorliegt. Denkt man dies weiter, so käme man zwangsläufig zu dem Schluß, dass die Pflicht des Auftraggebers, die *common systems* oder den ersten Block zum Zweck der Übernahme des zweiten Blocks zu betreiben, nicht als verletzt anzusehen wäre, wenn der Grund dafür wiederum in einem Gewährleistungsfall liegt. Der Auftragnehmer hätte den Verzug also letztendlich zu vertreten und müsste folglich die Verzugspönale hinsichtlich des zweiten Blocks bezahlen.

Zwar erscheint diese Lösung auf den ersten Blick sachgemäß, doch sie verstößt gegen ein fundamentales Prinzip der Anlagengeschäftspraxis: Die Haftung des Auftragnehmers für Mängel während der Gewährleistungsperiode besteht in der Regel ausschließlich darin, den Mangel durch Ersetzen der defekten Komponenten oder Reparatur zu beseitigen[50]. Sinn und Zweck ist hingegen nicht, dass diese Haftung zur Zahlung einer Verzugspönale führt.

Weiterhin dient der Ausschluss von entgangenem Gewinn und ähnlichen Mangelfolgeschäden im Rahmen internationaler Anlagenverträge typischerweise gerade dazu, eine unzumutbare Haftung als Folge der Stillegung der Anlage während der Reparaturzeiten auszuschließen. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Verzugspönale im Hinblick auf den zweiten Block, die aus der Stillegung des ersten Blocks oder der *common systems* wegen Reparaturarbeiten resultiert, steht demgemäss in Konflikt mit den traditionellen Haftungssauschlüssen im internationalen Anlagengeschäft[51].

---

[50] Vgl. zu den Gewährleistungsaspekten in internationalen Anlagenverträgen, ab S. 84.

[51] Vgl. zum Haftungsausschluss in internationalen Anlagenverträgen, ab S. 89.

Daher ist es nicht angebracht, den Auftragnehmer zur Zahlung einer Verzugspönale bezüglich des zweiten Blocks zu verpflichten, selbst wenn die Stillegung des ersten Blocks oder der *common systems* auf einen Gewährleistungsfall zurückzuführen ist.

II. Technische Pönalen

1. Gestaltung der technischen Pönale

Durch technische Pönalen wird im internationalen Industrieanlagenvertrag vereinbart, dass der Auftragnehmer im Falle des Nichterreichens der versprochenen Garantiewerte eine bestimmte Summe an den Auftraggeber zu zahlen hat. Im angloamerikanischen Rechtskreis sind solche technischen Pönalen unter dem Begriff *„performance liquidated damages"* oder *„liquidated damages for failure to reach guaranteed performances"* bekannt.

Wie bei den Verzugspönalen kann die vereinbarte Summe entweder aus einem festen Betrag oder einem Prozentsatz des Vertragspreises bestehen. Die Art und Zahl der pönalisierten Garantiewerte hängt von den technischen Parametern der Anlage und den besonderen Forderungen des Auftraggebers ab. Im Allgemeinen betreffen diese Pönalen drei Kategorien von technischen Parametern, namentlich Verbrauchswerte, Leistungswerte und die Verfügbarkeitswerte[52].

Durch die Festlegung von Verbrauchswerten soll sichergestellt werden, dass die Anlage nicht mehr Rohstoffe verbraucht als zugesichert, denn ansonsten ist das Betreiben der Anlage teurer als geplant. Mittels der Bestimmung von Leistungswerten wird sichergestellt, dass die Anlage tatsächlich die Menge von Produkten herstellt, die vertraglich vereinbart wurde. Durch eine Festlegung bestimmter Verfügbarkeitswerte sichert sich der Auftraggeber dahingehend ab, dass die Anlage über eine bestimmte Dauer von Betriebsstunden ohne Unterbrechung betrieben werden kann. Die Zuverlässigkeit der Anlage steht dabei im Mittelpunkt der Verfügbarkeitswerte.

[52] Zur Darstellung der verschiedenen Garantien in einem typischen Anlagenvertrag, siehe *Schlotke*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 155 ff.

Bei einer Dampfkesselanlage können beispielweise folgende technische Werte pönalisert werden[53]:

- Minderleistung;
- Abgasverlust;
- Feuerungsverlust;
- Frischdampftemperatur;
- Zwischendampftemperatur;
- Frischdampfdruck;
- Druckabfall;
- Einspritzmenge;
- Kraftstoffbedarf.

Bei einer Restabfallvorbehandlungsanlage kommt die Pönalisierung folgender technischer Werte in Betracht:

- Feuerungswärmeleistung;
- Frischdampfmenge;
- Bruttostromerzeugung;
- Stromeigenbedarf;
- Ammoniakwasserverbrauch;
- Kalkverbrauch.

Sollten die vereinbarten Leistungs- und Verbrauchswerte nicht erreicht werden, so muss der Auftragnehmer bei Überschreitungen bzw. Unterschreitungen pro angefangener Einheit (d.h. pro % der Abweichung) einen bestimmten Betrag oder einen bestimmten Prozentsatz des Vertragspreises als technische Pönale bezahlen.

Anzumerken ist diesbezüglich, dass nicht alle zugesicherten technischen Parameter Gegenstand einer Pönale sein können. Dies hängt damit zusammen, dass nur das Erreichen einiger bestimmter technischer Werte für die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften bzw. die Erteilung einer Genehmigung notwendig ist. Bei diesen Werten handelt es sich beispielsweise um Immissions- oder Lärmwerte[54].

---

[53] Für ein Beispiel solcher Werte bei einer Düngemittelanlage, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 48 und 49. Für ein Beispiel solcher Werte bei einer Anlage zur Erzeugung von Eisenschwamm, siehe *Schlotke*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 155. Für ein Beispiel solcher Werte bei einem Kraftwerk, siehe *Rabier*, a.a.O., S. 164 ff.

[54] Zum Thema Immissionswerte als vertragliche Garantien, siehe *Kirchgässer,* a.a.O., S. 942; *Rabier*, a.a.O., S. 165.

Sollten die vorgenannten Werte überschritten werden, so verstößt der Auftraggeber mit dem Betrieb der Anlage gegen das Gesetz, was die Umweltbehörden in einigen Ländern u. U. zur Anordnung einer Stillegung der Anlage berechtigen kann[55]. In diesen Fällen ist die Zahlung einer Pönale als Entschädigung unzureichend. Der Auftragnehmer hat stattdessen eine weitergehende sog. „*make good*"-Verpflichtung.

Die Praxis auf dem internationalen Markt zeigt, dass technische Pönalen für traditionelle Großprojekte zwischen 0.5% und 1% des Vertragspreises pro Prozent Abweichung liegen[56]. Im Bereich von Großprojekten auf privatfinanzierter Basis, bei denen die Haftung aufgrund der gesamten finanziellen Projektstruktur entschärft ist, können die technischen Pönalen 1% bis 2% des Vertragspreises pro Prozent Abweichung erreichen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Festlegung des Nichterreichens der Garantiewerte ist der Leistungstest, der im Rahmen des Abnahmeverfahrens stattfindet.

Bei Multiblockanlagen wird die technische Pönale -wie die Verzugspönale auch- in der Regel pro Block festgesetzt, um so das Risiko des Auftretens mangelhafter technischer Werte zu minimieren.

Auch bei technischen Pönalen verlangen die Auftragnehmer im internationalen Anlagengeschäft systematisch die Festsetzung einer maximalen Grenze, die bei der Kalkulation der technischen Pönalen nicht überschritten werden darf. In der Praxis des internationalen Marktes betragen die Höchstbeträge für traditionelle Großprojekte 10% bis 15% des Vertragspreises. Bei Großprojekten auf privatfinanzierter Basis können diese Werte 15% bis -in extrem Fällen- 20% des Vertragspreises erreichen[57].

---

[55] In Frankreich z.B. sind Umweltbehörden dazu befugt, das Betreiben einer Industrieanlage temporär zu verbieten oder sogar, in extremen Fällen von Gesetzesverletzungen, zu schließen (siehe hierzu *Le Goff*, The French approach to corporate liability for damage to the environment, TECLF 1997, S. 45).

[56] Siehe hierzu *Fischer,* Die Abnahme beim Anlagengeschäft, DB 1984, S. 2128.

[57] *Rabier*, a.a.O., S. 166, erwähnt 10% bis 20% als Höchstgrenze im Bereich des internationalen Markts für den Bau von Kraftwerken, ohne zwischen traditionellen und privatfinanzierten Großprojekten zu unterscheiden.

Denkbar ist weiterhin die Festsetzung unterschiedlicher maximaler Grenzen, je nach der jeweiligen Kategorie der technischen Pönale: z.B. 10% Maximum betreffend der Leistungswerte, 10% für Verbrauchswerte und 15% insgesamt.

Basierend auf den oben dargelegten Gesichtspunkten der Gestaltung technischer Pönalen im internationalen Anlagengeschäft, könnte beispielsweise folgende Klausel[58] zur Festsetzung von Leistungs- und Verbrauchswerten verwendet werden[59]:

> *"The Contractor guarantees that the Power Plant will be capable of achieving the agreed Performance Guarantees during the scheduled Performance Test. The Contractor agrees that, if the Power Plant has not achieved 100 percent or higher of the guaranteed Electrical Output and 100 percent or lower of the guaranteed Heat Rate Guarantee, then in either case the Contractor shall pay to the Purchaser as liquidated damages the following amounts:*
>
> - *Euros [x] for each kilowatt by which the net electrical output of the Power Plant is less than the guaranteed Electrical Output;*
> - *Euros [x] per kJ/kWh by which the net Heat Rate is more than the guaranteed Heat Rate.*
> - *Euros [x] for each kilogram per hour of limestone by which consumption exceeds the guaranteed Limestone Usage Rate.*
>
> *In no event shall the sum of the Contractor's liability to the Purchaser under this Contract for all sums to be paid as liquidated damages for failure to reach guaranteed performances exceed, in the aggregate, [x] per cent of the Contract Price".*

Wie bezüglich der Verzugspönalen, wird auch hinsichtlich technischer Pönalen in Verträgen, die englischem oder amerikanischem Recht unterstehen, üblicherweise der folgende Aus-

[58] Diese Klausel ist für einen Vertrag zur Errichtung eines Kraftwerks gedacht. Für andere Musterklauseln in diesem Bereich, siehe *Rabier*, a.a.O., S. 164 ff.

[59] Für ein konkretes Beispiel bei einer Düngemittelanlage, siehe *Dünnweber*, a.a.O., S. 120.

legungshinweis hinzugefügt. Dieser soll klarstellen, dass es sich bei den vereinbarten technischen Pönalen um gültige *liquidated damages* und nicht um ungültige *penalties* handelt:

> *"The parties hereby acknowledge and agree that the terms, conditions and amounts fixed pursuant to this Contract for the failure of Contractor to achieve the agreed Performance Guarantees Payments are a genuine and reasonable estimation of the loss and damage that the Purchaser will sustain in the event of the Contractor's failure to achieve such Performance Guarantees".*

2. Sonderfragen der Anwendung technischer Pönalen

Allein die Verwendung der vorgenannten Musterklausel zur Vereinbarung technischer Pönalen beseitigt jedoch nicht alle Schwierigkeiten, die in diesem Zusammenhang entstehen können. In den folgenden Abschnitten folgt daher eine Darstellung derjenigen Fragen, die sich in der internationalen Anlagengeschäftspraxis bei der Benutzung von technischen Pönalen immer wieder stellen.

2.1 Technische Pönale und weitergehender Schaden

Muss der Auftragnehmer eine technische Pönale zahlen, so liegt es in seinem Interesse dass sichergestellt ist, dass damit alle Ansprüche des Auftraggebers aus dem Nichterreichen der Garantiewerte abgegolten sind. In internationalen Anlagenverträgen werden deshalb bezüglich der technischen Pönalen die bereits in Zusammenhang mit den Verzugspönalen erwähnten *„full and final satisfaction"*-Vereinbarungen getroffen[60].

Bei der Festsetzung der technischen Pönalen wird der Auftraggeber mittels mathematischer Formel in Bezugnahme auf die Lebensdauer der Anlage (20 bis 30 Jahre) errechnen, was er an Verlusten erleidet, wenn die Garantiewerte nicht erreicht werden.

[60] Vgl. folgende Klausel: *„The parties acknowledge and agree that the Liquidated Damages for failure to reach guaranteed performances provided for in this Contract shall be payable in full and final satisfaction of Contractor's liability for failure to reach such guaranteed performances„.*

Die Zahlung der technischen Pönale entspricht somit einer Reduzierung des Vertragspreises um den Minderwert der Anlage, der wiederum auf den schlechteren Garantiewerten beruht. Aus diesem Grund sollte es im Falle der Zahlung technischer Pönalen ohnehin keine Möglichkeit der Geltendmachung weitergehender Schäden geben.

Daher breitet die Vereinbarung von *„full and final satisfaction"*-Formulierungen bezüglich technischer Pönalen zwischen den Parteien in der Regel keine Probleme.

2.2 Technische Pönale und Kündigung bzw. Rücktritt

Die Zahlung einer Vertragsstrafe als Entschädigung für mangelnde technische Eigenschaften macht für den Auftraggeber nur dann Sinn, wenn die tatsächlich erreichten technischen Werte, obwohl schlechter als die vereinbarten Garantiewerte, wenigstens eine gewisse Grenze nicht unterschreiten (bei Leistungswerten) bzw. überschreiten (bei Verbrauchswerten). Bei außerordentlich schlechten Werten wird das Betreiben der Anlage unwirtschaftlich.

In diesem Zusammenhang ist in der Praxis des internationalen Anlagengeschäfts das Konzept von *„mimimum guaranteed performances"* oder *„acceptance limits"* entwickelt worden[61]. Wenn beim Nichterreichen der minimalen Garantiewerte die Zahlung der technischen Pönale als Entschädigung nicht mehr ausreichend bzw. unzweckmäßig ist, so stellt sich die Frage, welche Ansprüche dem Auftraggeber stattdessen zustehen sollen.

Eine erste denkbare Lösung wäre dem Auftraggeber das Recht zu erteilen, anstelle des Auftragnehmers einen Dritten einzuschalten, der auf Kosten des Auftragnehmers technische Verbesserungen an der Anlage durchführt. Das Scheitern des Auftragnehmers lässt aber befürchten, dass ein anderer, mit Design und Technik der Anlage weniger vertrauter Anlagenbauer die Garantiewerte ebenso wenig erreichen wird. Aus diesem Grund ist diese Lösung nur unter bestimmten Umständen zweckmäßig und ausreichend, namentlich

[61] In deutschen Rechtskreisen wird diese Problematik unter dem Konzept "absolute Garantien" oder "Mindestkennziffer" angeschnitten. Siehe hierzu *Lappe*, a.a.O., S. 214 und *Molls*, a.a.O., ZfBR 1981, S. 5.

dann, wenn das Nichterreichen der Garantiewerte auf eine genau zu identifizierende Anlagenkomponente (Beispiel: Generator des Kraftwerks) zurückzuführen ist, für welche eine Ersatzbeschaffungslösung auch realistisch erscheint.

Als Alternative zur Ersatzbeschaffungslösung könnte weiterhin die Möglichkeit eines Rücktritts in Betracht kommen. Schon im Zusammenhang mit der Diskussion hinsichtlich der Verzugspönalen wurde jedoch dargelegt, dass im internationalen Anlagengeschäft ein Recht auf Rücktritt typischerweise ausgeschlossen ist[62]. Die grundsätzliche Lösung wählt daher einen anderen Weg als das Rücktrittsrecht. Diesbezüglich kann zwischen zwei Fällen unterschieden werden:

- Erster Fall: Der Auftragnehmer hat die minimalen Garantiewerte nur bei einigen wenigen Einheiten nicht erreicht. In diesem Fall sollte auf „Verhandlungslösungen" zurückgegriffen werden[63]. Um die Kündigung des Vertrages unter Rückgriff auf Ersatzbeschaffung zu vermeiden, könnte dem Auftragnehmer beispielsweise vertraglich die Möglichkeit eingeräumt werden, dem Auftraggeber den Anspruch auf die technische Pönale zu gewähren, obwohl die minimalen Garantiewerte tatsächlich gar nicht erreicht wurden[64]. Eine andere Lösung könnte darin bestehen, dem Auftraggeber einen Anspruch auf eine angemessene Reduzierung des Vertragspreises zuzugestehen, deren Höhe -für den Fall der Uneinigkeit zwischen den Parteien- durch Schiedsrichter oder Experten festgelegt werden würde[65];

- Zweiter Fall: Es liegen sehr schlechte technische Werte vor, die weit von den minimalen Werten entfernt sind. Hier ist das Kündigungsrecht mit Rückgriff auf die Ersatzbeschaffung unentbehrlich, da dem Auftraggeber das Betreiben der Anlage nicht zugemutet werden kann[66].

---

[62] Ausführlicher hierzu, auf S. 147.
[63] *Fischer*, Die Abnahme beim Anlagengeschäft, DB 1984, S. 2129.
[64] Vgl. *Meuret*, Approche et gestion des risques dans les contrats internationaux de BTP et de vente d'ensemble industriel, RDAI 1988, S. 818, und seine Darstellung gradueller Sanktionen.
[65] Laut *Lappe* (a.a.O., S. 215) kann die Preisminderung nach dem Wert des betroffenen Anlagenteils berechnet werden.
[66] Siehe hierzu *Molls, a.a.O.*, ZfBR 1981, S. 5.

Ein gutes Beispiel der Einbindung dieser Problematik in einen typischen internationalen Industrieanlagenvertrag bietet Artikel 35.8 der englischen MF/1-Bedingungen, der wie folgt lautet:

> *"35.8 Consequences of Failure to Pass Performance Tests:*
>
> *If the Works or any Section fails to pass the Performance Tests (or any repetition thereof) within the period specified in the Special Conditions or, if no period is specified, within a reasonable time:*
>
> *(a) where liquidated damages for failure to achieve any guaranteed performances have been specified in the Special Conditions and the results are within the stipulated acceptance limits the Contractor shall pay or allow to the Purchaser the liquidated damages so specified. Upon payment or allowance of such liquidated damages by the Contractor, the Purchaser shall accept the Works.*
>
> *(b) where such damages have been so specified but the results are outside the stipulated acceptance limits, or where liquidated damages have not been so specified, the Purchaser shall be entitled to accept the Works or the Section subject to such reasonable reduction in the Contract Price as may be agreed by the Purchaser and the Contractor or, in default of agreement, as may be determined by arbitration under Clause 52 (Disputes and arbitration).*
>
> *(c) where such failure of the Works or the Section would deprive the Purchaser of substantially the whole of the benefit thereof the Engineer shall be entitled to reject the Works or the Section and the Purchaser shall be entitled to proceed in accordance with Clause 49 (Contractor's default)".*

2.3 Technische Pönale und „*buy-down*"-Problematik

Viele internationale Anlagenverträge verpflichten den Auftragnehmer, mittels angebrachter Verbesserungsmaßnamen „sein Bestes zu tun", um die versprochenen Garantiewerte zu erreichen.

Ein Beispiel für eine solche Vereinbarung bietet die folgende Klausel:

> *„The Contractor agrees to exhaust every reasonable repair and replacement option in order that the Facility may attain the agreed guaranteed performances"*.

Eine solche Formulierung kann -wenn sie vorbehaltlos akzeptiert wird- für den Auftragnehmer ein enormes Risikopotential bergen: In Fällen, in denen er die Garantiewerte lediglich bei wenigen Einheiten nicht erreicht, könnte er zur Durchführung von teuren Verbesserungsmaßnahmen gezwungen sein, obwohl die Zahlung der technischen Pönale wirtschaftlich günstiger für ihn wäre.

Darüber hinaus müsste er im Falle des Überschreitens des garantierten Abnahmetermins aufgrund der Durchführung der Verbesserungsarbeiten die Verzugspönale zusätzlich bezahlen.

Um einen solchen finanziellen Nachteil zu vermeiden, sehen die meisten internationalen Anlagenverträge ein sog. *„buydown"* vor. Der Begriff *„buydown"* soll dabei ausdrücken, dass der Auftragnehmer die Möglichkeit hat, sich die Abnahme der Anlage gegen Zahlung der technischen Pönalen erkaufen zu können.

Durch eine *„buydown"*-Vereinbarung hat der Auftragnehmer zwei Optionen:

- <u>Erste Option</u>: Um die Zahlung der technischen Pönale zu vermeiden, kann er versuchen, die Garantiewerte durch Reparaturen oder sonstigen Verbesserungsmaßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt zu erreichen.

- <u>Zweite Option</u>: Der Auftragnehmer erklärt sich nicht bereit, weitere Verbesserungsversuche zu unternehmen und zahlt stattdessen die technische Pönale, um damit eine sofortige Abnahme der Anlage zu erreichen.

Es liegt dabei auf der Hand, dass erstere Möglichkeit nur beansprucht werden wird, wenn die erreichten Garantiewerte äußerst schlecht sind. Durch die Ausübung dieser ersten Option versucht der Auftragnehmer, die Zahlung einer hohen technischen

Pönale zu vermeiden. Verlangen die Verbesserungsversuche jedoch viel Zeit und lösen dadurch ggf. Verzug aus, so macht die Ausübung der ersten Option in der Regel wirtschaftlich gesehen keinen Sinn. Der Auftragnehmer wird in solchen Fällen nicht das Risiko eingehen, als Folge eines u. U. durch die Reparaturarbeiten verursachten Verzuges die Verzugspönale bezahlen zu müssen. Dies gilt insbesondere, wenn die Erfolgsaussichten der Verbesserungsmaßnahmen zweifelhaft sind.

Folgende Klausel gibt ein Beispiel dafür, wie das "*buydown*"-Prinzip in einen typischen internationalen Anlagenvertrag eingearbeitet werden kann:

> *"Buydown: Should Contractor achieve the Minimum Performance Parameters, but fails in the Performance Tests to achieve one or more of the Guaranteed Performances in respect of which performance liquidated damages are payable, the Contractor may at its option either i) at any time, pay to the Owner the performance liquidated damages provided in this Contract for the failure to meet the Guaranteed Performances, in which case these Guaranteed Performances shall be deemed to have been achieved or ii) continue with remedial works with the aim of achieving such Guaranteed Performances".*

2.4 Technische Pönale und Bonus für verbesserte Garantiewerte

Der Rückgriff auf technische Pönalen in der internationalen Anlagengeschäftspraxis wird dadurch gerechtfertigt, dass der Auftraggeber aufgrund des Nichterreichens der zugesicherten Garantiewerte mit negativen finanziellen Konsequenzen zu rechnen hat: Verbraucht die Anlage höhere Rohstoffmengen, so wird auch die Produktion von Gütern teurer. Sollte die Anlage zu wenig Leistung bringen, dann werden weniger Güter produziert. Sollte die Anlage jedoch eine bessere Leistung haben oder weniger Rohstoffmengen als vereinbart verbrauchen, so ist im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage des Auftraggebers logische Konsequenz, dass sich diese vorteilhafter gestaltet. Die Produktion von Gütern wird billiger bzw. es werden mehr Güter hergestellt.

In internationalen Anlagenverträgen kann dies dadurch aufgegriffen werden, dass ein Bonus für verbesserte Garantiewerte („*bonus for improved performances*") gewährt wird, um den Auftragnehmer für das Erreichen besserer technischen Werte zu belohnen[67].

In Anlehnung an das hinsichtlich der Beschleunigungsvergütungen Erläuterte, sind solche Prämien für verbesserte Garantiewerte als gerechtfertigt anzusehen. Ein etwaiges Nichterreichen technischer Garantiewerte sollte nicht immer allein durch Sanktionierung des Auftragnehmers zu vermeiden versucht werden. Darüber hinaus übt der Bonus als „Anreizmechanismus" einen positiven Druck auf den Auftragnehmer aus[68].

Aus diesem Grund verlangt eine ausgewogene Berücksichtigung der Problematik des Nichterreichens von Garantiewerten im Rahmen eines internationalen Anlagenvertrages die Vereinbarung einer Vergütung für verbesserte Garantiewerte, welche ein Gegengewicht zu den technischen Pönalen bildet.

2.5 Technische Pönale und Gewährleistungspflicht

Kernfrage hinsichtlich des Verhältnisses von technischer Pönale und Gewährleistungspflicht ist, ob die durch die technische Pönale begründete Haftung auch während der Gewährleistungsperiode bestehen soll[69]. Diese Frage betrachtet *Kirchgässer* als „ein in der Praxis nur schwer lösbares Problem"[70]. Nach erfolgreichem Leistungstest wird die Anlage abgenommen. Dadurch sollte grundsätzlich auch die auf der technischen Pönale basierende Haftung ein Ende haben.

Leider sind Anlagenverträge diesbezüglich oftmals sehr ungenau formuliert. Einige ungeschickte Formulierungen in Gewährleistungsklauseln können dem Auftraggeber u. U. das Recht zugestehen,

---

[67] *Huse*, a.a.O., S. 277.
[68] *Fontaine/de Ly,* Droit des contrats internationaux, S. 354.
[69] Diese Frage ist von der Problemstellung zu unterscheiden, ob eine Haftung für Schadensersatz in form einer Vertragsstrafe für die Stillegung der Anlage während der Durchführung von Reparaturen angebracht ist. Zu dieser Problemstellung, siehe *Molls*, a.a.O., ZfBR 1981, S. 3, wonach Forderungen nach solchen Vertragsstrafen abzulehnen sind.
[70] *Kirchgässer*, a.a.O., S. 942.

nach größeren Reparaturen eine Wiederholung des Leistungstests zu verlangen. Aus Sicht des Augtraggebers ist dieses Anliegen nur verständlich, besteht doch bei der Reparatur oder Ersetzung kritischer Komponenten (z.B. bei dem Rotor eines Kraftwerkes) die Gefahr, dass die Anlage nach der Reparatur nicht dieselben Leistungen erbringt wie vorher. Aus technischer Sicht kann diese Lösung überzeugen, doch aus juristischer Sicht stellt sich die problematische Frage, welche Konsequenzen diese Wiederholung des Leistungstests für die Gewährleistungsperiode hat.

Ein Beispiel unklarer Formulierungen in diesem Gebiet ist Artikel 36.7 der englischen MF/1 Bedingungen:

> *"36.7 Further Tests: If the repairs or replacements are of such a character as may affect the operation of the Works or any part thereof, the Purchaser or the Engineer may within one month after such repair or replacement give to the Contractor notice requiring that further Tests on Completion or Performance Tests be made, <u>in which case such Tests shall be carried out as provided in Clauses 28 (Tests on completion) or 35 (Performance tests)</u> as the case may be."*[71]

Da die technische Pönale in Artikel 35.8 der MF/1-Bedingungen geregelt wird, stellt sich bei der Auslegung von Artikel 36.7 die Frage, ob der allgemeine Querverweis auf Artikel 35 auch hinsichtlich einer Wiederholung des Leistungstests zur Geltung der technischen Pönale für den Fall des Nichterreichens der Garantiewerte führt. Eine ähnliche Frage stellt sich im Zusammenhang mit Artikel 11.6 des FIDIC *„Silver Book"*[72], der wie folgt lautet:

> *"11.6 Further Tests: If the work of remedying of any defect or damage may affect the performance of the Works, the Employer may require the repetition of any of the tests described in the Contract, including Tests on Completion and/or Tests after Completion. (…) <u>These tests shall be carried out in accordance with the terms applicable to the previous tests</u> (…)."*[73]

[71] Hervorhebung durch den Verfasser.
[72] Ausführlicher zum FIDIC "*Silver Book*", auf S. 111.
[73] Hervorhebung durch den Verfasser.

Solche Unklarheiten sollten vermieden werden. Es sollte vielmehr eine ausgewogene Vertragsregelung im Hinblick auf die Thematik der technischen Pönalen und der Wiederholung des Leistungstests während der Gewährleistungsperiode getroffen werden.

Diesbezüglich zu beachtende Grundsätze lauten wie folgt:

- Das Recht des Auftraggebers auf Wiederholung des Leistungstests nach einer Reparatur sollte nur zugelassen werden, wenn die Reparatur kritische Komponenten betrifft und die ernsthafte Gefahr einer Beeinträchtigung der Garantiewerte aufgrund dieser Reparatur vorliegt.

- Bei der Wiederholung des Leistungstests sollten zur Berücksichtigung des Alters der Anlage sog. *„degradation curves"* benutzt werden.

- Die Wiederholung des Leistungstests sollte keine Haftung durch technische Pönalen auslösen. Mit Übernahme der Anlage sollte die auf der technischen Pönale basierende Haftung endgültig abgeschlossen sein. Ansonsten wäre der Auftragnehmer mit einem dauernden Vertragsstrafenrisiko konfrontiert. Bedenkt man, dass die Gewährleistungsperiode bis zu zwei Jahre betragen kann, so ist eine solche Haftung unzumutbar.

- Die Wiederholung des Leistungstests sollte lediglich eine Nachbesserungsverpflichtung auslösen, wenn und soweit die Anlage nicht in dem vor der Reparatur bestehenden Zustand „zurückgegeben" wird. Dieser Zustand kann problemlos durch Betriebsdaten der Anlage ermittelt werden.

2.6 Technische Pönale und Verfügbarkeitswerte

Im Problemkreis der technischen Pönale nehmen Verfügbarkeitswerte eine Sonderstellung ein. Diese Verfügbarkeitswerte werden im Rahmen des Probebetriebs getestet. Je nach Art und Komplexität der Anlage kann der Probebetrieb zwischen 7 und 30 Tagen dauern. Die erwarteten Verfügbarkeitswerte liegen in der Regel je nach Art der Anlage zwischen 90-95%. Die Anlage muss während des Probebetriebs also mindestens zu 90-95% verfügbar sein, damit der Test als erfolgreich gewertet werden kann.

Werden die Verfügbarkeitswerte hingegen nicht erreicht, so muss der Auftragnehmer den Probebetrieb erneut aufnehmen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie ein fehlerhafter Probebetrieb zu sanktionieren ist.

Die Antwort auf diese Frage hängt maßgeblich davon ab, ob der Probebetrieb vor oder nach Abnahme der Anlage durchgeführt wird:

- Variante 1: Probebetrieb vor Abnahme: In dieser Fallkonstellation ist das Erreichen der Verfügbarkeitswerte während des Probebetriebs Teil der Bedingungen für die Erteilung des Abnahmezertifikats. Solange der Probebetrieb erfolglos bleibt, verschiebt sich die Abnahme. Wenn sich die Abnahme aus diesem Grund über das vertraglich garantierte Abnahmedatum hinaus verschiebt, gerät der Auftragnehmer in Verzug. Dadurch wird eine Haftung aus Verzug ausgelöst, die wiederum zur Verpflichtung der Zahlung der Verzugspönale führt. Dies bedeutet, dass das Nichterreichen der Verfügbarkeitswerte letztendlich durch die Verzugspönale sanktioniert wird. Es besteht demnach kein Bedarf, Verfügbarkeitswerte *per se* mit einer technischen Pönale zu verbinden. Die maximale Höhe der Verzugspönale repräsentiert also ebenfalls die maximale Haftung des Auftragnehmers für das Scheitern des Probebetriebs.

- Variante 2: Probebetrieb nach Abnahme: In diesem Fall besteht keine Verzugsgefahr mehr, da die Anlage bereits abgenommen worden ist. Ein Rückgriff auf die Verzugspönale im Falle des Scheiterns des Probebetriebs scheidet daher aus. Vielmehr muss der Probebetrieb hier an eine sog. Verfügbarkeitspönale geknüpft werden. Der Auftragnehmer muss pro Prozent fehlender Verfügbarkeit eine gewisse Summe bezahlen, die in der Regel die finanziellen Konsequenzen einer Stillegung der Anlage nach Beginn des kommerziellen Betriebs abdecken soll. Da somit eine eigenständige technische Pönale für den Probebetrieb geschaffen wird, muss für diese ebenfalls eine maximale Höhe vereinbart werden. Eine maximale Höhe von ca. 5% des Vertragspreises erscheint dabei gerechtfertigt.

Es stellt sich jedoch die Frage, welche Rechte dem Auftragnehmer zustehen, wenn die maximale Höhe der Verfügbarkeitspönale erreicht wird. Ein Verschieben der Abnahme als Sanktion ist hier nicht mehr möglich, weil die Abnahme bereits stattgefunden hat. Eine Kündigung des Vertrages ist zu diesem Zeitpunkt sinnlos. Um den Auftraggeber in dieser Situation ausreichend zu schützen und dem Auftragnehmer genug Motivation zu geben, den Probebetrieb trotz des möglichen Erreichens der maximalen Höhe der Verfügbarkeitspönale erfolgreich zu Ende zu führen, sehen Anlagenverträge in der Regel zwei Lösungen vor.

Die erste Lösung besteht darin, die Zahlung der letzen Rate des Vertragspreises mit dem erfolgreichen Abschluss des Probebetriebs zu verknüpfen.

Die andere Lösung verbindet das Erlöschen der von dem Auftragnehmer am Anfang des Projekts gegebenen Bankgarantien mit dem erfolgreichen Abschluss des Probebetriebs. Je nach Verhandlungsmacht der Parteien und der Höhe der Verfügbarkeitspönale können diese Lösungen miteinander verbunden werden.

Beide Optionen (Variante 1 und Variante 2) treten in der Praxis gleichermaßen häufig auf.

Ist die maximale Höhe der Verfügbarkeitspönale angemessen, so erscheint Variante 2 die ausgeglichenere Lösung, insbesondere wenn der Probebetrieb für eine längere Testperiode (d.h. über 10 Tage) vorgesehen ist. Steht die Anlage zum Betrieb bereit und ist der Leistungstest erfolgreich abgeschlossen, dann erscheint es angebracht, das Verzugsrisiko zu diesem Zeitpunkt aufzuheben, denn die Voraussetzungen für den Beginn des kommerziellen Betriebes der Anlage sind erfüllt. Insofern spricht nichts gegen die Einreichung des Abnahmezertifikats. Der Probebetrieb nach Abnahme kann somit eher als „*fine tuning*“ der Anlage angesehen werden.

§ 2 Funktion der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag

Im ersten Teil der Arbeit wurde dargestellt, welche Funktion die Vertragsstrafe als Rechtsinstitut in verschiedenen Rechtssystemen erfüllt. Hinsichtlich der Ausführungen zur Typologie der Vertragsstrafe in internationalen Industrieanlagenverträgen stellt sich nun die Frage, welche Rolle der Vertragsstrafe in der internationalen Anlagengeschäftspraxis zukommt.

Es sind diesbezüglich drei mögliche Funktionen aufzuzählen, namentlich Druckfunktion, Schadenspauschalierungsfunktion und Haftungsbeschränkungsfunktion. Insofern kann im internationalen Anlagengeschäft von einer „Tri-Funktionalität" der Vertragsstrafe gesprochen werden. Die verschiedenen Funktionen sollen nun im Rahmen des folgenden Abschnitts näher dargestellt werden.

I. Druckfunktion

Das der Vertragsstrafe im Rahmen internationaler Verträge eine Druckfunktion zukommt, ist unverkennbar[74].

Es wurde bereits dargelegt, dass die maximale Höhe der Vertragsstrafe nicht selten 10% oder sogar 15% des Vertragspreises beträgt. Wenn man bedenkt, dass der Vertragspreis schlüsselfertiger Anlagen häufig bei mehreren hundert Millionen Euro liegt, so wird deutlich, dass die Vertragsstrafe dann ebenfalls mehrere hundert Millionen Euro beträgt.

Bei einer 500 Millionen Euro teueren Anlage mit einer maximalen Höhe der Verzugspönale von 15% des Vertragspreises, kann die Haftungshöchstgrenze im Falle des Verzuges bei bis zu 75 Millionen Euro liegen. Wenn die Rate der Verzugspönale pro Woche der

[74] Siehe u.a. *Joussen*, a.a.O., S. 126; *Molter*, a.a.O., S. 60; *Molls*, a.a.O., ZfBR 1980, S. 57; *Draetta/Lake,* Contrats internationaux, S. 115; *Knacke,* Die Vertragsstrafe im Baurecht, S. 2; *Wiemer,* Die Bedeutung der Vertragsstrafe für Know-How Verträge, S. 4*; Fontaine/de Ly,* Droit des contrats internationaux, S. 371; *Dubisson,* La négociation des marchés internationaux, S. 203; *von Oppen*, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und -erledigung, S. 113; *Rabier*, a.a.O., S. 159.

Verspätung zu errechnen ist und sie -wie nicht unüblich ist- 0.5% des Vertragspreises beträgt, so sind es schon 2.5 Millionen Euro, die der Auftragnehmer pro Woche der Verspätung zu zahlen hat.

Bei diesen Beträgen kann eine Druckfunktion der Vertragsstrafe nur schwerlich geleugnet werden.

Die o. g. hohen Summen können im Anlagenbau dazu führen, dass die zukünftigen Erträge des Projektes allein aufgrund der für einige Wochen Verspätung zu zahlenden Verzugspönale zunichte gemacht sind. In obigem Beispiel (0.5% Verzugspönale pro verspäteter Woche) wäre ein geplanter Ertrag von 5% des Vertragspreises schon nach 10 Wochen Verspätung vernichtet. Auch diese Zahlen üben sehr starken Druck auf den Auftragnehmer aus, die Bauarbeiten fristgemäß durchzuführen.

Bei Verträgen, die angloamerikanischem Recht unterstehen, kann eine solche Druckfunktion jedoch nicht offiziell anerkannt werden. Wie bereits erläutert, würde jeder Verweis auf eine solche Funktion zur Qualifikation als *penalty* führen, die in diesen Rechtssystemen als unzulässig angesehen wird.

De facto ist jedoch festzuhalten, dass Vertragsstrafen auch im Rahmen dieser Verträge Druckfunktion ausüben, denn die oben dargestellten Gesichtspunkte gelten unabhängig davon, welches Recht auf den Vertrag anzuwenden ist.

II. Schadenspauschalierungsfunktion

Unstreitig kommt der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag eine Schadenspauschalierungsfunktion zu[75]. Diese Funktion hat für Auftraggeber und Auftragnehmer gleichermaßen Vorteile.

[75] Siehe u.a. *Joussen*, a.a.O., S. 126; *Molter*, a.a.O., S. 60; *Molls,* a.a.O., ZfBR 1980, S. 57; *Draetta/Lake,* Contrats internationaux, S. 115; *Knacke,* a.a.O., S. 2; *Wiemer,* a.a.O., S. 4; *Fontaine/de Ly,* Droit des contrats internationaux, S. 371; *Dubisson,* La négociation des marchés internationaux, S. 203; *von Oppen*, a.a.O., S. 113; *Rabier*, a.a.O., S. 159.

Für den Auftraggeber bedeutet die Vertragsstrafe, dass er keinen Schadensbeweis führen muss[76]. Im Anlagengeschäft ist dies ein wichtiger Gesichtspunkt, da es zum Zeitpunkt der Vertragsverletzung immer schwierig ist, den tatsächlich entstandenen Schaden genau zu kalkulieren[77]. Die Beweislast würde den Auftraggeber dazu zwingen, detaillierte und schwer beweisbare Daten über mögliche, als Folge der verspäteten Inbetriebnahme der Anlage oder des Nichterreichens der Garantiewerte entstandene, Verluste zu liefern. Zudem ist auch die Kausalität angesichts der zahlreichen Mitwirkenden an einem Großprojekt nur schwer nachzuweisen.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass die verschiedenen Rechtssysteme unterschiedliche Auffassungen darüber haben, welche Schäden zu ersetzen sind und in welchem Umfang[78]. Die Vertragsstrafe im internationalen Anlagengeschäft ermöglicht somit, die mangelnde Uniformität der Rechtssysteme im Gebiet des Schadensersatzes intelligent zu umgehen.

In einem typischen Großprojekt auf privatfinanzierter Basis werden beispielsweise folgende Schäden pauschal durch die Verzugspönale abgedeckt:

- Entgangener Gewinn;
- Kosten der Verlängerung der Bauarbeiten auf der Baustelle (z.B. zusätzliche Personalkosten);
- Erhöhte Zinsaufwendungen (sog. „*Interests during Construction*“);
- Vertragsstrafen und sonstige Haftungen aus den projektbezogenen Verträgen (z.B. „*take or pay*“[79] Verpflichtung aus dem Rohstofflieferungsvertrag).

Aus Sicht des Auftragnehmers hat die Schadenspauschalierungsfunktion den Vorteil, dass er im Voraus genau einschätzen kann, welche Höhe seine Haftung aus Verzug oder mangelnder Leistung

[76] *Molter*, a.a.O., S. 60.
[77] Siehe hierzu *Dünnweber*, a.a.O., S. 119.
[78] *Philippe,* A propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant, RDAI 1995, S. 171.
[79] Zur "*take or pay*" Verpflichtung bei Anlagenprojekten auf privatfinanzierter Basis, siehe *Nevitt/Fabozzi,* Project Financing, S. 435; *Le Tourneau*, L'ingénierie, les transfers de technologie et de maîtrise industrielle, S. 154; *Schroth*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 86.

haben wird. Das macht sein Risiko für ihn kalkulierbar[80]. Dadurch wird die buchhalterische Festlegung von Rückstellungen aufgrund von Verzugsrisiken oder technischen Risiken erleichtert.

III. Haftungsbeschränkungsfunktion

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass Vertragsstrafen in internationalen Industrieanlagenverträgen praktisch ausnahmslos eine „*full and final satisfaction*"-Formulierung enthalten, gemäß welcher mit Zahlung der vereinbarten Strafsumme alle Ansprüche des Auftraggebers als abgegolten gelten[81].

Ferner wurde unterstrichen, dass Strafklauseln ohne Höchstbetrag in der heutigen internationalen Anlagengeschäftspraxis kaum denkbar sind[82].

Daraus kann entnommen werden, dass die Vertragsstrafe in internationalen Anlagenverträgen auch eine Haftungsbeschränkungsfunktion erfüllt[83]. Sobald eine maximale Höhe für die Verzugspönale vereinbart wird, weiß der Auftragnehmer, dass er aufgrund eines Verzuges nach Zahlung der Vertragsstrafe nicht mit zusätzlichen Schadensersatzansprüchen aus Verzug konfrontiert wird.

Dasselbe gilt für die technische Pönale. Gerade weil die Vertragsstrafe in internationalen Industrieanlagenverträgen eine Haftungsbegrenzung beinhaltet, sind die Verhandlungen zur Festlegung der maximalen Höhe der Strafabrede derartig kompliziert. Der Auftraggeber ist sich bewusst, dass er nach dem Erhalt der Vertragsstrafe nichts mehr vom Auftragnehmer erhalten wird.

Die Beschränkungsfunktion der Vertragsstrafe im internationalen Anlagengeschäft spielt aus juristischer Sicht eine wichtige Rolle. Sie

---

[80] *Molter*, a.a.O., S. 60.
[81] Vgl. die Erläuterungen hierzu, ab S. 143.
[82] Vgl. die Erläuterungen hierzu, ab S. 140.
[83] Siehe u.a. *Molter,* a.a.O., S. 60; *Sweet*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 350; *Draetta/Lake,* Contrats internationaux, S. 90; *Wiemer*, a.a.O., S. 4; *Fontaine/de Ly,* Droit des contrats internationaux, S. 371; *Dubisson,* La négociation des marchés internationaux, S. 205; *von Oppen*, a.a.O., S. 115; *Rabier*, a.a.O., S. 159.

ist der Grund dafür, dass die Vertragsstrafe in vielen Rechtssystemen den gesetzlichen Vorschriften über die Gültigkeit von Haftungsbegrenzung- und Haftungsausschließungsklauseln untersteht.

Bei der Auswahl des auf den Anlagenvertrag anwendbaren Rechts müssen die Parteien folglich darauf achten, dass die vereinbarte Pönale nicht gegen derartige Vorschriften verstößt[84].

[84] Vgl. die Erläuterungen hierzu, ab S. 263.

Vierter Teil

Verringerung des Vertragsstrafenrisikos durch Vertragsgestaltung und Risikomanagement

Technische Mängel der Anlage und Verzögerung der Projektabwicklung sind im Anlagengeschäft häufigster Anlass vertraglicher Auseinandersetzungen[1]. Beide Störungen sind in typischen Anlagenverträgen vertragsstrafenbewährt.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass Vertragsstrafen in internationalen Anlagenverträgen äußerst hoch sein können[2]. Kein Anlagenbauer kann sich langfristig auf dem Markt etablieren, wenn sich im Rahmen seiner Projekte das Vertragsstrafenrisiko zu häufig konkretisiert. Wie *Leinemann* in seinem Plädoyer gegen hohe Obergrenzen bei der Gestaltung von Vertragsstrafenklauseln im Baugeschäft zutreffend betont, können Vertragsstrafen „ohne weiteres die Existenz kosten"[3].

Aus Sicht des Auftragnehmers besteht deshalb die Notwendigkeit, das Risiko der Zahlung einer Vertragsstrafe soweit wie möglich zu verringern. Diese Risikoverringerung kann durch eine angemessene Vertragsgestaltung und die Beachtung der elementaren Grundsätze des Risikomanagements erreicht werden[4].

Die Risikoverringerung durch Vertragsgestaltung betrifft dabei nicht nur den Anlagenvertrag selbst, sondern auch Verträge, die der

---

[1] *Lappe*, Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus, S. 5 und 119; *Molter,* Verzugsrisiken im Industrieanlagengeschäft, S. 13.

[2] Vgl. die Ausführungen hierzu, ab S. 138 und S. 162.

[3] *Leinemann*, Vertragsstrafe – Der einzig sichere Weg zum Gewinn am Bau?, BauR. 2001, S. 1473. Der Autor betrachtet eine Obergrenze von 10%-15% der Auftragssumme schon als fraglich insofern als kalkulierte Gewinne in der Baubranche bei maximal 2-3% liegen würden.

[4] Siehe z.B. *Molter* (a.a.O., S. 30), wonach die Vertragsgestaltung als "präventive Maßnahme zur Verringerung der Projektrisiken" zu verstehen ist. Allgemein zur Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag durch Vertragsgestaltung: *Michaelis de Vasconcellos*, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, S. 113 ff.

Auftragnehmer für die Abwicklung des Projekts abschließt, wie beispielsweise Subunternehmer- und Konsortialverträge.

Die Methoden der Vermeidung, Verringerung oder Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos auf Dritte im Rahmen der Gestaltung des Anlagenvertrages und seiner begleitenden Verträge sind das Kernthema der folgenden Abschnitte. Zunächst werden jedoch die besonderen Risiken des Industrieanlagenbaus im Exportgeschäft dargestellt, was für das Verständnis der o. g. Problematik unerlässlich ist.

§ 1 Risiken des Industrieanlagenbaus im Exportgeschäft und Risikomanagement

I. Überblick über die besonderen Risiken des Industrieanlagenbaus im Exportgeschäft

Für Unternehmen, die auf dem internationalen Anlagenmarkt tätig sind, ist ein Großprojekt im Ausland stets risikoreicher als Großprojekte im Heimatland[5]. Da sich die vorliegende Arbeit mit dem internationalen Industrieanlagenvertrag befasst, wird der Schwerpunkt der Betrachtung notwendigerweise auf den internationalen Aspekten des Anlagengeschäfts liegen. Weiterhin wird eine gesonderte Risikobetrachtung bezüglich der Exportgeschäfte erfolgen, im Rahmen welcher die Anwendung gezielter Methoden des Risikomanagements und die Vertragsgestaltung zum Zweck der Reduzierung des Vertragsstrafenrisikos von besonderer Bedeutung sind.

1. Devisenschwankungen

Bei Großprojekten im Ausland kann der Auftragnehmer sein Angebot in der Regel nicht in seiner nationalen Währung machen[6]. Bei vielen Projekten werden zwei Währungen benutzt, namentlich eine für den Preis der importierten Komponenten der Anlage und eine für den Preis der lokal zu beschaffenden Komponenten.

---

[5] *Swoboda,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 21; *Michaelis de Vasconcellos*, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, S. 102.
[6] Mit der Einführung des Euro hat sich dieses Problem etwas entschärft.

Auch im Hinblick auf die Beziehungen zu den Subunternehmern tritt dieses Problem auf, da sich viele Subunternehmer des Auftragnehmers im Ausland befinden und ihren Angebotspreis wiederum in ihrer eigenen Währung abgeben. Aus diesen Umständen resultiert das Risiko von Devisenschwankungen, welches für den Auftragnehmer nur schwer kontrollierbar ist[7].

2. Lokale Gesetzgebung

Die Ausführung der Bauarbeiten eines Großprojekts im Ausland unterliegt den lokalen Vorschriften und gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere im Gebiet der Sicherheit und der Arbeitsverhältnisse[8]. Auch muss die Anlage selbst zahlreichen technischen Normen des lokalen Bauordnungsrechts entsprechen[9]. Der Anlagenvertrag sieht diesbezüglich in der Regel vor, dass die Anlage gemäß allen lokalen gesetzlichen Vorschriften und Bestimmungen zu errichten ist. Ein Verstoß gegen lokale Bausicherheitsvorschriften oder Umweltschutzregelungen, der sich zumeist nicht durch Nachbesserungen beseitigen läßt, führt also höchstwahrscheinlich zur Abnahmeverweigerung[10].

Die Kenntnis der lokalen Gesetzgebung ist auch deshalb notwendig, weil Vorschriften über Bausicherheit und Baunormen, sowie arbeitsrechtliche Regelungen normalerweise zwingendes Recht bilden[11]. Um seinen Terminplan und seine Kosten richtig einschätzen zu können, muss der Auftragnehmer alle Aspekte der lokalen Gesetzgebung im Hinblick auf die Projektabwicklung berücksichtigen. Falls der Auftragnehmer im Gastgeberland nicht über niedergelassene Tochtergesellschaften verfügt, so können lokale Beratungsfirmen und Anwaltsbüros eingeschaltet werden, die mit der lokalen Gesetzgebung vertraut sind.

---

[7] *Flocke*, Risiken beim internationalen Anlagenvertrag, S. 45.
[8] *Swoboda*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 29.
[9] *Wiegand*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 85.
[10] Der Auftraggeber wird meistens nicht das Risiko eingehen, mit Geldeinbußen oder von Behörden verordneten Stillegungen der Anlage konfrontiert zu werden.
[11] *D'Hollander/Lefebvre*, La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie, DPCI 1996, S. 252. Siehe auch *Audit*, wonach Vorschriften im Bereich Arbeitssicherheit und Arbeitsrecht typische Beispiele zwingender Vorschriften einer nationalen Rechtsordnung darstellen (*Audit*, Droit International Privé, S. 100).

3. Lokales Genehmigungsverfahren

Das lokale Genehmigungsverfahren spielt für die Durchführung der Bauarbeiten und die Erfüllung der Abnahmebedingungen eine wichtige Rolle. Es wirft zahlreiche Fragen auf, z. B. wie viele Genehmigungen benötigt werden, welche lokalen Behörden zuständig sind, wie lang das Verfahren bis zur Erteilung der Genehmigungen dauert, welche Unterlagen bei den lokalen Behörden eingereicht werden müssen und welche Gebühren zu entrichten sind. In diesem Zusammenhang auftretende Unklarheiten können zu erheblichen Mehrkosten und Verzögerungen führen[12]. Im Zweifelsfalle ist daher der Rückgriff auf eine Anwaltskanzlei oder eine Beratungsfirma vor Ort empfehlenswert.

Doch selbst dann können sich Probleme ergeben. Wurden neue gesetzliche Regelungen bezüglich Bauvorhaben verabschiedet, für welche noch kein Richterrecht als Auslegungshilfe existiert, so sind u. U. auch Anwaltskanzleien oder Beratungsfirmen überfragt. Bei kleineren Entwicklungsländern kann es außerdem passieren, dass dort nur äußerst selten Großprojekte durchgeführt werden. Die -beispielsweise hauptsächlich für Familienwohnungen zuständigen- Behörden sind in diesem Fall mit dem Genehmigungsverfahren bezüglich einer komplexen Industrieanlage restlos überfordert. In solchen Fällen bleibt dem Auftragnehmer nur noch die Möglichkeit, in der Terminplanung einige Wochen als *safety margin* vorzusehen.

4. Lokale Subunternehmer

Die Ausführung der Bauarbeiten im Ausland mit lokalen Subunternehmern ist teilweise sehr schwierig. In vielen Entwicklungsländern haben die lokalen Subunternehmer den Ruf, nicht die für ein komplexes Großprojekt erforderliche finanzielle Solidität, qualifizierte Arbeitskraft und technische Kompetenz aufzuweisen.

Aus gesetzlichen, politischen oder kommerziellen Gründen ist die Einschaltung von einheimischen Subunternehmern jedoch häufig zwingend, insbesondere wenn sich die Regierung des Gastlandes

[12] Siehe hierzu *Sweet*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 346.

davon eine Entwicklung in der lokalen Industrie verspricht[13]. Üblicherweise beharren staatliche Auftraggeber in Entwicklungsländern darauf, dass mindestens 10, 20 oder sogar 30% des Auftragswertes von lokalen Subunternehmern erbracht werden muss. Ist der Auftragnehmer dann nicht in der Lage, eine solche Forderung abzulehnen, so muss er dieses Risikoelement in der Preiskalkulation und dem Terminplan berücksichtigen.

5. Lokale klimatische Bedingungen

Typischerweise enthält der Anlagenvertrag eine sog. Selbstunterrichtungsklausel[14], die besagt, dass der Auftragnehmer ausreichend Gelegenheiten haben muss, die zukünftige Baustelle zu besichtigen und sich mit allen dortigen Umständen, insbesondere den klimatischen Bedingungen, vertraut zu machen[15]. Diese Klausel dient letztendlich dazu, dem Auftragnehmer den Rückgriff auf *Force Majeure*-Schutz aufgrund schlechter klimatischer -oder anderer ortsbezogener- Bedingungen zu sperren.

Die lokalen klimatischen Bedingungen können nicht nur die Durchführung der Bauarbeiten, sondern auch die technische Widerstandsfähigkeit der Anlage beeinflussen. Der technische Teil des Anlagenvertrages sieht daher in der Regel vor, dass die Anlage den üblichen lokalen Wetterbedingungen und Temperaturunterschieden angepasst sein muss. Wenn die Anlage in Ländern zu errichten ist, in denen drastische Temperaturschwankungen auftreten können (z. B. Saudi Arabien), so kann die Erfüllung der Gewährleistungsverpflichtungen eine signifikante technische Herausforderung darstellen. Hier muss der Auftragnehmer die lokalen Wetterbedingungen genauestens prüfen, um bereits im Angebotsstadium eventuelle Änderungen der vom Auftraggeber erwarteten Anlagenbeschaffenheit verlangen zu können bzw. das Projekt angesichts technischer Unmöglichkeit rechtzeitig vor Angebotsabgabe aufgeben zu können.

---

[13] *Swoboda,* in: Bau und Anlagenverträge, S. 23; *Lappe*, a.a.O., S. 247.

[14] Vgl. folgende Klausel: *„The Contractor hereby acknowledges that he has visited the Site and has made himself familiar with the conditions affecting the Site, in particular climatic conditions"*.

[15] *Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 52; *Lappe*, a.a.O., S. 168.

6. Exportkontrolle und Außenwirtschaftsrecht

Da Großprojekte zur Entwicklung der Infrastruktur des Gastgeberlandes beitragen, kann es vorkommen, dass der Export kritischer Anlagenkomponenten aus politischen Gründen (z.B. Embargo) verboten ist. Umgekehrt kann im Gastgeberland der Import von Anlagenkomponenten aus bestimmten Ländern untersagt sein. Der Auftragnehmer muss sich also über solche Export- bzw. Import-Beschränkungen im Vorhinein informieren[16]. Ebenso muss er sich im Hinblick auf die Vorbereitung des Angebotspreises und des Terminplans über Kosten, Bedingungen und Dauer der lokalen Zollkontrolle erkundigen.

7. Wirtschaftliche und politische Stabilität des Gastgeberlandes

Im Exportgeschäft finden viele Großprojekte in Ländern statt, deren wirtschaftliche und politische Stabilität unsicher ist. In der Angebotsphase ist die Betrachtung der wirtschaftlichen und politischen Stabilität des Gastgeberlandes notwendig, um eine *„go/no go"*-Entscheidung treffen zu können. Kommt es zu Vertragsverhandlungen, so sollte sichergestellt werden, dass die Definition der *Force Majeure* alle Fälle politischer Unruhen (Krieg, Bürgerkrieg, Revolution, Enteignung, usw.) uneingeschränkt abdeckt.

Vor einer unerwarteten Steigerung der Projektkosten als Folge wirtschaftlicher Instabilität kann sich der Auftragnehmer durch sog. *„Hardship"*-Klauseln schützen. Gemäß diesen muss in solchen Fällen durch Neuverhandlungen oder Einschaltung eines Dritten eine Vertragsanpassung vorgenommen werden[17].

---

[16] Zu den erhöhten Risiken im Auslandsbau aufgrund von Importrestriktionen, Einfuhr- und Ausfuhrlizenzen und sonstigen ähnlichen administrativen Hemmnissen, siehe *Rohde-Liebenau*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 86; *Swoboda*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 22.

[17] Zur Problematik der Hardship-Klausel bei langfristigen internationalen Verträgen, siehe u.a. *Kötz/Marschall v. Bieberstein*, Die Anpassung langfristiger Verträge; *Fontaine*, L'adaptation des contrats aux variations économiques, clauses de force majeure et imprévision, S. 73 ff.; *Oppetit*, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship", Clunet, 1974, S. 795 ff.; *Ullmann*, Droit et Pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain, RDAI 1988, S. 889 ff.; *Draetta*, Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 347 ff.

Eine tatsächliche Einigung über solche Klauseln wird in der Praxis internationaler Industrieanlagenverträge jedoch nur äußerst selten erzielt. Das hohe Potential an vertraglicher Unsicherheit, das eine solche Klausel mit sich bringt, erscheint dem Auftraggeber zumeist unzumutbar[18]. Häufig wird aber für den Anteil des Vertragspreises, der in der Währung des Gastgeberlandes zu entrichten ist, zumindest eine Preisgleitklausel vereinbart, wenn dort eine starke Inflation herrscht[19].

8. Teilnahme des Gastgeberlandes an internationalen Abkommen

Für die Risikobetrachtung des internationalen Anlagenvertrages ist es wichtig, ob das Gastgeberland bilaterale oder multilaterale internationale Abkommen unterzeichnet hat, die u. U. wesentliche Aspekte des Projekts beeinflussen können.

Besonders relevant ist in diesem Zusammenhang der etwaige Abschluß eines *Doppelbesteuerungsabkommens* zwischen dem Gastgeberland und dem Heimatland des Auftragnehmers, da die steuerliche Analyse des Projekts und die entsprechende Gestaltung der Projektverträge vom Inhalt solcher Abkommen stark beeinflusst wird. Ob das Gastgeberland das *New York Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen* ratifiziert hat, spielt wiederum für die Strukturierung der vertraglichen Regelungen zur Streitbeilegung eine wesentliche Rolle[20].

Bei Anlagenverträgen in der Atombranche ist in der Regel Voraussetzung des Projekts, dass das *Pariser Abkommen über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiete der Kernenergie* vom 29. Juli 1960 im Gastgeberland in Kraft getreten ist[21].

---

[18] *Costet*, Les contrats de réalisation d'ensembles industriels, DPCI 1981, S. 568.
[19] Zur Preisgleitklausel als Mechanismus der Anpassung langfristiger Verträge, siehe *Horn*, in: Die Anpassung langfristiger Verträge, S. 21.
[20] Zu diesem Abkommen, siehe *Borris*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den USA, S. 16 ff.
[21] Zu diesem Abkommen, siehe *Hebert*, La responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire, JCP 1966, S. 1979.

Diese konkreten Beispiele zeigen, inwieweit internationale Abkommen in der Risikobetrachtung des Großprojekts berücksichtigt werden müssen.

II. Überblick über die Methoden des Risikomanagements

Das Risikomanagement besteht darin, „Risiken rational zu behandeln und das in ihnen liegende Wagnis für Projekt und Unternehmen zu mindern, überzuwälzen oder zu versichern, und damit das Risiko kalkulierbar zu machen“[22].

Seriöses Risikomanagement gehört zu den elementaren Regeln der Reduzierung des Vertragsstrafenrisikos bei internationalen Anlagenverträgen[23]. Sorgfältig entworfene, das Vertragsstrafenrisiko mindernde Vertragsklauseln sind sinnlos, wenn das Projekt nicht parallel dazu nach bestimmten Grundprinzipien des Risikomanagements abgewickelt wird. In den folgenden Abschnitten werden die wichtigsten Prinzipien in ihren Grundzügen dargestellt.

1. Korrekte Risikoeinschätzung in der Angebotsphase

Nach Unterzeichnung des Vertrages ist es zu spät, sich mit der Risikoeinschätzung zu beschäftigen. Dies muss bereits in der Angebotsphase geschehen. Es gibt immer wieder Projekte, bei denen hohe Geldsummen verloren gehen, weil eine mangelhafte Risikoanalyse in der Angebotsphase zu Fehleinschätzungen bei Angebotspreisen und Lieferfristen geführt hat.

Beispielsweise werden teilweise Standortuntersuchungen nicht oder nicht ausführlich durchgeführt, Kontakte mit lokalen Behörden zur Information über die Dauer der Genehmigungsverfahren nicht aufgenommen, der Zustand des lokalen Transportwesens nicht

[22] *Simons,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 75.

[23] Zur Benutzung des Risikomanagements im Bau- und Anlagengeschäft, siehe u.a. *Rohde-Liebenau*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 81 ff.; *Schroth*, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge, S. 84; *Simons*, a.a.O., S. 61 ff.; *Lappe*, a.a.O., S. 84 ff.

untersucht, usw.[24] Ein typischer Fall des Verzuges bei der Errichtung schlüsselfertiger Anlagen wird z. B. dadurch verursacht, dass die zur Baustelle führenden Straßen oder Brücken zum Transport der schweren Komponenten nicht geeignet sind. Vom Auftragnehmer, der in der Regel eine Selbstunterrichtungsklausel[25] unterzeichnet hat, müssen die Straßen oder Brücken dann neu gebaut werden, was im Rahmen der Angebotsphase weder im Preis noch im Terminplan berücksichtigt worden ist[26].

Nur ein Anlagenunternehmer, der solche Risiken früh genug erkennt, kann das richtige Preisniveau aushandeln, seinen Terminplan korrekt ausarbeiten und die passende technische Lösung für das Projekt bieten.

2. Korrekter Übergang zwischen Angebots- und Abwicklungsphase

Bei vielen Anlagenunternehmern gibt es für ein bestimmtes Projekt ein Angebotsteam und, nach Unterzeichnung des Vertrages, ein Abwicklungsteam. Da getrennte Abteilungen den Vertrag verhandeln bzw. später abwickeln, besteht die Gefahr, dass im Laufe des Projekts Fehlentscheidungen getroffen werden, weil Informationen während des Übergangs zwischen Angebots- und Abwicklungsphase verloren gehen.

Darüber hinaus sind die Mitglieder des Abwicklungsteams während der Vertragsverhandlungen oftmals nicht anwesend und können so im Bereich der vertraglichen Risikovermeidung auch keine Erfahrung sammeln.

Es ist deshalb empfehlenswert, wenigstens in den letzten Etappen der Vertragsverhandlungen die Mitglieder des Abwicklungsteams in das Verhandlungsteam einzubinden. Dies ermöglicht eine rechtzeitige und detaillierte Weiterleitung der Projektinformationen und des

---

[24] Zu diesen und anderen Beispielen elementarer Maßnahmen zur Vermeidung bzw. Minimierung der Auswirkungen von Behinderungen bei Großprojekten, siehe *Kremer,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, S. 61.

[25] Vgl. zur Selbstunterrichtungsklausel, auf S. 184 und 200.

[26] Zur Darstellung eines konkreten Falls mit dem selben Tatbestand, der Anlass zu einem Schiedsverfahren gab, siehe *Glossner*, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 278.

weiteren eine Stellungnahme des Abwicklungsteams zu den Vertragsbedingungen und der Kosteneinschätzung, damit der Vertrag vor Vertragsunterzeichnung ggf. noch geändert werden kann.

3. Auswahl der richtigen Subunternehmer

Wirtschaftlich gesehen lohnt es sich auch im Anlagengeschäft die preiswertesten Subunternehmer zu wählen. Viele Anlagenunternehmer geraten jedoch in Verzug bzw. haben technische Schwierigkeiten während der Abwicklung des Anlagenvertrages, weil genau diese Subunternehmer Qualitätsmängel oder Terminüberschreitungen verursachen.

Deshalb sollten die Einkaufsabteilungen des Auftragnehmers die Subunternehmer nicht nur nach dem angebotenen Preis auswählen, sondern ebenfalls nach ihrem Ruf und ihrer Erfahrung bei der Abwicklung von Großprojekten in dem Land, in dem die Anlage zu bauen ist. Nicht zuletzt sollte die finanzielle Stärke der Subunternehmer geprüft werden, um die Gefahr einer Insolvenz während der Abwicklung des Projekts zu vermeiden.

4. Effektives Claims Management

Bestimmte Umstände (Verschulden des Auftraggebers, höhere Gewalt, usw.) können den Auftragnehmer von einer Haftung aus Verzug oder Nichterreichen zugesicherter technischer Werte, und dadurch auch von der Zahlung der korrespondieren Vertragsstrafen, befreien[27]. Dies setzt aber voraus, dass die vertraglichen Vorschriften zur Benachrichtigung des Auftraggebers streng befolgt werden[28]. In der Regel verlangen Anlagenverträge, dass der Auftraggeber von solchen Umständen schnellstmöglich zu informieren ist.

Typischerweise sehen Anlagenverträge zusätzlich vor, dass sich der Auftragnehmer -im Falle der nicht rechtzeitigen Unterrichtung des

[27] Ausführlicher hierzu, ab S. 192.
[28] *Sweet*, a.a.O., S. 347.

Auftraggebers- nicht mehr auf die haftungsausschließenden Ereignisse berufen darf[29].

Dies ist insbesondere bei privatfinanzierten Anlagenprojekten Praxis, da der Auftraggeber dort im Endkundenvertrag an strenge Informationsvorschriften gebunden ist. Informiert der Anlagenunternehmer den Auftraggeber nicht rechtzeitig, so kann dieser wiederum seinen Endkunden nicht rechtzeitig informieren und kann als Folge davon u. U. seinerseits das Recht der Berufung auf haftungsausschließende Gründe verlieren.

Es ist dementsprechend wichtig für den Anlagenunternehmer, sein *Claims Management* effektiv zu gestalten und alle Informations- bzw. Fristbestimmungen des Vertrages gewissenhaft zu befolgen.

§ 2 Risikoverringerung im Anlagenvertrag

Die Anwendung der elementaren Regeln des Risikomanagements ist eine substantielle Voraussetzung, um das Vertragsstrafenrisiko im internationalen Anlagengeschäft reduzieren zu können.

Ein Risikomanagement ohne angemessene und präzise Vertragsklauselgestaltung ist jedoch nur wenig effektiv. Deshalb wird die Vertragsgestaltung als Methode der Risikoverringerung im Anlagengeschäft Gegenstand des folgenden Abschnitts sein.

Da Verzugspönale und technische Pönale verschiedene Eigenarten aufweisen, sind auch die Möglichkeiten der Risikoverringerung durch Vertragsgestaltung unterschiedlich. Aus diesem Grund werden sie getrennt analysiert.

---

[29] Vgl. folgende Klausel: *"Force Majeure Notice Requirements: As a condition precedent to any relief pursuant to the foregoing provisions of this Contract dealing with Force Majeure, Contractor shall notify Owner in writing of the occurrence of any Force Majeure Event no later than fourteen (14) business days after becoming aware thereof, or as soon thereafter as is reasonably practicable, specifically stating that an extension is or may be claimed, and shall identify the cause and describe, as fully as practicable, the nature and expected duration of the delay and its effect on the Project Schedule. Should Contractor fail to comply with such notice requirements, Contractor shall lose its entitlement to claim any extension of time or any costs due to Force Majeure".*

I. Risikoverringerung bei Verzugspönalen

1. Korrekte Definition des vertraglichen Terminplans

Viele Industrieanlagenverträge bergen von Anfang an Terminrisiken, weil der Zeitrahmen für die Abwicklung der Bauarbeiten unklar oder ungeschickt festgelegt wird. Es ist von zentraler Bedeutung, den Beginn der vertraglichen Erfüllungsfrist eindeutig festzusetzen[30].

Aus Sicht des Auftragnehmers absolut zu vermeiden sind Terminpläne, die ein Kalenderdatum (z.B. 1. Januar 2005) als garantiertes Datum für das Ende der Bauarbeiten festsetzen. Eine solche Lösung führt allein dazu, dass bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages „die Uhr zu ticken anfängt". Dies ist für den Auftragnehmer äußerst nachteilig, denn er ist nicht in allen Fällen sofort nach Unterzeichnung des Vertrages imstande, mit den Erfüllungshandlungen zu beginnen. Darüber hinaus gerät er in vielen Rechtssystemen -ohne weitere Mahnung- schon allein deshalb in Verzug, weil er den kalendarisch bestimmten Termin nicht einhält[31]. Schließlich kann die Festsetzung eines Kalenderdatums dem Auftraggeber als Argument dafür dienen, dem Auftragnehmer zu unterstellen, er habe eine Haftung aus Verzug sogar für den Fall seines Nichtverschuldens akzeptiert.

Weniger risikoreich und daher die in aller Regel gewählte Lösung ist die Vereinbarung eines Termins in Tagen oder Monaten, der ab Zugang einer gesonderten Erklärung des Auftraggebers, der sog. „*Notice to Proceed*", errechnet wird. Durch diese „*Notice*" wird das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen für den Baubeginn fest-

---

[30] *Molter*, a.a.O., S. 60; *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, S. 1129; *Molls,* Haftungsfragen im internationalen Anlagengeschäft, ZfBR 1980, S. 56.

[31] Siehe z.B. § 284 Abs. (2) BGB: "Ist für eine Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet". Im französischen Recht wird aufgrund der Vereinbarung eines Kalenderdatums angenommen, die Parteien wollten sich von der im Artikel 1230 Code Civil verankerten Voraussetzung einer Mahnung freistellen (siehe hierzu u.a. Cass. com., 03.11.72, Gazette du Palais 1973, S. 533).

gestellt, zugleich wird der Auftragnehmer durch den Auftraggeber zum Beginn der Bauarbeiten aufgefordert. Der Auftragnehmer kann so sicherstellen, dass er nicht schon zu Beginn der Errichtung der Anlage zu kostspieligen Erfüllungshandlungen gezwungen wird, obwohl diesbezüglich erforderliche Voraussetzungen nicht gegeben sind. Beispiele solcher Voraussetzungen, die in der Praxis als „*conditions precedent*" bezeichnet werden, sind etwa die Erteilung notwendiger behördlicher Genehmigungen oder der Erhalt der vereinbarten Vorauszahlung[32]. Durch die Berechnung des Terminplans in Tagen oder Monaten ab Erteilung der „*Notice to Proceed*", findet für den Fall der Nichterteilung derselben eine automatische Verschiebung der garantierten Endtermine statt.

Wenn -wie in der Praxis üblich- vom Auftragnehmer bestimmte Vorarbeiten geschuldet werden, damit der Auftragnehmer seinen Terminplan einhalten kann, etwa die Durchführung einer Baugrunduntersuchung oder die Vorbereitung technischer Zeichnungen bzw. Daten, so wird häufig eine sogenannte „*preliminary notice to proceed*" erteilt. Nach Erteilung dieser vorläufigen Freigabe könne die erforderlichen Vorarbeiten geleistet werden und erst nach Abschluss dieser Vorarbeiten wird die endgültige Freigabe erteilt. Es versteht sich daher von selbst, dass der Auftragnehmer ein Interesse daran hat, die Endtermine ab Erteilung der „*notice to proceed*" und nicht ab der „*preliminary notice to proceed*" zu berechnen.

2. Detaillierte Auflistung von Haftungsausschlussgründen

Allgemein anerkannt ist im internationalen Anlagengeschäft das Prinzip, nach dem der Auftragnehmer die Verzugspönale nur dann schuldet, wenn er den Verzug zu vertreten hat.

Nahezu ausnahmslos wird vereinbart, dass eine Haftung des Auftragnehmers unter bestimmten Umständen entfallen soll, insbesondere im Falle höherer Gewalt (Force Majeure) oder im Falle der Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten seitens des Auftraggebers[33].

---

[32] *Sweet,* a.a.O., S. 336; *Molter*, a.a.O., S. 61.
[33] *Dünnweber,* a.a.O., S. 106.

Deshalb hat es sich in der Praxis durchgesetzt, alle Gründe im Vertrag aufzulisten, die den Auftragnehmer möglicherweise von einer Haftung aus Verzug befreien können. Soweit solche Haftungsbefreiungsgründe vorliegen, bewirkt eine Verzögerung nicht die Haftung des Auftragnehmers, sondern im Gegenteil Ansprüche desselben auf Terminverlängerung und/oder Vergütung des Mehraufwandes. Die Durchsetzung dieser Ansprüche ist allerdings häufig nicht einfach und findet typischerweise im Rahmen sog. „*claims*"-Verhandlungen statt[34].

2.1 Höhere Gewalt

Wie bereits dargelegt sind „*Force Majeure*"-Klauseln in internationalen Industrieanlagenverträgen allgegenwärtig[35]. Um das Verzugsrisiko zu verringern, ist es wichtig, die Voraussetzungen für den Eintritt haftungsbefreiender Ereignisse so detailliert wie möglich aufzulisten[36]. Alle gängigen Musterverträge enthalten daher zumeist sehr ausführliche Regelungen darüber, was als höhere Gewalt zu betrachten ist[37].

Je nach Land und Ort der Baustelle, können diesbezüglich sehr spezifische Ereignisse Teil der Auflistung sein[38].

---

[34] Siehe hierzu *Seppala,* Les principaux claims de l'entrepreneur aux termes des conditions FIDIC, RDAI 1985, S. 171 ff.

[35] Vgl. die Ausführungen zu *Force Majeure*-Klauseln, ab S. 75.

[36] Siehe hierzu *Dünnweber*, a.a.O., S. 109; *Lappe*, a.a.O., S. 137.

[37] Vgl. die Auflistung in Artikel 19.1 des FIDIC Silver Book: „*Force Majeure may include, but is not limited to, exceptional events or circumstances of the kind listed below (…):*
- war, hostilities (whether war be declared or not), invasion, act of foreign enemies;
- rebellion, terrorism, revolution, insurrection, military or usurped power, or civil war;
- riot, commotion, disorder, strike or lockout by persons other than the Contractor's personnel and other employees of the Contractor and Subcontractors;
- munition of war, explosive materials, ionising radiation or contamination by radio-activity, except as may be attributable to the Contractor's use of such munitions, explosive radiation or radio-activity; and
- Natural catastrophes such as earthquakes, hurricane, typhoon or volcanic activity".

[38] Vgl. die in drei Fallgruppen geteilte Auflistung von *Wendler,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 190. Siehe auch die Auflistung von *Swoboda,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, S. 68, sowie die Auflistung von

Für Projekte in Asien etwa werden häufig die Risiken, die sich durch tektonisch („*tsunami*") oder klimatisch („*tidal wave*") bedingte Flutwellen ergeben können, ausdrücklich als *Force* Majeure-Ereignisse erwähnt. Wenn sich in der Nähe der Baustelle Chemiefabriken befinden, so wird häufig die Vereinbarung getroffen, dass „*contamination by or other hazardous effects of any toxic substance*" als höhere Gewalt gelten, um Risiken von Ereignissen wie beispielsweise der Bhopal-Katastrophen in Indien, abzudecken. In Ländern der Dritten Welt sind regelmäßig hohe bürokratische Hürden für die Durchführung von Bauarbeiten zu erwarten. Daher wird die *Force Majeure*-Klausel auch häufig Verzögerungen bei der Erteilung von Genehmigungen bei lokalen Behörden beinhalten[39].

So sehr sich die kasuistische Auflistung auch durchgesetzt hat, so ist es letztendlich unmöglich alle potentiell risikoreichen Ereignisse aufzulisten. Dies wird zumeist am Ende jeder Auflistung durch einen Auffangtatbestand berücksichtigt, wie beispielsweise mit der Formulierung „*and any other unusual or exceptional circumstances that are beyond the control of the affected party*"[40]. Damit erhöhen sich die Chancen für den Auftragnehmer, sich auf unvorhergesehene Ereignisse berufen zu können, die außerhalb seiner Kontrolle liegen.

Damit die *Force Majeure*-Klausel effektiv wirken kann, wird typischerweise präzise geregelt, dass das Auftauchen eines der genannten Ereignisse den Auftragnehmer für eine gewisse Dauer von seinen Verpflichtungen befreit und zu einer Verlängerung des Terminplans führt[41].

In diesem Zusammenhang müssen Ungenauigkeiten vermieden werden. Immer wieder sind in Verträgen Formulierungen zu finden, wonach die Verlängerung des Terminplans der Dauer des *Force Majeure*-Ereignisses entsprechen soll. Wenn das Ereignis etwa im Feststecken eines Schiffs wegen gefrorener Transportwege liegt, kann der Transport fortgeführt werden, sobald das Eis geschmolzen

---

Konarski, Force Majeure and hardship clauses in international contractual practice, RDAI 2003, S. 409 ff.

[39] Siehe hierzu *Huse*, Understanding and negotiating turnkey contracts, S. 246.

[40] Siehe hierzu *Draetta,* La force majeure dans la pratique du commerce international, RDAI 1996, S. 552; *Konarski*, a.a.O, S. 408 ff.

[41] *Wendler,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 194.

ist. Hier ist die o. g. Formulierung sinnvoll, denn es gibt einen Gleichlauf zwischen der Dauer des Force Majeure Ereignisses und der Dauer der Leistungsbehinderung. Die Formulierungen erscheinen daher auf den ersten Blick harmlos, doch sie können im Einzelfall verheerende Auswirkungen haben. Ist das betreffende Ereignis nämlich eine Explosion auf der Baustelle, so dauert die Explosion selbst nur eine Sekunde. Auf der Baustelle wird dabei höchstwahrscheinlich viel zerstört, so dass die Fortführung der Arbeiten mehrere Wochen gestoppt werden muss. In einem solchen Fall ist es für den Auftragnehmer äußerst problematisch, wenn die Verlängerung des Terminplans der Dauer des *Force Majeure*-Ereignisses entspricht; beim Beispiel der Explosion würde er nur eine Sekunde Terminverlängerung bekommen.

Die Formulierung hinsichtlich der Verlängerung des Terminplans sollte deshalb an die negativen Auswirkungen des *Force Majeure*-Ereignisses knüpfen.

Zuweilen trifft man auf Formulierungen, nach denen sich der Auftragnehmer nicht auf höhere Gewalt berufen kann, wenn er von dem *Force Majeure*-Ereignis zu einem Zeitpunkt getroffen wird, zu dem er sich bereits in Verzug befindet. Der Grundgedanke ist hier die Überlegung, dass der Auftragnehmer nicht von dem Ereignis betroffen gewesen wäre, wenn er rechtzeitig geliefert hätte. Der Eintritt des Ereignisses stellt sich damit als Verzugsfolge dar, für die er die Verantwortung trägt.

Dieser Ansicht kann jedoch entgegenhalten werden, dass Grundgedanke jeder *Force Majeure*-Klausel die Feststellung ist, dass es Ereignisse geben kann, für die gerade keine der Partei die Schuld trägt. Ob dieses Ereignis zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem sich der Auftragnehmer in Verzug befindet, ist bei einer absoluten Betrachtung der Risikozuordnung somit unbedeutend, denn dies ändert nichts daran, dass er dieses Ereignis weder gewollt, noch verursacht oder kontrolliert hat. Auftragnehmer werden derartige Formulierungen in der Regel strikt vermeiden, um so ihr Vertragsstrafenrisiko zu verringern.

Schließlich findet sich sehr häufig die Festlegung enger Fristen für die Mitteilung des *Force Majeure*-Ereignisses[42]. Bei Fristversäumnis ist dem Auftraggeber dabei regelmäßig die Berufung auf höhere Gewalt verwehrt.

Zwar hat der Auftraggeber ein Recht darauf, rechtzeitig über das Auftreten eines *Force Majeure*-Ereignisses informiert zu werden, doch die Fristen für die Informationspflicht sollten dennoch vernünftig sein, wenn der Sinn dieser Regelung nicht unterlaufen werden soll. Derartige Fristen sollten nicht auf den Beginn des Ereignisses abstellen, sondern auf den Zeitpunkt, zu welchem der Auftragnehmer von dem Ereignis Kenntnis hatte oder hätte haben müssen. Weiterhin sollte die Frist mindestens eine Woche betragen, oder es sollten, wenn eine sehr kurze Frist (z.B. 24 oder 48 Stunden) vereinbart wird, zumindest allgemeine Formulierungen wie „*or as soon as reasonably practicable*" eingefügt werden, um unbillige Nachteile aufgrund der Kürze der Frist abzumildern.

Schließlich sollte vermieden werden, dass die Nichteinhaltung der Frist zu einer totalen Ablehnung des *Force Majeure*-Schutzes führt. Weniger einschneidende Regelungen erlauben eine Verlängerung des Terminplans trotz verspäteter Mitteilung des Force Majeure-Ereignisses, berücksichtigen aber diese Verspätung bei der Terminplananpassung. Wenn etwa die höhere Gewalt 30 Tage Verspätung verursacht und der Auftragnehmer das Auftreten des Ereignisses mit 10 Tagen Verspätung mitgeteilt hat, so wäre er nur noch zu 20 Tagen Verlängerung des Terminplans berechtigt.

2.2 Verschulden des Auftraggebers

Im Anlagengeschäft verursacht häufig der Auftraggeber zumindest teilweise den Verzug der Bauarbeiten, indem er seine ihm vertraglich obliegenden Vorleistungen nicht erbringt[43].

---

[42] Vgl. folgende Formulierung: „*Should Contractor be affected by a Force Majeure event, notice of such event shall be given to Purchaser within 48 hours of the beginning of such event, failing which Contractor shall not be entitled to benefit from the protection of this Force Majeure clause*".

[43] *Joussen*, Der Industrieanlagen-Vertrag, S. 134; *Nicklisch,* Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag, BB 1979, S. 541.

Das Baugelände ist nicht rechtzeitig verfügbar, Ausführungsplänen wird verspätet zugestimmt, Lieferungen von Rohstoffen für die Durchführung des Leistungstests werden unterbrochen, usw.[44] Im Hinblick auf die Verringerung des Verzugsrisikos und damit auch des Vertragsstrafenrisikos ist es für den Auftragnehmer wichtig, dass alle notwendigen Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers im Vertrag präzise aufgeführt werden, damit er sich später ggf. haftungsbefreiend auf ihre Verletzung berufen kann[45].

Zur Absicherung des Auftragnehmers und zur Vermeidung von Streitigkeiten wird darüber hinaus häufig festgehalten, dass die Verletzung solcher Pflichten den Auftragnehmer zu einer angemessenen Verlängerung des Terminplans berechtigt[46]. Zusätzlich sollte eine solche Verletzung dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Kostenentschädigung hervorrufen[47].

Die folgende Klausel[48] gibt ein gutes Beispiel dafür, wie die generellen Pflichten des Auftraggebers und die Konsequenzen ihrer Verletzung in einem typischen internationalen Anlagenvertrag formuliert werden können:

"OWNER'S GENERAL OBLIGATIONS

- *Access to Site: The Owner shall give the Contractor unencumbered and unrestricted access to the Site as and when necessary to perform its obligations under this Contract.*

- *Consents: The Owner shall, within the times stated in the Contract Schedule or, if not so stated, as and when required for Contractor to pursue its obligations under the Contract, obtain all approvals and consents re-*

[44] Zu diesen und anderen Beispielen typischer vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderungen, siehe *Swoboda,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, S. 67; *Vygen/Schubert/Lang,* Bauverzögerung und Leistungsänderung, S. 64 ff.
[45] *Nicklisch,* in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 373. Vgl. auch die Erläuterungen zu den Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers, ab S. 74.
[46] Siehe *Lappe*, a.a.O., S. 136.
[47] *Nicklisch*, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, S. 91.
[48] Diese Klausel ist für einen Vertrag zur Errichtung eines Kraftwerks gedacht.

quired to be obtained in Owner's name under applicable laws.

- *Owner Lifting Equipment and Specialist tools: The Owner shall at the Contractor's request make available for the purposes of completion of the Works any suitable lifting equipment belonging to the Owner that may be available on the Site.*

- *Utilities and Power: The Owner shall make available free of charge on the Site for use by the Contractor for the purposes of completion of the Works all necessary supplies of electricity and water.*

- *Power for Tests on Site: The Owner shall provide free of charge such fuel and limestone in such amounts and quality as specified in appendix [].*

- *Electricity Offtake: The Owner shall ensure the offtake of any electricity generated during the course of the commissioning of the Facility and during the conduct of the Tests on Completion.*

- *Operating Personnel: The Owner shall make available to the Contractor for purposes of commissioning and testing of the Facility operating personnel in number and with the minimum training requirements specified in appendix [].*

- *Breach of Owner's General Obligations: In the event that the Owner shall be in breach of any of his general obligations imposed by this Article, Contractor shall be entitled to an equitable time extension and cost compensation as a result of such breach."*

Die ausdrückliche Auflistung aller denkbaren Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers ist wichtig für den Auftragnehmer, genügt aber nicht, um diesen vollständig zu schützen. Der Grund dafür liegt darin, dass der Auftraggeber auch dann einen Verzug verursachen kann, wenn er alle Mitwirkungsobliegenheiten erfüllt hat. Sollte z.B. ein Arbeitnehmer des Auftraggebers kurz vor

Inbetriebnahme einen Schaden an der Anlage verursachen, so würde dies natürlich zu einem Verzug führen, obwohl es sich dabei nicht um die Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit handelt.

Deshalb ist es für den Auftragnehmer unter Umständen vorteilhaft, das Verzugsrisiko weiter zu reduzieren, indem dem Vertrag eine generelle Klausel hinzugefügt wird, gemäß welcher der vom Auftrag-geber zu vertretende Verzug zu einer Verlängerung des Terminplans führt[49]. Eine solche Klausel könnte wie folgt lauten[50]:

> *"Owner-caused delays: Should an interruption, delay, disruption of or disturbance to the performance of the Works be due to any breach of this Contract or any act, neglect or omission by the Owner or other contractors or persons engaged by the Owner or for whom the Owner is responsible, a fair and reasonable adjustment to the Contract Schedule and the Contract Price shall be made."*

2.3 Bodenrisiko

„Böse Überraschungen" im Rahmen der Ausgrabungsarbeiten können im Anlagengeschäft zu drastischen Verlängerungen des Terminplans führen[51]. Dies ist insbesondere der Fall bei Verträgen über die Errichtung einer kompletten Anlage, da solche Verträge zwangsläufig einen großen Anteil an Bauarbeiten beinhalten. Ein besonnener Umgang mit dem Baugrundrisiko ist daher für den Auftragnehmer äußerst wichtig, um so das Risiko des Anfallens einer Verzugspönale verringern zu können.

Ausgangspunkt der Problematik ist die Feststellung, dass die Auftraggeber die Haftung für das Baugrundrisiko in der Regel auf die Auftragnehmer abwälzen wollen[52]. Das Bodenrisiko liegt ursprünglich zumeist in der Risikosphäre des Auftraggebers, weil die

---

[49] In der angloamerikanischen Terminologie wird hier der Begriff "*Owner-caused delay*" benutzt, um alle Fallgruppen eines durch den Auftraggeber verursachten Verzuges zu subsumieren (siehe *Sweet*, a.a.O., S 345).
[50] Für ein anderes Beispiel, siehe *Huse* (a.a.O., S. 245) und seine Beschreibung der "*catch-all*" Klausel des FIDIC Orange Book.
[51] *Sweet*, a.a.O., S. 324.
[52] *Swoboda*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 31.

Zurverfügungstellung des Bodens regelmäßig in seiner vertraglichen Verantwortung liegt[53] bzw. weil er in der Regel Eigentümer des Grundstückes ist[54].

Zum Zwecke der Verlagerung des Bodenrisikos beharren Auftraggeber jedoch häufig auf sog. Selbstunterrichtungsklauseln, wonach die Konsequenzen die sich aus den geologischen, klimatischen oder sonstigen Verhältnissen auf der Baustelle ergeben, vom Auftragnehmer zu tragen sind. Zur Begründung wird häufig angeführt, die gründliche Überprüfung und Auswertung dieser Verhältnisse sei Teil seiner Informationspflicht[55]. Die folgende Klausel gibt eine typische Formulierung wieder, die das o. g. Interesse des Auftraggebers in den Vertrag einbindet:

> *"Contractor to inform himself: The Contractor hereby confirms that he has informed himself fully and satisfied himself as to the condition of the Site and its surroundings, including soil, geological, climatic, hydrological conditions or any other surface or subsurface conditions. As a result, the Contractor shall not be entitled to claim any extension of time or any extra costs as a result of such condition during the performance of the Contract".*

Eine solche Klausel ist für den Auftragnehmer zumeist nur dann akzeptabel, wenn er mit den Ergebnissen der nach seinen Kriterien durchgeführten Baugrunduntersuchung einverstanden ist[56]. Ist dies nicht der Fall, so wird er regelmäßig ein Recht auf Verlängerung des Terminplans aufgrund der unerwarteten Schwierigkeiten mit dem Baugrund verlangen.

Doch selbst wenn eine Baugrunduntersuchung durchgeführt wurde, so besteht trotzdem die Gefahr, dass im Nachhinein Bodenrisiken entdeckt werden. Bestimmte Risiken sind selbst durch die Untersuchung nicht auszuschließen oder können aus Kostengründen gar nicht untersucht werden. Beispielsweise ist die Suche

---

[53] *Simons,* a.a.O., S. 67.
[54] *Vygen/Schubert/Lang*, a.a.O., S. 71.
[55] *Dünnweber*, a.a.O., S. 52; *Lappe*, a.a.O., S. 168; *Bauer*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 177.
[56] Allgemein zum Zweck der Baugrunduntersuchung: *Le Tourneau*, L'ingénierie, les transfers de technologie et de maîtrise industrielle, S. 142.

nach Bodenverschmutzungen nicht immer Teil der Baugrunduntersuchung, die Nachforschung nach Kavernen, Minen oder archäologischen Schätzen ebensowenig. Für solche Fälle wird die Bodenrisiko-Klausel daher ggf. Ausnahmeregelungen beinhalten:

> *"As an exception to the rule whereby the Contractor shall bear the risk of underground conditions, the Contractor shall be entitled to an extension of time and to the reasonable extra costs resulting from the discovery in the soil or sub-soil of i) pollutants and other hazardous waste or ii) fossils, coins, relics or other items of archaeological or historical interest or iii) landmines, bombs or other types of explosives".*

Das Problem der Feststellung des Bodenrisikos liegt oftmals darin, dass der Auftraggeber zum Zeitpunkt des Ausschreibungsverfahrens noch keine Baugrunduntersuchung veranlassen will, da er u. U. nicht weißt, welche Kriterien der betreffende Auftragnehmer durch sie abdecken will. Auch wollen die Anbieter zu diesem Zeitpunkt die diesbezüglichen Kosten vermeiden, da sie nicht wissen, ob ihr Angebot überhaupt akzeptiert wird. Darüber hinaus ist der Zutritt zur Baustelle zur Durchführung einer Baugrunduntersuchung oftmals noch nicht möglich.

Die Lösung dieses Problems gestaltet sich jedoch erstaunlicherweise äußerst komplikationslos: Der Auftraggeber kann die Anbieter bereits zum Zeitpunkt des Ausschreibungsverfahrens darauf hinweisen, dass sie den Preis der Baugrunduntersuchung bei der Errechnung ihres Angebotspreises berücksichtigen müssen. Sobald der Auftraggeber einen der Anbieter ausgewählt hat und ernsthafte Vertragsverhandlungen auf Exklusivitätsbasis beginnen, kann eine Baugrunduntersuchung auf Kosten des gewählten Anbieters veranlasst werden. Vor dem Beginn der Untersuchung werden Auftraggeber und Anbieter häufig einen Vertrag unterzeichnen, in welchem sich der Auftraggeber verpflichtet, die Kosten der Baugrunduntersuchung im Falle des Nichtzustandekommens eines Anlagenvertrages zurückzuerstatten. Vom Anbieter wird in diesem Vertrag im Gegenzug bestätigt, dass die Kosten der Untersuchung im Falle des Zustandekommens eines Anlagenvertrages durch die Zahlung des Vertragspreises gedeckt sind.

Der gewählte Anbieter wird dem Auftraggeber darüber hinaus in der Regel das Recht zur Nutzung der Untersuchungsergebnisse einräumen. Sollten die Verhandlungen mit dem Anbieter aus irgendwelchen Gründen abgebrochen werden, so wird er auf diese Weise für die Kosten der Studie entschädigt. Gleichzeitig kann der Auftraggeber die Ergebnisse der Studie nutzen, um einem anderen Anbieter Informationen über das Bodenrisiko zu liefern.

2.4 Mehrleistungen

Es wurde bereits dargelegt, dass der Auftraggeber aufgrund des Langzeitcharakters des Industrieanlagenvertrages ein erhebliches Interesse daran hat, sich ein Mitspracherecht bei Änderungen des Liefer- und Leistungsumfangs vorzubehalten[57].

Mehrleistungen verursachen nicht nur erhöhte Kosten, sondern beeinträchtigen auch den Terminplan[58]. Um das Verzugsrisiko durch angemessene Vertragsgestaltung zu reduzieren, wird der Auftragnehmer daher in aller Regel die Vereinbarung eines Zustimmungsrechts verlangen und ebenfalls eine ausdrückliche vertragliche Regelung, dass Mehrleistungen oder sonstige Veränderungen eine entsprechende Änderung des Terminplans nach sich ziehen[59].

Aus Sicht des Auftragnehmers sind Formulierungen günstig, die Änderungen des Lieferumfangs ohne Einvernehmen über die Anpassung des Terminplans nicht zulassen. In der Praxis des internationalen Anlagengeschäfts ist ein Interessenausgleich jedoch nicht ohne weiteres zu erreichen. Erscheint eine Änderung des Lieferumfangs aus Sicht des Auftraggebers als absolut notwendig, so kann es sich der Auftraggeber nicht leisten, das ganze Projekt ruhen zu lassen, bis eine Einigung mit dem Auftragnehmer über die

---

[57] Vgl. die Ausführungen hierzu, auf S. 81.

[58] *Sweet*, a.a.O., S. 342.

[59] Vgl. folgende Klausel: *"Change Orders: If the Purchaser desires to proceed with a Change Order, it shall submit a request for Change Order to the Contractor. The Contractor shall promptly review such request and notify the Purchaser in writing of the effects that such Change Order will have on the Contract Price, the Contract Schedule or other applicable terms and conditions of the Contract. Following agreement between the parties on the proposed Change Order and its various effects on the Contract, the Contractor shall proceed with such Change Order".*

Konsequenzen dieser Änderung erzielt ist. Dies trifft verstärkt auf Großprojekte auf privatfinanzierter Basis zu, da Zeitverzögerungen zusätzlich den Finanzierungsplan enorm gefährden.

Aus diesem Grund wollen sich die Auftraggeber normalerweise das Recht vorbehalten, sog. forcierte Mehrleistungen durchsetzen zu können[60]. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber Änderungen des Lieferumfangs auch ohne endgültige Einigung mit dem Auftragnehmer hinsichtlich der anfallenden Preis- und Terminplananpassungen anordnen kann[61]. Die folgende Klausel gibt ein Beispiel für die vertragliche Vereinbarung solcher „*change orders*“:

> *"If the parties are unable after a good faith effort to reach agreement on the requested Scope Change and its various effects on the Contract, including in particular any adjustment to the Contract Price or the Contract Schedule, the parties shall refer the dispute to arbitration as per the arbitration clause contained in this Contract, provided however that pending the outcome of the arbitration procedure, the Purchaser shall nonetheless be authorized to require the Contractor to proceed with the requested Scope Change".*

Trotz des möglichen Rückgriffs auf das Schiedsgerichtsverfahren helfen solche Formulierungen dem Auftragnehmer im Hinblick auf die Vermeidung der Verzugsgefahr in der Praxis äußerst wenig.

Angenommen, der Auftragnehmer soll eine Dampfturbinenanlage bauen und der Auftraggeber verlangt aus Kostengründen die Ersetzung der Titan-Schaufeln des Turbinenrotors durch eiserne Schaufeln. Der Auftragnehmer verlangt aus diesem Grund eine Verlängerung des Terminplans um 3 Monate, der Auftraggeber ist aber lediglich bereit ihm einen Monat zu gewähren. Darüber hinaus muss der Auftragnehmer befürchten, dass er, wegen der schlechteren Qualität der eisernen Schaufeln, die zugesicherten technischen Leistungen nicht erbringen kann. Deshalb wird er eine Herabsetzung der garantierten technischen Leistungsparameter verlangen, um einen Verzug aufgrund des Scheiterns des

---

[60] *Lappe* (a.a.O., S. 171) spricht in diesem Zusammenhang von "Änderungen des Vertragsumfangs ohne Vertragsänderung"!
[61] *Flocke*, a.a.O., S. 48.

Leistungstests zu verhindern. Der Auftraggeber weigert sich jedoch die garantierten technischen Parameter anzupassen. In einem solchen Fall wird der Auftragnehmer zwangsweise in Verzug geraten, wenn der Auftraggeber die von ihm vorgesehenen Änderungen durchsetzt. Letztendlich wird er eine Verzugspönale zahlen müssen. Die Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsverfahrens ist somit praktisch gesehen nur wenig effektiv.

Um diese Situation zu vermeiden, wird bisweilen im Vertrag vereinbart, dass im Falle forcierter Änderungen des Lieferumfangs, die den Auftragnehmer u. U. in Verzug bringen und dann zur Einleitung eines Schiedsverfahrens führen, Ansprüche des Auftraggebers aus Verzug bis zum Abschluss des Schiedsspruches ausgeschlossen sind[62].

Diese Lösung scheint im Bereich der Problematik forcierter Mehrleistungen ein guter Kompromiss zu sein. Der Auftraggeber erreicht, dass trotz fehlender Einigung sofort mit der Erfüllung der Mehrleistungen begonnen wird. Gleichzeitig ist für den Auftragnehmer die Gefahr eines Verzuges aufgrund der forcierten Mehrleistungen einstweilen abgewendet.

Um das mit forcierten Mehrleistungen verbundene Verzugsrisiko noch weiter zu verringern, kann sich der Aufragnehmer zusätzlich das Recht vorbehalten, die Erfüllung der Mehrleistungen in bestimmten Fällen verweigern zu dürfen, beispielsweise Mehrleistungen, die aus technischer Sicht für das Betreiben der Anlage gefährlich sein können oder zur Verletzung gesetzlicher Vorschriften führen würden[63].

---

[62] Vgl. folgende Klausel: *"Should the Purchaser require the Contractor to proceed with the requested Scope Change in spite of Contractor's objections and the reference of the matter to arbitration, and should the carrying out of such proposed Scope Change lead Contractor to be in default under this Contract, in particular as a result of a delay, then any of the Owner's remedies for such default, in particular the levying of delay liquidated damages, shall be suspended until the outcome of the arbitration"*.

[63] Vgl. folgende Klausel: *"Notwithstanding the foregoing provisions enabling Purchaser to require Contractor to proceed with a Scope Change in spite of an ongoing dispute, in no event shall Contractor be required to implement any requested Scope Change to the extent that such implementation (i) would cause Contractor to violate applicable laws or environmental standards, (ii) would lead to an unsafe condition in the performance of the Work, (iii) would be against elementary rules of*

3. Anwendung des „*no harm/no foul*"-Prinzips

Im Anlagengeschäft kommt es nicht selten zum Abschluss einer Kette von Anlagenverträgen. Angenommen A verpflichtet sich in einem Anlagenvertrag gegenüber B zur Errichtung einer Gasturbinenanlage. B schließt seinerseits mit C einen Anlagenvertrag, in dem er sich zur Errichtung eines kompletten Kombikraftwerks verpflichtet, in dem die von A zu liefernde Gasturbinenanlage dann installiert wird.

In einer solchen Konstellation besteht eine gewisse Abhängigkeit zwischen den beiden Anlagenverträgen, nicht zuletzt im Hinblick auf die jeweiligen Verzugspönalen.

Diese können jedoch unterschiedlich gestaltet werden. Grundsätzlich wird B, für den Fall, dass A mit Verspätung liefert, im Rahmen seines Anlagenvertrages mit C in Verzug geraten. B wird deshalb versuchen, das Risiko des Anfallens der Verzugspönale aus seinem Vertrag mit C auf A abzuwälzen, indem er seinen Vertrag mit A so gestaltet, dass A die Zahlung der Verzugspönale übernimmt, wenn der betreffende Verzug auch durch ihn verursacht wurde. B kann also, im Falle der Herbeiführung eines Verzuges durch A, bei diesem vollen Regress nehmen im Hinblick auf die Zahlung der Verzugspönale an den C. Er ist diesbezüglich voll abgesichert.

Es kann jedoch passieren, dass im Vertragsverhältnis zwischen B und C keine Verzugspönale anfällt, obwohl A verspätet liefert. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Terminplan im Vertrag zwischen B und C flexibel ist, so dass ein Verzug im Verhältnis zwischen A und B nicht automatisch zu einem Verzug im Vertragsverhältnis zwischen B und C führt. Ein anderes Beispiel wäre, dass die Gasturbinenanlage von A zwar mit Verspätung an den B geliefert wird, das Kombikraftwerk aber aufgrund der Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit seitens des Endkunden ohnehin nicht in Betrieb gesetzt werden kann. Nun könnte B eine Verzugspönale

---

good and prudent technical standards and practices in the relevant industry or (iv) is not reasonably inferable from the Work Scope".

von A einfordern, obwohl ihm tatsächlich gar kein Schaden entstanden ist.

Um die Zahlung der Verzugspönale in solchen Fallkonstellationen zu vermeiden, werden häufig sog. „*no harm/no foul*"-Klauseln vereinbart[64]. Durch diese Klauseln wird geregelt, dass der Auftragnehmer die Vertragsstrafe nicht schuldet, wenn im Hinblick auf den Anlagenvertrag mit dem Endkunden die Zahlung der korrespondierenden Vertragsstrafe nicht fällig wird. Diese Lösung erscheint als ausgewogen.

Kritisch zu betrachten ist jedoch die Tendenz zur Erweiterung des „*no harm/no foul*"-Konzepts durch sehr breite Formulierungen, die keine Rücksicht auf die Endkunde – Generalunternehmer – Subunternehmer-Kette nehmen. Eine so ausgestaltete „*no harm/no foul*"-Formulierung berücksichtigt beispielsweise nicht den Fall, dass die Pönalen im Vertrag mit dem Endkunden nicht geschuldet werden. Derartige Formulierungen sprechen lediglich lapidar aus, dass die Zahlung der vereinbarten Pönale nicht fällig wird, wenn trotz eines Verzuges überhaupt kein Schaden beim Auftraggeber entsteht[65]. Die Anwendung des „*no harm/no foul*"-Prinzips ist in diesem Fall viel zu weitgreifend, da sie sich bezüglich der Vertragsstrafen nicht auf die Beziehungen zwischen den Parteien innerhalb eines Projektnetzwerks beschränkt. Eine derartige Verwendung solcher Formulierungen ist daher nicht empfehlenswert.

Darüber hinaus werfen diese umfassend formulierten Klauseln bei ihrer praktischen Anwendung noch eine Reihe weiterer heikler Fragen auf.

---

[64] Vgl. folgende Klausel: „*No harm/no foul: should the Contractor be in delay under this Contract, which may effectively or potentially lead the Purchaser to be in delay under its main contract with the ultimate customer, Contractor shall not be liable to pay the delay liquidated damages provided for in this Contract if, for whatever reasons, no delay liquidated damages under the main contract are imposed against the Purchaser by the final customer as a result of the delay of Contractor under this Contract*".

[65] Vgl. folgende Klausel: „*No harm/no foul: the agreed delay liquidated damages provided for under this Contract shall not be due in instances where the Purchaser does not suffer any damages*".

Wie ist die Rechtslage z.B., wenn nur ein Bagatellschaden entstanden ist? Ist die *„no harm/no foul"*-Formulierung in diesem Fall dahingehend auszulegen, dass nur dieser geringe Schaden geschuldet wird?

Unterliegt der Vertrag angloamerikanischem Recht, so stellt sich ferner die Frage, ob o. g. Formulierungen die Gültigkeit der *liquidated damages*-Vereinbarung beeinträchtigen. Bereits im Rahmen der Darstellung der *Common Law*-Prinzipien wurde erläutert, dass die Gültigkeit von Vertragsstrafenklauseln im angloamerikanischen Raum davon abhängt, ob es den Parteien gelungen ist, etwaige zukünftige, im Fall eines Vertragsbruches eintretende Schäden angemessen zu pauschalieren (sog. *„genuine preestimate"*)[66]. Dieses Kriterium für die Gültigkeit von *liquidated damages* steht augenscheinlich im Widerspruch zu einer Vereinbarung, die gerade den Fall betrifft, dass überhaupt kein Schaden entstanden ist.

Weiterhin unterlaufen diese weiten Formulierungen eine der Hauptfunktionen der Vertragsstrafe, namentlich die Beweislasterleichterung[67]. Wird nämlich der Beweis des fehlenden Schadens im Vertrag ausdrücklich dem Auftragnehmer vorbehalten, so bedeutet dies für den Auftraggeber, dass er gezwungen ist, detaillierter und u. U. schwer beweisbarer Daten hinsichtlich der Entstehung eines Schadens zu Beweiszwecken vorzulegen. Damit wird hinsichtlich der Vertragsgestaltung das Gleichgewicht der Strafabrede destabilisiert.

Die oben angeführte Kritik im Hinblick auf die Verwendung von weitgreifenden *„no harm/no foul"*-Formulierungen bedeutet jedoch nicht, dass ein Anlagenbauer in Fällen, in denen überhaupt kein Schaden entstanden ist, völlig schutzlos sein soll. Doch dieser Schutz muss mittels der gesetzlichen Vorschriften zur richterlichen Kontrolle von Vertragsstrafen gewährleistet werden und nicht durch Formulierungen, welche die Vertragsstrafenvereinbarung in Frage stellen. Dafür spricht, dass das Fehlen eines tatsächlichen Schadens

---

[66] Zur Vertragsstrafe im angloamerikanischen Recht, siehe oben, ab S. 29.

[67] Zur Funktion der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag, siehe oben, ab S. 175.

in mehreren Rechtssystemen ausdrücklich als ein Grund zur Herabsetzung bzw. Ablehnung der vereinbarten Pönale normiert ist[68].

4. Progressive Ausgestaltung der Verzugspönale

Eine progressive vertragliche Gestaltung der Verzugspönale muss u. a. festlegen, dass sich die Rate der Pönale nach der Intensität des Verzuges richtet[69]. In internationalen Anlagenverträgen in englischer Sprache ist dieses Konzept unter dem Namen „*ramping rates*" bekannt[70].

Angenommen, die Parteien vereinbaren, dass die Verzugspönale im Durchschnitt 0.5% des Vertragspreises pro Woche, maximal aber 10% des Vertragspreises betragen wird. Die Vertragsstrafe wird gleichzeitig so gestaltet, dass der Auftragnehmer in den ersten 6 Wochen des Verzuges nur 0.25% bezahlen muss, in den nächsten 7 Wochen 0.5% und in den folgenden 7 Wochen 0.75%. Da der Prozentsatz der Vertragsstrafe mit Dauer des Verzuges steigt, hat der Auftragnehmer die Möglichkeit, seine Haftung aus Verzug gering zu halten, indem er den Verzug so schnell wie möglich beseitigt.

Die Methode bietet dem Auftragnehmer also einen positiven Anreiz, einen eingetretenen Verzug schnellstmöglich zu überwinden. Darüber hinaus übt die steigende Pönale auch steigenden Druck auf den Auftragnehmer aus. Es liegt in seinem Interesse, den Verzug durch Beschleunigungsmaßnahmen zu beseitigen, bevor der jeweils höhere Prozentsatz erreicht wird. In der Praxis des internationalen Anlagengeschäfts ist der Rückgriff auf „*ramping rates*" eher selten. Dies hat im wesentlichen zwei Gründe:

---

[68] Vgl. § 309 Abs. 5 (b) BGB. Zum Konzept wonach die verwirkte Vertragsstrafe entfallen sollte, wenn überhaupt kein Schaden entstanden ist, siehe *Leinemann*, Vertragsstrafe – Der einzig sichere Weg zum Gewinn am Bau?, BauR. 2001, S. 1472 ff.; *Schaub*, Der Konsortialvertrag, S. 119. Zu dieser Problematik im französischen Recht oder im angloamerikanischen Recht, siehe oben, ab S. 21.

[69] Siehe hierzu *Rabier*, Les pénalités dans les contrats internationaux de construction de centrales de production d'électricité, RDAI 2003, S. 162 ff.; *Molter*, a.a.O., S. 280, Fußnote 103.

[70] Für konkrete Beispiele von Verzugspönalen mit "*ramping rates*", siehe *Fontaine/ de Ly*, Droit des contrats internationaux, S. 348 ff.

- Zum einen ist es nicht immer so, dass sich der tatsächliche Verzugsschaden im Verhältnis zur Dauer des Verzuges ebenfalls steigend erhöht. In den meisten Fällen ist der Schaden am ersten Tag des Verzuges genauso hoch wie am letzten, denn die Verzögerung der kommerziellen Nutzung der Anlage wird für den Auftraggeber stets dieselben finanziellen Konsequenzen haben. Deshalb haben Auftraggeber häufig Vorbehalte dagegen, in den ersten Wochen des Verzuges einen niedrigen Prozentsatz zu akzeptieren.

- Zum anderen ist zweifelhaft, ob eine steigende Verzugspönale nach dem -oftmals gewählten- angloamerikanischen Recht überhaupt wirksam vereinbart werden kann. Ist der mögliche Schaden des Auftraggebers, ungeachtet dessen wie lange der Verzug andauert, gleich hoch, so wird es bei der Vereinbarung von *„ramping rates"* schwierig sein, die Vertragsstrafe als ernsthaften Versuch der Einschätzung des potentiellen Schadens darzustellen. In solchen Fällen droht deshalb die Gefahr einer Qualifizierung der Vertragsstrafe als ungültige *„penalty"*.

5. Neutrales Abnahmeverfahren

Viele Streitigkeiten entstehen im internationalen Anlagengeschäft zum Zeitpunkt der Abnahme. Der Auftragnehmer ist der Meinung, er habe die Abnahmebedingungen erfüllt, der Auftraggeber weigert sich aber die Abnahme zu erteilen und verlangt Zahlung der Verzugspönale, weil die Abnahme nicht zum garantierten Termin erfolgt ist[71].

Die Verwirkung der Verzugspönale ist nur eine der Folgen, die durch eine Abnahmeverweigerung ausgelöst werden[72]. Andere Sanktionen wären z.B. die Verschiebung des Anfangs der Gewährleistungsperiode oder die Zurückhaltung der relevanten Teilzahlung. Sie zieht jedoch in der Regel die schwerwiegendsten

[71] Vgl. *Meuret*, der sich darüber beklagt, die Abnahmebedingungen vieler Anlagenverträge würden zu oft böswillige Abnahmeverweigerungen ermöglichen (*Meuret*, Approche et gestion des risques dans les contrats internationaux de BTP et de vente d'ensemble industriel, RDAI 1988, S. 794).
[72] *Lappe*, a.a.O., S. 196.

finanziellen Konsequenzen für den Fall der verspäteten Abnahme nach sich. Deshalb ist es im Hinblick auf die Reduzierung des Vertragsstrafenrisikos wichtig, dass das Abnahmeverfahren so unkompliziert wie möglich gestaltet wird[73]. Für den Auftragnehmer sind lange Listen unüberschaubarer Abnahmebedingungen inakzeptabel, da diese dem Auftraggeber Gelegenheit geben, die Abnahme bösgläubig zu verweigern[74].

Daher werden sich die Abnahmebedingungen häufig auf die folgenden Aufzählungen beschränken:

> *„Take-Over: Contractor shall be considered as having achieved Take-Over when the following conditions shall have been met:*
>
> *- Contractor has delivered to Owner a statement confirming that, except for punch list items, the Facility is free of deficiencies and has been constructed in accordance with the technical requirements specified in exhibit [ ] as well as applicable laws and regulations;*
>
> *- All Permits relating to the Facility and required to be obtained by Contractor have been obtained;*
>
> *- Owner has received all drawings, technical specifications, test data and other technical information required to be delivered under applicable provisions of this Contract in order to enable Owner to start up, operate and maintain the Facility in a safe and reliable manner;*
>
> *- Owner has received from Contractor results demonstrating that all performance tests required under this Contract have been successfully completed;*
>
> *- Contractor has completed the training of Owner's personnel as specified in exhibit [ ];*

[73] Vgl. *Meuret*, a.a.O., S. 796, der mehr Objektivität bei Abnahmebedingungen verlangt.

[74] Probleme können unter Umständen daraus resultieren, dass detaillierte Regelungen zum Abnahmeverfahren sich auf verschiedene technische Anhänge des Vertrages erstrecken (siehe hierzu *Schneider,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 207).

- Contractor has fully performed all other requirements expressly required under relevant provisions of this Contract to be performed as a condition for obtaining the Take-Over certificate".

Die Abnahme ist eine sehr kritische Phase des Projekts, die dem Auftraggeber u. U. die Möglichkeit von Verzögerungstaktiken geben kann[75]. Wichtig ist deshalb, bei der Auflistung der Abnahmebedingungen eine praktikable und klare Formulierung zu wählen.

Immer wieder tauchen in internationalen Anlagenverträgen jedoch ungeschickt ausgedrückte Bedingungen auf. Ein gutes Beispiel dafür ist eine Klausel, gemäß welcher vom Auftragnehmer zu beweisen ist, dass er bei der Errichtung der Anlage alle anwendbaren gesetzlichen Vorschriften befolgt hat:

„Contractor shall have demonstrated to the Owner's satisfaction that the Facility is in compliance with all applicable laws and regulations".

So formuliert ist die Bedingung für den Auftragnehmer sehr risikoreich, weil durchaus Differenzen im Hinblick auf die Art und Weise der Beweisführung entstehen können. Darüber hinaus ist es praktisch sehr schwierig, einen solchen Beweis zu erbringen. Der Auftragnehmer müsste theoretisch gesehen alle relevanten Gesetze auflisten und für jedes Gesetz einzeln darlegen, dass die Anlage den gesetzlichen Anforderungen gerecht wird.

Weniger konfliktträchtig ist dagegen folgende Formulierung:

„Contractor shall deliver to the Owner a statement confirming that the Facility is in compliance with applicable laws and regulation".

Diese Formulierung ist unmißverständlich und verursacht daher keine praktischen Schwierigkeiten. In diesem Fall trifft den Auftraggeber die Pflicht, ausdrücklich auf seiner Meinung nach be-

[75] *Hopfenbeck*, Planung und Errichtung von kompletten Industrieanlagen in Entwicklungsländern, S. 202.

stehende, durch die Anlagenkonstruktion hervorgerufene, Gesetzesverstöße hinzuweisen.

Hinsichtlich der Vermeidung von Verzugsrisiken im Zusammenhang mit der Abnahme der Anlage ist ebenfalls eine klare Regelung im Rahmen einer „*Punch List*" äußerst hilfreich. In der internationalen Anlagengeschäftspraxis wird das Konzept der „*Punch List Items*" verwendet, um geringfügige Mängel aufzulisten, die den normalen Betrieb der Anlage nicht hindern und aus diesem Grund erst nach der Abnahme beseitigt werden müssen[76].

Typisches Beispiel ist die mangelnde Qualität der Rostschutzfarbe bestimmter Komponenten der Anlage. Anstatt wegen unerheblichen Mängeln die Abnahme zu verschieben, wird das Abnahmezertifikat unter Auflistung aller Mängel erteilt. Gleichzeitig wird ein Teil des Vertragspreises solange zurückbehalten, bis alle Mängel behoben worden sind. Im Hinblick auf die Reduzierung des Vertragsstrafenrisikos hat der Auftragnehmer ein Interesse daran, möglichst viele Mängel in die „*Punch List*" aufzunehmen, so dass nur Mängel, die ein sicheres und gesetzmäßiges Betreiben der Anlage verhindern, Grund für eine Abnahmeverweigerung sein können[77].

Häufig wird weiterhin eine Abnahmevermutung, ein sog. „*Deemed Take-Over*" im Vertrag vereinbart[78]. In der Regel wird die Abnahme endgültig abgewickelt durch die Aushändigung eines Abnahmezertifikats seitens des Auftraggebers. Es kann jedoch passieren, dass der Auftraggeber das Zertifikat trotz Erfüllung aller Abnahmebedingungen nicht erteilt. Des weiteren ist es möglich, dass der Auftragnehmer vom Auftraggeber hinsichtlich der Erfüllung einer der Abnahmebedingungen behindert wird. Beispielsweise verlangen viele Verträge die Anwesenheit des Auftraggebers bei der Durchführung des Leistungstests. Für den Fall, dass der Auftraggeber trotz Mahnung an der Durchführung des Tests nicht teilnimmt, kann vereinbart werden, dass der Test automatisch als erfolgreich gelten

---

[76] *Lappe*, a.a.O., S. 183.

[77] Zur Problematik der Abnahmeverweigerung bei unwesentlichen Mängeln im BGB und in der VOB, siehe *Joussen*, a.a.O., S. 374.

[78] In der deutschen Literatur wird hier der Ausdruck "*Fiktion der Abnahme*" benutzt (Siehe u.a. *Schneider*, Die Abnahme in der Praxis internationaler Bau- und Anlagenverträge, ZfBR 1984, S. 106; *Dünnweber*, a.a.O., S. 100; *Lappe*, a.a.O., S. 188).

soll[79]. Ein anderes Beispiel ist die Unmöglichkeit der Durchführung des Leistungstests wegen verspäteter Lieferung der Rohstoffe.

Für diese und ähnliche Fälle eines Verschuldens seitens des Auftraggebers kann vereinbart werden, dass das Abnahmezertifikat nach Ablauf einer gewissen Karenzzeit automatisch als erteilt gelten soll[80].

Die folgenden Klauseln geben ein Beispiel dafür, wie das Konzept des „*Deemed Take-Over*" in den Vertrag eingebracht werden kann:

> *"Interference with Take-Over: Should the Purchaser, by its actions or omissions, prevent the Contractor from achieving one or more of the conditions required to obtain Take-Over, Take-Over shall be deemed to have been achieved on the date when Contractor shall have achieved all other conditions required to obtain Take-Over";*

> *"Failure to issue Take-Over Certificate: If, following receipt by the Purchaser of a notice from Contractor stating that all conditions to achieve Take-Over have been fulfilled, Owner fails without valid reason to issue the Take-Over Certificate, Take-Over shall be deemed to have been achieved on the date when the above-mentioned notice was issued by the Contractor".*

Schließlich kann dem Auftraggeber vertraglich untersagt werden, die Anlage ganz oder teilweise zu betreiben, solange sie noch nicht formell abgenommen wurde[81]. Ansonsten hätte der Auftraggeber die Möglichkeit, Ansprüche auf Zahlung einer Verzugspönale geltend zu machen, obwohl er durch das Betreiben der nicht formell abgenommenen Anlage bereits Erträge erzielt. Das Verbot eines Betriebes der Anlage ist eines der wirksamsten Druckmittel, um willkürliche Abnahmeverweigerungen zu verhindern.

---

[79] Siehe hierzu *Meuret*, a.a.O., S. 816.

[80] Laut *Meuret* (a.a.O., S. 817) gehört diese Fiktion zu den Grundprinzipien des Risikomanagements im internationalen Anlagenvertrag, da sie den Auftragnehmer von einer zeitlich unbegrenzten und unüberschaubaren Verpflichtung befreit.

[81] Zu diesem Aspekt der "*use prior to acceptance*", siehe *Huse*, a.a.O., S. 270.

II. Risikoverringerung bei technischen Pönalen

1. Korrekte Festlegung der Garantiewerte

Die Risikoverringerung bei technischen Pönalen beginnt bereits damit, dass im Vertrag passende Garantiewerte festgelegt werden. Es ist risikoärmer, eine hohe technische Pönale mit leicht erreichbaren Garantiewerten zu akzeptieren, als eine niedrige technische Pönale mit schwer erreichbaren Garantiewerten. Bei der Festlegung der Garantiewerte muss der Auftragnehmer dementsprechend darauf achten, genügend Spielraum zu haben.

Die Garantien müssen hinsichtlich Art, Höhe und Folgen vertraglich zweifelsfrei geregelt und umrissen werden[82]. Insbesondere sollte aus dem technischen Anhang der Unterschied zwischen verbindlichen Garantien und unverbindlichen Richtwerten problemlos ersichtlich sein[83].

Darüber hinaus muss sich der Auftragnehmer dessen bewusst sein, dass vom Auftraggeber stammende Werkdaten, die durch technische Anhänge Inhalt des Vertrages geworden sind, in die Sphäre seines Erfolgsrisikos fallen (natürlich nur, soweit der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt)[84].

Schließlich muss darauf hingewiesen werden, dass die Einhaltung anerkannter Regeln der Technik im Regelfall keinen Haftungsbefreiungsgrund für den Auftragnehmer im Falle des Nichterreichens der Garantiewerte darstellt[85].

2. Flexibilität beim Testverfahren

Der Auftragnehmer wird bei der Organisation der verschiedenen Tests in der Regel eine gewisse Unabhängigkeit beanspruchen.

---

[82] *Schlotke,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 161.
[83] *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 1131.
[84] *Nicklisch,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträge, S. 30.
[85] *Obenhaus*, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträge, S. 15; *Lampe-Helbig,* in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträge, S. 46.

Er will zumeist selbst entscheiden, wann mit einem Test begonnen wird und welchen Test er letztendlich auswertet. Dies beruht auf der Tatsache, dass im Laufe der Errichtung einer Anlage zahlreiche Einstellungen und Justierungen vorgenommen werden müssen, die jeweils mehrfach getestet werden müssen. Würden also bereits die ersten Probeläufe als Test gewertet, so wäre dies für den Auftragnehmer äußerst nachteilhaft. Denn schon bei der sog. „kalten" Inbetriebnahme der Anlage wird der Auftragnehmer feststellen, dass gewisse Komponenten noch einer Nachbesserung bedürfen, um endgültig „testreif" zu sein.

Es ist weiterhin notwendig, dass der Auftragnehmer zwischen Inbetriebnahme und Leistungsnachweis Probeläufe durchführt, um weitere technische Anpassungen vorzunehmen. Hinsichtlich dieser Fälle muss aus dem Vertrag deutlich hervorgehen, dass die Testläufe nicht schon als endgültiger Test gelten. Der Auftragnehmer wird darauf bestehen, dass er das Recht hat, den Termin des endgültigen Tests auszuwählen, um die Anlage dann im bestmöglichen Zustand präsentieren zu können. Ansonsten würde er Gefahr laufen, eine technische Pönale zahlen zu müssen, obwohl er noch Anpassungsarbeiten vornehmen möchte.

Darüber hinaus gibt es Verträge, in denen festgelegt ist, dass der Auftragnehmer nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach dem ersten gescheiterten Test (z.B. 180 Tage) Reparaturarbeiten durchführen darf. Wenn am Ende dieser Periode immer noch kein erfolgreicher Test vorliegt, so ist der Auftraggeber in der Regel laut dem Vertrag zur Kündigung desselben berechtigt. Hinsichtlich derartiger vertraglicher Regelungen ist es äußerst wichtig, die endgültige Testperiode nicht zu früh zu legen, damit im Vorhinein noch Tests zur Optimierung der Anlage vorgenommen werden können.

3. Verschulden des Auftraggebers

In Bezug auf die Thematik der Verringerung des Verzugsrisikos wurde bereits auf die Notwendigkeit eingegangen, generelle Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers im Vertrag ausdrücklich festzulegen und aufzulisten.

Diese Auflistung stellt sich auch als eine Methode der Risikoverringerung im Bereich der technischen Pönale dar. Auch das Erreichen zugesicherter technischer Werte hängt teilweise von der vertragsgemäßen Erfüllung der dem Auftraggeber obliegenden Pflichten ab[86].

Ein gutes Beispiel dafür bildet die mangelhafte Qualität der vom Auftraggeber gelieferten Rohstoffe, die zu einer Verschlechterung der Leistung der Anlage führt[87]. Der Auftragnehmer wird regelmäßig verlangen, in diesen Fällen vertraglich von jeglicher Haftung befreit zu sein. Zudem wird teilweise im Vertrag vereinbart, dass die Anlage in einem solchen Fall als einwandfrei abgenommen gelten soll.

Einen ähnlichen Sinn und Zweck verfolgt die Regelung, dass ein Nichterreichen der Garantiewerte aufgrund mangelnder Qualität der vom Auftraggeber stammenden Werkdaten, gegen die der Auftragnehmer Bedenken erhoben hat, zur Verlagerung des Erfolgsrisikos auf den Auftraggeber führt[88].

Ebenso gibt es vertragliche Vereinbarungen, die die o. g. Rechtsfolge für den Fall des Nichterreichens der Verfügbarkeitsgarantien aufgrund falschen Betriebes der Anlage oder mangelhafter Wartung seitens des Auftraggebers vorsehen[89].

Häufig werden alle Pflichten des Auftraggebers, die einen Einfluss auf das Erreichen der Garantiewerte haben können, im Vertrag ausdrücklich aufgelistet. Es genügt in dieser Hinsicht jedoch nicht, dass der Vertrag z. B. lediglich die Lieferung von Rohstoffen seitens des Auftraggebers festschreibt, sondern es muss darüber hinaus die erwartete Qualität der Rohstoffe präzise festgelegt worden sein, damit sich der Auftragnehmer im Falle der Minderwertigkeit derselben problemlos auf die vorgenannte Klausel berufen kann.

---

[86] *Schlotke*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 166.
[87] Zur Darstellung eines Falles, bei dem die Rohstoffe für die Inbetriebsetzung der Anlage einfach fehlten, siehe *Boon,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 246.
[88] *Hesse,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), S. 29; *Nicklisch*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 111; *Nicklisch*, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, S. 33.
[89] *Schlotke,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 158.

4. Mehrleistungen

Auf die Problematik der Mehrleistungen und deren Konsequenzen im Bereich der Verzugspönale wurde bereits hingewiesen[90]. Diese Problematik spielt auch für technische Pönalen eine Rolle[91].

Für den Fall, dass der Auftraggeber -trotz Protestes seitens des Auftragnehmers- sog. *forcierte Änderungen* des Lieferumfangs durchsetzt, welche die Notwendigkeit technischer Änderungen hervorrufen und es dadurch zu einer Verschlechterung der Ergebnisse des Leistungstests kommt, kann vereinbart werden, dass vom Auftragnehmer eine technische Pönale nicht geschuldet wird.

Diesbezüglich kann eine Formulierung verwendet werden, gemäß welcher etwaige Ansprüche des Auftraggebers aus Vertragsverletzung bis zum Ende des Schiedsverfahrens ausgesetzt werden, falls die Vertragsverletzung durch *forcierte Änderungen* verursacht wurde.

Die im Zusammenhang mit der Mehrleistungsproblematik bei Verzugspönalen vorgeschlagene Formulierung kann dabei gleichfalls hinsichtlich technischer Pönalen verwendet werden[92]. Will man den Schwerpunkt eher auf die technische Pönale legen, so sollte die Formulierung wie folgt lauten:

> *"Should the Purchaser require the Contractor to proceed with the requested Scope Change in spite of Contractor's objections and the reference of the matter to arbitration, and should the carrying out of such proposed Scope Change lead Contractor to be in default under this Contract, in particular as a result of a failure to achieve the guaranteed performances, then any of the Owner's remedies for such default, in particular the levying of performance liquidated damages, shall be suspended until the outcome of the arbitration".*

---

[90] Vgl. zur Problematik der Mehrleistungen, ab S. 202.

[91] z.B. können Mehrleistungen vom Auftraggeber zum Zwecke der Anpassung des Leistungsumfangs an Änderungen des Standes der Technik verlangt werden (siehe hierzu *Jagenburg,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 145).

[92] Zu dieser Formulierung, siehe oben, auf S. 203.

5. Detaillierte Regelung des Testverfahrens

In der Praxis des internationalen Anlagenvertrages beschäftigen sich die Rechtsabteilungen von Auftragnehmer und Auftraggeber während der Vertragsverhandlungen hauptsächlich mit dem Kernpunkt des Vertrages, namentlich den kommerziellen Bedingungen. Wenig Aufmerksamkeit wird dagegen den technischen Anhängen des Vertrages gewidmet[93]. Dies ist zu bedauern, denn viele Streitigkeiten entstehen dadurch, dass die technischen Anhänge bezüglich des Testverfahrens entweder mangelhaft oder unklar formuliert sind[94]. In der Regel wirken sich solche Lücken bzw. Unklarheiten zu Lasten des Auftragnehmers aus und erhöhen dessen Vertragsstrafenrisiko[95].

Die vertragliche Behandlung der Thematik der Probetests bietet ein gutes Beispiel dafür, welches Risikopotential in derartigen Lücken bzw. Unklarheiten liegen kann:

- Erstes Beispiel: In der Mitte des Probebetriebes, der laut Vertrag auf 30 Tage angesetzt ist, wird die Anlage infolge höherer Gewalt 5 Tage lang zum Stillstand gebracht. Es stellt sich nun die Frage, ob der Auftragnehmer den dreißigtägigen Test wiederholen muss, oder ob er den für die 5 Tage unterbrochenen Test einfach weiterführen kann.

- Zweites Beispiel: Bei einer Kraftwerkanlage wird in der Umschreibung des Probebetriebes verlangt, dass im Rahmen des dreißigtägigen Testlaufes „mindestens 300 MW" zu erbringen sind; während des Probebetriebes liegt der tatsächliche Durchschnittswert bei 305 MW, 2 Tage lang erreicht

[93] *Böckstiegel* weist zutreffend darauf hin, dass bei Streitigkeiten im Anlagenbau "bei einem sachgemäßeren Einsatz der Juristen die Unternehmen den Konflikt hätten vermeiden oder jedenfalls erheblich reduzieren können" (*Böckstiegel,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 313).

[94] Wie *Lappe* (a.a.O., S. 184) es betont, ist es "von entscheidender Bedeutung, dass die Dauer und das Verfahren der Tests und die Kriterien der Messungen und Analysen sowie etwaige Toleranzwerte genau festgelegt sind".

[95] Vgl. *Schlotke*: „Unklarheit schafft sofort Auslegungsschwierigkeiten und damit Risiken" (*Schlotke*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 164).

die Anlage jedoch nur 290 MW. Fraglich ist in diesem Fall, ob der Probebetrieb trotzdem als erfolgreich, oder als misslungen anzusehen ist.

Werden diese Fragen, die im Rahmen eines jeden Probebetriebes auftreten können, im technischen Anhang des Vertrages nicht angemessen geregelt, so wird dies ein erhebliches Streitpotential zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber hervorrufen. Um das Risiko solcher Auseinandersetzungen zu minimieren, ist es daher wünschenswert, die Beschreibung der Testregeln so detailliert wie möglich auszugestalten.

§ 3 Risikoverringerung im Konsortialvertrag und in Subunternehmerverträgen

Trotz der Ergreifung von Maßnahmen zur Reduzierung des Vertragsstrafenrisikos, kann die Zahlung einer Vertragsstrafe nicht immer vermieden werden. Der Anlagenunternehmer hat diesbezüglich aber die Möglichkeit, das bestehende Risiko zu verteilen. Eine solche Risikoverteilung ist ein typisches Merkmal der Struktur von vertraglichen Beziehungen im Rahmen komplexer Langzeitverträge[96].

Zwei Methoden erlauben es dem Anlagenunternehmer sogar, das Vertragsstrafenrisiko teilweise oder ganz abzuwälzen. Schließt der Anlagenunternehmer etwa mit seinen Partnern einen Konsortialvertrag, so hat er in diesem Rahmen die Möglichkeit, sein Risiko auf die Partner abzuwälzen oder es zumindest mit ihnen zu teilen. Auch kann er in den verschiedenen Subunternehmerverträgen mit den Subunternehmern vereinbaren, dass diese die durch Vertragsstrafen statuierte Haftung unter gewissen Umständen übernehmen, falls im Rahmen des Hauptvertrages eine Vertragsstrafe anfällt.

Die hinsichtlich der Verteilung des Vertragsstrafenrisikos im Konsortial- und Subunternehmervertrag praktisch auftretenden Fragen, werden Thema der nun folgenden Abschnitte sein.

[96] *Scott*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 60.

I. Verteilung des Vertragsstrafenrisikos im Konsortialvertrag

1. Überblick über den Konsortialvertrag im internationalen Anlagengeschäft

Aus technischen, finanziellen oder kommerziellen Gründen ist bei internationalen Großprojekten zumeist die Bildung eines Konsortiums notwendig[97].

Auf die Gründe dafür, sowie auf die verschiedenen Erscheinungsformen des Konsortiums (Außen- oder Innenkonsortium) ist bereits an anderer Stelle eingegangen worden[98].

Gegenstand des folgenden Abschnittes ist die inhaltliche Gestaltung des Konsortialvertrages. Ein gutes Verständnis der Struktur dieser Verträge ist Voraussetzung, um die Problematik der Verteilung des Vertragsstrafenrisikos unter Konsortialmitgliedern angemessen erläutern zu können.

Am anschaulichsten läßt sich die grundlegende Struktur des Konsortialvertrages anhand einer Betrachtung seines typischen Inhaltes darlegen[99]. Da Konsortialverträge im internationalen Anlagengeschäft in der Regel in Englisch verhandelt und verfasst werden, wird -wie schon bei der Darstellung des internationalen Anlagenvertrages- die angloamerikanische Terminologie in die Darstellung eingebunden[100].

---

[97] *Hopfenbeck,* a.a.O., S. 54 ff.; *Lionnet,* in: Bau- und Anlagenverträge, S. 122; *Baptista/Durand-Barthez*, Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international, S. 25 ff.

[98] Vgl. die Ausführungen zu den Erscheinungsformen des Konsortiums, ab S. 62.

[99] Wie bei Anlagenverträgen sind im Bereich der Konsortialverträge in der Lieferindustrie verschiedene Muster vorhanden, die von nationalen und internationalen Organisationen (ORGALIME; VDMA, usw.) regelmäßig veröffentlicht werden (siehe hierzu *Lionnet*, in: Bau- und Anlagenverträge, S. 129; *Molter,* a.a.O., S. 278, Fußnote 93).

[100] Für eine katalogartige Darstellung der Hauptklauseln eines Konsortialvertrages auf englischer Sprache, siehe *Trevor Brown*, in: La co-traitance internationale, S. 136 ff.

1.1 Präambel, Definitionen und Auslegungsregeln (Preamble, Definitions and Interpretation)

Der Konsortialvertrag beginnt traditionell mit einer Präambel, in der das Anlagenprojekt selbst, Informationen über den Anlagenvertrag und den Auftraggeber aufgeführt werden[101]. Zusätzlich enthält die Präambel eine Erklärung der Parteien, dass sie sich zur gemeinsamen Durchführung des Projektes zusammenschließen.

Obwohl der Konsortialvertrag im Vergleich zum Anlagenvertrag relativ kurz ist, werden in einem Abschnitt des Vertrages die Definitionen der relevanten Konzepte und Ausdrücke aufgelistet[102].

Schließlich werden durch den Vertrag Auslegungsregeln vorgegeben. Ein Beispiel dafür ist eine Regelung, gemäß welcher der Konsortialvertrag nicht als Gesellschaftsvertrag auszulegen ist[103]. Dies ist wichtig, um die Entstehung einer steuerpflichtigen juristischen Person zu verhindern.

1.2 Leistungsumfang und Mehrleistungen (Scope of Works, Change Orders)

Im Hinblick auf die Verteilung des Vertragsstrafenrisikos unter den Konsortiumsmitgliedern ist dieser Teil des Konsortialvertrages von großer Bedeutung. Der Leistungsumfang jedes Konsorten und damit auch sein prozentualer Anteil am Projekt („*proportionate share*") werden dort definiert. Wichtig ist, dass sich der Leistungsumfang laut dem Kundenvertrag typischerweise so darstellt, als ob jeder Konsorte selbst den Vertrag mit dem Kunden unterzeichnet hätte[104].

---

[101] Zur Präambel im internationalen Konsortialvertrag bzw. *joint venture* Vertrag, siehe *Baptista/Durand-Barthez*, Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international, S. 61 ff.

[102] Siehe hierzu *Rayermann*, Der internationale Konsortialvertrag, S. 131.

[103] Vgl. folgende Klausel: *"The parties hereby clearly express that it is not their intention when entering into this consortium agreement to create a corporation, partnership or any form of legal entity"*.

[104] Siehe hierzu die Erläuterungen von *Nicklisch*, Rechtsprobleme des Konsortialvertrags, BB 1999, S. 326.

Häufig wird ebenfalls festgelegt, nach welcher Methode Mehrleistungen unter den Konsorten zu verteilen sind und inwiefern der Projektanteil eines jedes Konsorten in diesem Fall anzupassen ist[105].

1.3 Federführung (*Leadership*)

Das Konsortium braucht einen Federführer, der für die Außenbeziehung zum Auftraggeber zuständig ist. In dem diesbezüglichen Teil des Vertrages wird angegeben, welcher der Konsorten diese Rolle übernimmt und was für eine Entlohnung er dafür erhält.

Es wird des weiteren erläutert, wie die Entscheidungen unter den Konsorten getroffen werden müssen und unter welchen Umständen der Federführer in Krisensituationen im Interesse des Konsortiums allein entscheiden darf[106].

1.4 Vorbereitung des Angebots, Durchführung des Anlagenvertrages (*Bid preparation, Performance of the Main Contract*)

Die Kooperation der Konsorten beginnt bereits in der Angebotsphase. Ziel der dies betreffenden Regelung ist es daher, die Aufgaben der Konsorten bereits im Hinblick auf die Vorbereitung des gemeinsamen Angebotes festzuschreiben[107].

Wichtig ist in diesem Zusammenhang u.a. ein pünktlicher technischer und kommerzieller Informationsaustausch zwischen den Konsorten, damit jeder Konsorte seinen Projektanteil und seine Angebotspreise rechtzeitig bearbeiten kann. Weiterhin werden die Aufgaben der Konsorten in der Abwicklungsphase detailliert aufgelistet.

---

[105] Siehe hierzu *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 121.

[106] Zur Federführung und Beschlussfassung im Rahmen des Konsortialvertrages, siehe *Hautkappe*, Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau, S. 110 ff.; *Schaub*, Der Konsortialvertrag, S. 66 ff.; *Jous,* in: La co-traitance internationale, S. 227 ff.; *Glavinis*, Le contrat international de construction, S. 345 ff.; *Rayermann*, Der internationale Konsortialvertrag, S. 146 ff.

[107] Ausführlicher zu den speziellen Regelungen für die Angebotsphase: *Rayermann*, a.a.O., S. 203 ff.

1.5 Zahlungsmodalitäten (*Payments*)

In diesem Vertragsteil legen die Konsorten die Zahlungsmodalitäten fest. Es gibt diesbezüglich nur zwei Alternativen[108]. Entweder wird der Federführer vom Auftraggeber für das gesamte Projekt bezahlt und muss dann seinerseits jeden Konsorten gemäß der erbrachten Lieferungen bezahlen. In diesem Fall wird der Federführer ein projektspezifisches Bankkonto eröffnen.

Die andere Möglichkeit ist die direkte Bezahlung der Konsorten durch den Auftraggeber, welche jedoch nur im Falle eines Außenkonsortiums denkbar ist[109].

1.6 Haftung (*Liabilities*)

Während der Durchführung des Anlagenprojekts können mehrere Arten von haftungsauslösenden Ereignissen auftreten[110]. Es kann u. a. zur Schädigung Dritter oder zu Schäden unter den Konsorten selbst kommen. Schließlich sind auch Haftungsfälle gegenüber dem Auftraggeber möglich.

Für all diese Haftungsfälle müssen im Konsortialvertrag entsprechende Haftungsregelungen entwickelt werden. In der Regel gilt dabei der Problematik der Haftung gegenüber dem Auftraggeber die größte Aufmerksamkeit, da potentielle Schadensersatzansprüche des Kunden wegen Vertragsverletzungen das bei weitem größte Haftungsrisiko bilden. Im Rahmen dieser Problematik werden die Konsorten entscheiden müssen, wie sie die Aufteilung für den Fall der Zahlung von Vertragsstrafen gestalten wollen[111].

---

[108] Zu den Zahlungsmethoden im Konsortialvertrag, siehe *Molter*, a.a.O., S. 201; *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 155.

[109] Zum Unterschied zwischen Außen- und Innenkonsortium, siehe oben, auf S. 63.

[110] Zu den verschiedenen Fallgruppen, siehe *Nicklisch*, Rechtsprobleme des Konsortialvertrags, BB 1999, S. 327; *Hautkappe*, a.a.O., S. 142 ff.; *Schaub*, a.a.O., S. 148 ff.; *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 156 ff.; *Boon,* in: La co-traitance internationale, S. 241 ff.; *Glavinis*, a.a.O., S. 348 ff.; *Rayermann*, a.a.O., S. 191 ff.

[111] Ausführlicher zur Verteilung von Vertragsstrafen im Konsortialvertrag, ab S. 228.

1.7 Vertragsverletzungen (*Breach of contract*)

Wenn ein Konsorte seine aus dem Anlagenvertrag resultierenden Pflichten nicht erfüllt bzw. nicht erfüllen kann, z.B. im Falle einer Konkurseröffnung, können für die anderen Konsorten beträchtliche Schäden entstehen.

Deshalb muss der Konsortialvertrag einen Mechanismus schaffen, Konsortialmitglieder bei grobem Fehlverhalten oder Insolvenz auszuschließen[112]. Ein solcher Ausschluss wird normalerweise nur unter gravierenden Umständen erlaubt sein und wird in der Praxis auch relativ selten ausgeübt, da mit der praktischen Durchführung des Ausschlusses zahlreiche Schwierigkeiten verbunden sind[113]. Realistischer ist eher die Lösung, dass die anderen Konsorten die Leistung des nachlässigen Konsorten -zumindest teilweise- auf dessen Kosten übernehmen.

1.8 Versicherungen und Bürgschaften (*Insurance and bank guarantees*)

Im Rahmen der Abwicklung des Projekts müssen Versicherungen abgeschlossen werden. Selbst wenn der Auftraggeber globale projektspezifische Versicherungen abschließt, gibt es dennoch Versicherungen, die durch den Auftragnehmer abgeschlossen werden müssen (z.B. Autoversicherung für die Fahrzeuge auf der Baustelle). Im Konsortialvertrag muss diesbezüglich entschieden werden, ob jeder Konsorte eigene Versicherungen abschließen soll oder ob der Federführer im Namen der anderen Konsorten eine globale Versicherung abschließt, durch welche alle Konsorten mitversichert sind[114].

---

[112] *COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES),* Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé, Document ECE/Trade/131, 1979, Rdnr. 30.

[113] In vielen Rechtssystemen wird z.B. im Falle der Insolvenz eines Konsorten der Ausschluss aus dem Konsortium meistens nicht ohne die Zustimmung des Insolvenzverwalters durchsetzbar sein.

[114] *COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES),* Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé, Document ECE/Trade/131, 1979, Rdnr. 64.

Dasselbe gilt für die gemäß dem Anlagenvertrag abzuschließenden Bürgschaften. In der Regel wird der Auftraggeber verlangen, dass der Federführer im Namen des Konsortiums Bürgschaften für das gesamte Projekt stellt. In solchen Fällen sieht der Konsortialvertrag typischerweise vor, dass die anderen Konsorten entsprechende Bürgschaften zugunsten des Federführers stellen[115].

1.9 Höhere Gewalt (*Force Majeure*)

Weiterhin können die Konsorten in der Erfüllung ihrer Pflichten durch Höhere Gewalt behindert werden. Deshalb ist im Konsortial-, sowie im Anlagenvertrag regelmäßig eine *Force Majeure*-Klausel enthalten.

Die Besonderheit hinsichtlich des Konsortialvertrages ist, dass die *Force Majeure*-Klausel des Konsortialvertrages an die des Anlagenvertrages angepasst sein muss[116]. Andernfalls könnte ein Ereignis im Konsortialvertrag als *Force Majeure* gelten, im Anlagenvertrag jedoch nicht bzw. umgekehrt. Dies würde zu Widersprüchen hinsichtlich der Festlegung der Risikosphären führen. Deshalb wird im Konsortialvertrag in der Regel vereinbart, dass die *Force Majeure*-Klausel des Anlagenvertrages auch für den Konsortialvertrag gilt.

1.10 Vertraulichkeit (*Confidentiality*)

Um das Großprojekt gemeinsam durchführen zu können, müssen die Konsorten Informationen austauschen[117]. Diese Informationen können kommerzieller, finanzieller oder technischer Natur sein. Für die klare Definition des Leistungsumfangs und der Zusammenarbeit zwischen den Konsorten müssen sensible technische Daten offengelegt werden.

Auf welche Weise die Konsorten diese Informationen zu behandeln haben, wird in der Vertraulichkeitsklausel des Konsortialvertrages

---

[115] Zur Verteilung der Auswirkungen einer Verlängerung der Bankgarantien im Konsortialvertrag, siehe *Molter*, a.a.O., S. 225 ff.
[116] *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 164.
[117] Siehe hierzu *Schaub*, a.a.O., S. 60 ff.

festgelegt[118]. Dabei ist es für die Konsorten wichtig, sich das Recht einräumen zu lassen, die technischen Daten eines nachlässigen Konsorten nutzen zu dürfen, um u.U. Teile seiner Leistung übernehmen zu können.

1.11 Streitbeilegung, Rechtswahl (*Dispute resolution/Governing law*)

Streitigkeiten zwischen Konsorten treten zumeist dann auf, wenn sich Haftungsrisiken aus dem Endkundenvertrag verwirklichen. Typisches Beispiel dafür ist das Auftreten einer Verzugshaftung aus dem Anlagenvertrag, bezüglich welcher sich die Konsorten nicht über den Grad ihrer jeweiligen Verantwortung einigen können. Deshalb muss auch hier eine Koordinierung von Anlagen- und Konsortialvertrag erreicht werden[119].

Eine Koordinierung kann zunächst in der Weise erreicht werden, dass eine Streitigkeit zwischen den Konsorten solange ausgesetzt wird, bis die parallel ablaufende Streitigkeit mit dem Auftraggeber endgültig entschieden ist.

Darüber hinaus wird in der Regel vereinbart, dass Gerichts- oder Schiedsgerichtsentscheidungen, betreffend Streitigkeiten unter Parteien des Anlagenvertrages, von den Konsorten anerkannt werden müssen. Eine solche Regelung ist aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll, da das für Streitigkeiten aus dem Konsortialvertrag zuständige Gericht bzw. Schiedsgericht nicht nochmals über rechtliche Fragen entscheiden muss, die bereits Gegenstand einer Entscheidung im Zusammenhang mit dem Anlagenvertrag waren.

Eine weitere Besonderheit der Streitbeilegung im Konsortialvertrag ist die Notwendigkeit, Sonderregeln für die Ernennung von Schiedsrichtern festzulegen. Dies rührt von der Tatsache her, dass am Konsortialvertrag in der Regel mehr als zwei Konsorten beteiligt sind, womit das traditionelle Ernennungssystem (jede Partei ernennt

---

[118] Ausführlicher zur Geheimhaltungspflicht sowie zur Nutzung von Schutzrechten der beteiligten Konsorten: *Rayermann*, a.a.O., S. 179 ff. und 230 ff.

[119] *Lamy,* Contrats internationaux, Rdnr. 164; *COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES),* Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé, Document ECE/Trade/131, 1979, Rdnr. 84 ff.

seinen Schiedsrichter, der dritte wird von den ausgewählten Schiedsrichtern gewählt) nicht angewendet werden kann. Als eine zweckmäßige Lösung bietet sich die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts, bei dem die Schiedsrichter durch eine neutrale Instanz (z.B. Präsident einer Handelskammer) ernannt werden, an.

Was die Wahl des anzuwendenden Rechts betrifft, so ist aus den oben angeführten Gründen zu empfehlen, dass das für den Anlagenvertrag geltende Recht auch auf den Konsortialvertrag angewendet wird[120]. Damit wird das Risiko kollisionsrechtlicher Probleme im Rahmen von Haftungsfragen erheblich minimiert[121].

Dies ist jedoch nicht immer möglich. Bilden beispielsweise eine deutsche und eine italienische Firma ein Konsortium für die Abwicklung eines Projektes in China, für welches der Anlagenvertrag chinesischem Recht unterliegt, so wollen die Firmen ihren Konsortialvertrag in der Regel nicht nach chinesischem Recht auslegen. In solchen Fällen muss durch effektive Streitbeilegungsregelungen zumindest gesichert sein, dass Haftungsfragen, die sich im Rahmen des Anlagenvertrages ergeben, nicht im Falle einer Streitigkeit unter den Konsorten unter der Geltung eines anderen Rechts erneut entschieden werden müssen bzw. können.

1.12 Kündigung, Ablauf des Vertrages (*Termination/Expiry*)

In der Angebotsphase kann es zu Auseinandersetzungen zwischen den Konsorten kommen, wenn sie sich nicht über den Angebotspreis einigen können oder unterschiedliche Auffassungen über die vertraglichen Bedingungen des Angebots haben. In solchen Fällen ist es gerechtfertigt, die Kündigung des Konsortialvertrages oder den Rücktritt des unzufriedenen Konsorten zu erlauben[122]. Deshalb

---

[120] *COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES),* Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé, Document ECE/Trade/131, 1979, Rdnr. 82.

[121] Zu den kollisionsrechtlichen Aspekten beim internationalen Konsortialvertrag bzw. *joint venture* Vertrag, insbesondere zur Problematik der Anknüpfung, siehe *Göthel*, Joint ventures im Internationalen Privatrecht, S. 125 und S. 258 ff.; *Braun*, Joint ventures im amerikanischen und deutschen Internationalen Privatrecht, S. 33 ff.

[122] *Durand-Barthez*, in: La co-traitance internationale, S. 258.

enthalten die meisten Konsortialverträge in diesem Sinne eine ausdrückliche Regelung.

Nach Abschluss des Anlagenvertrages gelten diese Kündigungs- oder Rücktrittsmöglichkeiten selbstverständlich nicht mehr, da die Konsorten nun für die Dauer der Projektabwicklung gebunden sind und ihre Zusammenarbeit daher nicht mehr ohne weiteres beenden können. Da die Abgabe eines Angebots nicht zwangsläufig zum Abschluss eines Vertrages führt, wird für den Fall des Nichtzustandekommens in der Regel ein automatisches Auslaufen des Konsortialvertrages vorhergesehen[123]. Sollte das Konsortialangebot hingegen zum Abschluss eines Vertrages führen, so bleibt der Konsortialvertrag solange in Kraft, wie eine Haftung aus dem Anlagen- bzw. dem Konsortialvertrag besteht[124].

1.13 Schlussbestimmungen (*Miscellaneous*)

Wie der Anlagenvertrag beinhaltet auch der Konsortialvertrag unter dem Oberbegriff der *„Miscellaneous"* eine Liste sonstiger Bestimmungen. Darunter fallen z.B. Bestimmungen bezüglich der Übertragbarkeit von Rechten und Pflichten aus dem Konsortialvertrag oder hinsichtlich Form- und Fristbestimmungen.

2. Die Methoden zur Verteilung des Vertragsstrafenrisikos unter Konsorten

Ein großer Vorteil des Konsortialvertrages ist die Möglichkeit, das Vertragsstrafenrisiko unter den Konsorten zu verteilen. Dadurch wiederum erreichen die Konsorten eine Minderung des jeweiligen Haftungsrisikos für Folgen eines Verzuges oder des Nichtvorhandenseins zugesicherter technischer Eigenschaften der Anlage.

Diesbezüglich gibt es zwei Methoden, eine solche Verteilung vorzunehmen:

---

[123] *Durand-Barthez,* a.a.O., S. 254 und 255.

[124] Für weitere Erläuterungen zu den Gründen betreffend Kündigung und Ablauf eines Konsortialvertrages, siehe *Trevor Brown*, a.a.O., S. 159 ff.

2.1 Erste Methode: Anteilige Vorhaftung des Verantwortlichen mit überschiessender Solidarhaftung der Konsorten

Nach der ersten Methode haftet der Konsorte, der das Anfallen der Vertragsstrafe verursacht hat, nur proportional zur Höhe seines Anteils am Projekt. Er übernimmt also nur den Prozentsatz der anfallenden Vertragsstrafe, der auch seinem Projektanteil am Gesamtvolumen des Projekts entspricht.

Der darüber hinausgehende Teil der Vertragsstrafe wird dann unter allen Konsorten entsprechend ihrer Projektanteile aufgeteilt[125]. In diesem Zusammenhang haftet der verantwortliche Konsorte also wiederum anteilig.

Als Beispiel soll folgender Fall dienen: Konsorte A hat einen Projektanteil von 30% und Konsorte B einen solchen von 70%. Die Verzugspönale hat im Vertrag eine maximale Höhe von 10% des Vertragspreises. A bringt nun das Projekt in Verzug, wobei die maximale Höhe der Verzugspönale erreicht wird. Die Vorhaftung des A entspricht, proportional zu seinem Projektanteil, 3% des Vertragspreises (30% Projektanteil des A, bei 10% maximaler Höhe der Vertragsstrafe im Verhältnis zum Vertragspreis). A trägt also zunächst allein die ersten 3% Vertragsstrafe. Die verbleibenden 7% Vertragsstrafe werden zwischen A und B gemäß ihren Projektanteilen verteilt, d.h. A bezahlt weitere 2.1% (30% von verbleibenden 7% Vertragsstrafe im Verhältnis zum Vertragspreis) und B 4.9% (70% von verbleibenden 7% Vertragsstrafe im Verhältnis zum Vertragspreis). Letztendlich bezahlt A also nur 5.1% der 10 % Vertragsstrafe (3% Vorhaftung, plus 2.1%), obwohl er allein verantwortlich ist, und B bezahlt 4.9%.

Diese Formel zur Haftungsaufteilung wird in der Praxis häufig gewählt, da sie den Verursacher einerseits über seinen Konsortialanteil hinaus verantwortlich hält und ihm andererseits aber kein unkalkulierbares Risiko aufbürdet[126].

---

[125] Zur Darstellung dieser Methode, siehe *Molter*, a.a.O., S. 94; *Hautkappe*, a.a.O., S. 148 ff.; *Schaub*, a.a.O., S. 126; *Rayermann*, a.a.O., S. 194 ff.

[126] Eine typische Klausel zur Sozialisierung des Vertragsstrafenrisikos nach der dargestellten Methode könnte wie folgt aussehen: *„Allocation of liability for liquidated damages: liquidated damages payable to the Owner under the Contract*

2.2 Zweite Methode: Anteilige Vorhaftung aller Konsorten mit alleiniger Überschusshaftung des Verantwortlichen

Nach der zweiten Methode haften alle Konsorten zunächst zu einem gewissen, im Vertrag bestimmten Prozentsatz der gesamten Vertragsstrafe (z.B. 3%) proportional zu ihren jeweiligen Projektanteilen. Für den überschießenden Anteil haftet allein der Konsorte, der für das Anfallen der Vertragsstrafe verantwortlich ist[127].

Unter Anwendung desselben Beispiels ergibt sich für die zweite Methode folgendes Ergebnis: Konsorte A bezahlt zunächst 0.9% (30% von 3%, die die Gesamtstrafe im Verhältnis zum Vertragspreis beträgt) und Konsorte B bezahlt 2.1% (70% von 3%, die die Gesamtstrafe im Verhältnis zum Vertragspreis beträgt). Weiterhin haftet A voll für die verbleibenden 7% Vertragsstrafe (im Verhältnis zum Vertragspreis). Letztlich zahlt A somit 7.9% der gesamten Vertragsstrafe von 10 % und B bezahlt nur 2.1%.

Die Haftungsverteilung lässt sich mit dieser Formel von der Projektbeteiligung unabhängiger gestalten, weil die Parteien selbst im Voraus festsetzen, bis zu welchem Prozentsatz (3% in unserem Beispiel) die solidarische Haftung greifen soll[128]. Auf diese Weise wird folglich eine gewisse Abkoppelung der Solidarhaftungsgrenze vom Projektanteil erreicht. In der Tendenz ist dies -jedenfalls bei niedrig festgesetzten Solidarhaftungsgrenzen- für Konsorten mit nur geringer Projektbeteiligung deutlich risikoreicher als die erste Berechnungsformel.

---

shall be borne by the Party or Parties in default up to an amount calculated by applying the maximum sum payable under the Contract, expressed as a percentage of the total Contract Price, to that Party's or Parties' share of the Contract Price. Any liquidated damages payable to the Owner in excess of such amount shall be borne by each of the Parties (including the Party or Parties in default) in proportion to their proportionate shares".

[127] Zur Darstellung von Alternativen zu dieser Methode, siehe *Molter*, a.a.O., S. 90 ff.; Hautkappe, a.a.O., S. 146 ff.; *Schaub*, a.a.O., S. 121 ff.

[128] Eine typische Klausel zur Sozialisierung des Vertragsstrafenrisikos nach dieser zweiten Methode sieht wie folgt aus: *„Allocation of liability for liquidated damages: all consortium members shall share liquidated damages in proportion to their Proportionate Share up to an amount equalling 3% of the Contract Price. Liquidated damages in excess of the first 3% shall be borne solely by the consortium member or members responsible for the liquidated damages".*

Selbstverständlich können Varianten und Kombinationen der zwei dargestellten Methoden auftreten[129]. Beispielsweise ist es denkbar, die erste und die zweite Methode folgendermaßen zu verbinden: Alle Konsorten haften proportional zu ihrem Projektanteil, aber nur bis zu einem gewissen festgelegten Prozentsatz des Vertragspreises (erster Schritt der zweiten Methode). Des Weiteren haftet dann derjenige Konsorte voll, der für die Verwirkung der Vertragsstrafe verantwortlich ist (zweiter Schritt der zweiten Methode), jedoch nur proportional zur Höhe seines Anteils am Projekt (erster Schritt der ersten Methode). Die danach verbleibende Summe der Vertragsstrafe wird unter den Konsorten gemäß Projektanteilen verteilt (zweiter Schritt der ersten Methode).

3. Die Grenzen der Verteilung des Vertragsstrafenrisikos unter Konsorten

Der Verteilung der im Anlagenvertrag geschuldeten Vertragsstrafe unter den Konsorten sind jedoch Grenzen gesetzt. Es können im Rahmen eines Projektes Umstände bestehen, die eine Verteilung des Vertragsstrafenrisikos unter den Konsorten ganz oder teilweise unmöglich machen.

3.1 Interessenkollision zwischen Konsorten

Je nach gewählter Verteilungsmethode können u. U. Konsorten mit einem kleinen Projektanteil bzw. Konsorten mit einem großen Projektanteil begünstigt werden[130]. Eine Einigung hinsichtlich der Berechnungsmethode ist daher in der Regel nur dann möglich, wenn eine ausgewogene Verteilung von Projektanteilen vorliegt.

Besteht ein Konsortium aus vier Konsorten, die jeweils einen Projektanteil von 25% haben, sollte es keine erheblichen Probleme bei der Einigung über eine Methode geben. Ebenso bei einem Dreier-Konsortium, in welchem die Verteilung bei 30%, 30% und

[129] Für einen tabellarischen Überblick der gebräuchlichsten Regelungen zur Verteilung von Vertragsstrafen unter Konsorten, siehe *Molter*, a.a.O., S. 66; *Hautkappe*, a.a.O., S. 146 ff.; *Schaub*, a.a.O., S. 121 ff.

[130] Siehe hierzu die von *Molter* (a.a.O., S. 90 ff.) dargestellten Varianten zur Haftungsverteilung unter Konsorten.

40% liegt. Hat aber ein Konsorte nur 10% Projektanteil, während die zwei anderen 45% haben, kann die Wahl einer fairen Methode zur Verteilung des Risikos Schwierigkeiten bereiten. Dies zwingt viele potentielle Konsorten dazu, auf den Status eines Subunternehmers „auszuweichen", weil ihr Projektanteil zu gering ist, um eine sinnvolle Verteilung des Risikos innerhalb eines Konsortiums vornehmen zu können.

Ist eine Baufirma Mitglied des Konsortiums, so taucht oftmals das Problem auf, dass diese sich zwar an der Verteilung der Verzugspönalen, nicht aber an einer der technischen Pönalen beteiligen will. Dies hat den einfachen Grund, dass die Baufirma das Erreichen oder Nichterreichen der technischen Werte der Maschinen nicht als zu ihrem Geschäftsfeld gehörig betrachtet; sie liefert nur Baustoffe und erbringt Bauleistungen. Daher ist das Unternehmen zur anteiligen Übernahme des Risikos technischer Pönalen in der Regel nicht bereit. Zwar können Probleme hinsichtlich des Erreichens der technischen Werte (z.B. Vibrationen von Turbinen oder Generatoren) u. U. auf Baumängel zurückzuführen sein (etwa schlechte bauliche Qualität des Fundaments), doch dies ist eher die Ausnahme. Ob sich die Baufirma dennoch am Risiko des Anfallens technischer Pönalen beteiligt, ist letztendlich eine Frage ihrer Verhandlungsmacht.

Schließlich ist der Fall zu erwähnen, dass eine Partei zwar Konsorte sein möchte, sich aber an der Verteilung des Vertragsstrafenrisikos nicht beteiligen will.

Eine solche Situation kommt erfahrungsgemäß häufig mit amerikanischen Konsorten vor. Die Idee, dass man u. U. Geld schuldet, obwohl man nicht verantwortlich ist, ist amerikanischen Unternehmen fremd. Eine Verteilung des Risikos wird von den betroffenen daher grundsätzlich abgelehnt. In einer solchen Situation ist einziger Lösungsansatz, im Konsortialvertrag eine alleinige Haftung des bzw. der verursachenden Konsorten zu vereinbaren[131].

[131] Zur Darstellung dieser Methode aus wirtschaftlicher Sicht, siehe *Molter*, a.a.O., S. 90.

3.2 Schwierigkeit der Ermittlung von Haftungsanteilen

Im Rahmen der Ermittlung der Haftungsanteile können sich im Einzelfall Schwierigkeiten ergeben. Die praktische Anwendung der dargestellten Methoden setzt nämlich denknotwendig voraus, dass die für die Verwirkung der Vertragsstrafe verantwortlichen Konsorten und ihr Verantwortungsgrad ermittelt werden kann. Die Feststellung des Verantwortungsgrades gestaltet sich jedoch im Einzelfall äußerst schwierig bzw. kann sogar unmöglich sein, je nachdem wie hoch der Grad der technischen Komplexität des Sachverhaltes ist. Jedenfalls ist sie oftmals mit hohem finanziellen Aufwendungen verbunden.

In der Regel findet sich für solche Fälle eine Vereinbarung im Konsortialvertrag, gemäß welcher die Vertragsstrafe auf alle Konsorten -im Verhältnis der jeweiligen Projektanteile- verteilt wird[132]. Dieser Lösungsansatz entspricht zwar dem praktischen Bedürfnis, die Fortführung des Projekts nicht durch langwierige Untersuchungen zu behindern. Er gefährdet jedoch gleichzeitig die ursprünglich vorgesehene Haftungsverteilung, da dem verantwortlichen Konsorten ein Anreiz geboten wird, die haftungsauslösenden Umstände so unklar wie möglich darzustellen.

II. Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos im Subunternehmervertrag

1. Überblick über den Subunternehmervertrag im Anlagengeschäft

Aufgrund der Dimension, Komplexität und der technischen Herausforderungen von Anlagenprojekten können selbst große Konzerne diese Projekte nicht ohne zahlreiche Subunternehmer abwickeln. Darüber hinaus müssen bei internationalen Projekten aufgrund der Ausschreibungsbedingungen oder als Folge politischen Drucks oft zwangsweise lokale Subunternehmer eingesetzt werden[133].

[132] *Molter*, a.a.O., S. 67.
[133] Vgl. Die Erläuterungen hierzu, auf S. 62 und 183.

Bei der Errichtung von Industrieanlagen ist es nicht unüblich, dass vom Generalunternehmer mehrere hundert Subunternehmer in das Projekt einbezogen werden[134].

Welche Art Subunternehmervertrag mit den Subunternehmern abgeschlossen wird, hängt vom Lieferumfang des jeweiligen Subunternehmers ab. Es kann grundsätzlich jedoch zwischen zwei Kategorien von Verträgen unterschieden werden:

1.1 Erste Kategorie: Der Subunternehmer als Zulieferer

Als Zulieferer werden solche Subunternehmer bezeichnet, die nur einige wenige Komponenten der Anlage liefern. In diesem Zusammenhang hat der Subunternehmer lediglich die Stellung eines Verkäufers. Es werden Komponenten von ihm gekauft, die der Generalunternehmer später selbst in die Anlage integrieren läßt. Typische Beispiele für solche Komponenten sind Röhren, Kabel, Schrauben oder Armaturen.

Mit derartigen Subunternehmern wird zumeist ein einfacher Subunternehmervertrag abgeschlossen, der hauptsächlich aus einem Bestellschein und den Allgemeinen Einkaufsbedingungen des Generalunternehmers besteht. Hat der Subunternehmer eine Monopolstellung, so wird sich der Subunternehmervertrag hingegen auf die Allgemeinen Lieferbedingungen des Subunternehmers beziehen. Versorgt sich der Generalunternehmer regelmäßig bei dem gleichen Subunternehmer, so ersparen sich die Parteien die Verhandlungszeit durch den Abschluss eines Rahmenvertrages, dessen Bedingungen automatisch für jede Bestellung gelten.

Verträge mit diesen Subunternehmern sind als Kaufverträge zu betrachten. Sie beinhalten Standardklauseln Allgemeiner Geschäftsbedingungen, wie beispielsweise Klauseln betreffend Preisbasis, Spezifikation, Verpflichtungen des Käufers, Verpflichtungen des Verkäufers, Eigentums- und Risikoübertragung, Vertragsänderungen, Qualitätssicherung und -prüfung, Lagerung, Haftung, Gewährleistung, Vertraulichkeit, Höhere Gewalt, Kündigung, Rechtswahl und Streitbeilegung.

[134] *Lappe*, a.a.O., S. 6.

1.2 Zweite Kategorie: Der Subunternehmer als Anlagenbauer

Der Subunternehmer ist als Anlagenbauer zu bezeichnen, wenn er die Verantwortung für Herstellung, Lieferung und Errichtung wichtiger Teile der Anlage übernimmt. Bei einem Kraftwerk beispielsweise handelt es sich um die Firmen, die den Kessel oder die Turbinen liefern. Es kann sich weiterhin um die Baufirma handeln, die für die Herstellung des gesamten Fundamentes der Anlage verantwortlich ist.

In diesen Fällen sind die Subunternehmerverträge nicht als reine Kaufverträge anzusehen. Vielmehr handelt es sich um gemischte Kauf-/Werkverträge, die als Lieferungsgegenstand einen Teil des vom Generalunternehmer unterzeichneten *Turn-Key* Anlagenvertrages beinhalten. Insofern können diese Verträge auch als komplexer Langzeitvertrag, Anlagenvertrag oder zumindest als Teilanlagen-Vertrag betrachtet werden[135]. Derartige Subunternehmerverträge beinhalten selbstverständlich mehr Komponenten, als nur Allgemeine Geschäftsbedingungen und Bestellschein.

Vielmehr müssen beim Entwurf des diesbezüglichen Subunternehmervertrages die Besonderheiten des Projekts und die Bedingungen des vom Generalunternehmer unterzeichneten Anlagenvertrages berücksichtigt werden[136]. Daher wird bei der inhaltlichen Ausgestaltung solcher Subunternehmerverträge in der Regel auf das sog. „*back-to-back*"-Prinzip zurückgegriffen. So kann eine gewisse Gleichschaltung von Anlagen- und Subunternehmervertrag bzw. eine Verlagerung der Haftungsrisiken auf den Subunternehmer erreicht werden[137].

---

[135] *Nicklisch*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 31.

[136] *Graf von Westphalen*, Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, S. 1129.

[137] *Wendler*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 71; *Meinert,* Das Verhältnis Generalunternehmer/Subunternehmer unter Berücksichtigung des französischen Rechts, BauR. 1978, S. 14; *Lappe*, a.a.O., S. 96; *Vetter*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 79.

Nationale und internationale Mustersubunternehmerverträge sind von diesem „*back-to-back*"-Grundsatz stark geprägt[138].

Grundgedanke des „*back-to-back*"-Prinzips ist, dass der Subunternehmervertrag betreffend Lieferumfang und Bedingungen soweit wie möglich eine Widerspiegelung des vom Generalunternehmer unterzeichneten Anlagenvertrages darstellen soll[139]. Die Bestimmungen des Kundenvertrages sollen laut dem Vertrag in der Regel „im übrigen" oder „entsprechend" auch im Verhältnis zum Subunternehmer gelten[140].

Aus praktischer Sicht stellt sich die Anwendung des „*back-to-back*"-Prinzips oftmals als erstaunlich kompliziert dar. Klauseln des Anlagenvertrages müssen teilweise erst an das Verhältnis zum Subunternehmer angepasst werden[141]. Sieht der Anlagenvertrag beispielsweise vor, dass der Anlagenunternehmer die verschiedenen Projektversicherungen abzuschließen hat, so muß im Hinblick auf den Subunternehmervertrag erst geklärt werden, ob der Subunternehmer ebenfalls von diesen Projektversicherungen erfasst wird, oder ob er für seinen Lieferumfang selbst bestimmte Projektversicherungen abschließen muß. Die allgemeine Formulierung, dass die Bedingungen des Anlagenvertrages „*back-to-back*" für den Subunternehmervertrag gelten, helfen in dieser Hinsicht nicht weiter.

Dementsprechend ist es empfehlenswert, bezüglich zweifelhafter Vertragsbedingungen zu klären, wie das „*back-to-back*"-Prinzip zu

---

[138] Vgl. *Seppala*, Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de génie civil, RDAI 1995, S. 659 ff.

[139] Siehe *Vetter*, Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft - Aspekte der Risikodurchstellung und Risikoverlagerung, RIW/AWD 1986, S. 82.

[140] *Nicklisch*, Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, S. 2366; *Vetter*, Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft - Aspekte der Risikodurchstellung und Risikoverlagerung, RIW/AWD 1986, S. 82.

[141] Siehe *Nicklisch*, wonach das generelle "*back-to-back*" Prinzip durch spezielle Klauseln in den verschiedenen Regelungsbereichen zu konkretisieren ist, um unlösbare Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden (*Nicklisch*, Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, S. 2366).

verstehen ist[142]. Ansonsten kann es bei der Abwicklung des Subunternehmervertrages zu unlösbaren Auslegungsproblemen kommen, beispielsweise wenn der Subunternehmer Ansprüche wegen Projektänderungen oder Projektstörungen erhebt[143].

Die Verflechtung zwischen Kunden- und Subunternehmervertrag ist besonders stark ausgestaltet, wenn der Subunternehmer durch Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit zur Intervention im Schiedsverfahren mit dem Endkunden verpflichtet werden kann[144].

Hat der Subunternehmer eine starke Position auf dem Markt inne, so wird er nicht bereit sein, einer entsprechenden Anwendung des Anlagenvertrages bedingungslos zuzustimmen. Er wird stattdessen einen vom Anlagenvertrag losgelösten Subunternehmervertrag aushandeln wollen.

Unabhängig von der Vereinbarung einer *„back to back"*-Klausel handelt es sich auch bei Verträgen mit großen Subunternehmern dem Grunde nach um -in der Projekthierarchie nachgeordnete- Anlagen- bzw. Teilanlagenverträge. Für eine genauere Beschreibung der inhaltlichen Struktur dieser Subunternehmerverträge kann deshalb auf die Erläuterungen hinsichtlich des Anlagenvertrages verwiesen werden[145].

2. Die Methoden der Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos auf Subunternehmer

Um das aus dem Anlagenvertrag resultierende Vertragsstrafenrisiko auf den Subunternehmer abwälzen zu können, muss der Subunternehmervertrag hinsichtlich des Anfallens der Vertragsstrafe iden-

---

[142] *Nicklisch*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 43; *Vetter*, Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft - Aspekte der Risikodurchstellung und Risikoverlagerung, RIW/AWD 1986, S. 91.

[143] *Nicklisch*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 109 ff.; *Swoboda*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 123 ff.

[144] Zu den theoretischen und praktischen Hindernissen solcher Interventionen, siehe *Bauer*, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, S. 179 ff.

[145] Ausführlich zur Gestaltung des Anlagenvertrages, ab S. 70.

tische bzw. ähnliche Ereignisse vorsehen wie der Anlagenvertrag. Im Rahmen der Gestaltung der Vertragsstrafe beim Subunternehmervertrag gibt es grundsätzlich vier Methoden, eine Abwälzung des entsprechenden Risikos zu erreichen.

Die Methoden unterscheiden sich dabei nach dem Grad der jeweiligen Abwälzung:

2.1 Erste Methode: Vollständige Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos

Der Grundgedanke des ersten Prinzips liegt darin, dass der Subunternehmervertrag eine Vertragsstrafe vorsieht, die hinsichtlich Rate und Höhe genauso gestaltet ist, wie die des Anlagenvertrages.

Es erfolgt demnach eine uneingeschränkte Anwendung des „*back-to-back*"-Prinzips, da der Subunternehmer ein dem Anlagenvertrag vollständig entsprechendes Vertragsstrafenrisiko übernimmt.

Ein konkretes Beispiel soll die für den Subunternehmer sehr risikoreichen Auswirkungen dieser Lösung verdeutlichen. Bei einem Anlagenvertrag mit einem Vertragspreis von 100 Millionen Euro ist die Verzugspönale auf 0.5% des Vertragspreises pro Woche und maximal 10% des Vertragspreises festgesetzt. Dies bedeutet eine Haftung aus Verzug von 500,000 Euro pro Woche, bei einer Haftungshöchstgrenze von 10 Millionen Euro. Hat der Subunternehmervertrag mit der Baufirma dabei für diese einen Wert von 10 Millionen Euro -was durchaus praxisnah ist, da der Wert des Fundaments oft bei ca. 10% des Gesamtwertes der Anlage liegt-, so würde die Baufirma eine Verzugshaftung von 500,000 Euro pro Woche, mit einer Höchstgrenze von 10 Millionen Euro übernehmen. Dies stellt sich aus Sicht des Anlagenunternehmers als ideale Lösung dar, da ein durch die Baufirma verursachter Verzugsschaden vollständig kompensiert würde. Für den Subunternehmer ist dies jedoch in aller Regel völlig inakzeptabel, da er in der vollen Höhe des Vertragspreises haftbar ist.

Die vorgenannte Methode wird aus diesem Grund in der Praxis nur äußerst selten verwendet[146].

2.2 Zweite Methode: Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos unter Anpassung der maximalen Höhe der Vertragsstrafe

Die zweite Methode hat zum Prinzip, dass der Subunternehmervertrag eine Vertragsstrafe beinhaltet, die der Rate der Vertragsstrafe im Anlagenvertrag entspricht. Die maximale Höhe der Vertragsstrafe des Anlagenvertrages wird aber an den Preis des Subunternehmervertrages angepasst. Durch diese Methode können die drastischen Konsequenzen der ersten Methode abgeschwächt werden.

Benutzt man die Zahlen aus obigem Beispiel, so liegt die Verzugshaftung der Baufirma nicht mehr bei 10% des Vertragspreises des Anlagenvertrages, sondern bei 10% des Vertragspreises des Subunternehmervertrages. Dies stellt eine erhebliche Reduzierung des Haftungsumfangs und des Haftungsrisikos dar. In Zahlen ausgedrückt haftet die Baufirma für den Fall des Verzuges nur bis zu 1 Million Euro und nicht bis zu 10 Millionen Euro. Da jedoch bei dieser Methode die Rate der Vertragsstrafe des Anlagenvertrages unberührt bleibt -also weiterhin bei 500,000 Euro pro Woche liegt-, würde die Baufirma nach zwei Wochen des Verzuges die maximale Höhe der Vertragsstrafe erreichen. Die finanziellen Konsequenzen für den Subunternehmer sind also nach wie vor immens und Kündigungsszenarien können weiterhin sehr früh eintreten[147].

2.3 Dritte Methode: Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos unter Anpassung der Rate und der maximalen Höhe der Vertragsstrafe

Prinzip der dritten Methode ist, dass der Subunternehmervertrag eine Vertragsstrafe beinhaltet, die hinsichtlich Rate und Höhe der Vertragsstrafe des Anlagenvertrages entspricht, aber an den Preis des Subunternehmervertrags angepasst wird.

---

[146] *Lappe*, a.a.O., S. 107.

[147] In diesen Fällen kann natürlich eine Karenzzeit vereinbart werden, um die Kündigungsgefahr zu verschieben.

Diese Methode ist die in der Praxis am weitesten verbreitete Erscheinungsform einer Anwendung des „*back-to-back*"-Prinzips. Alles richtet sich nach den Regelungen des Anlagenvertrages, wird aber proportional an den Lieferumfang des Subunternehmervertrages angepasst. Damit übernimmt der Subunternehmer -im Verhältnis zu seinem Projektanteil gesehen- dasselbe Vertragsstrafenrisiko wie der Anlagenunternehmer.

Überträgt man dies wiederum auf den obigen Beispielsfall, so liegt die wöchentliche Verzugshaftung der Baufirma bei 0,5% des Vertragspreises des Subunternehmervertrages, begrenzt auf einen Höchstwert von 10% dieses Vertragspreises. Die Baufirma würde nach der dritten Methode somit als Folge eines Verzuges nur 50,000 Euro pro Woche schulden, während es im Rahmen der zweiten Methode 500,000 Euro waren. Die Höchstgrenze der Vertragsstrafe liegt bei 1 Million Euro und daher würde die Baufirma erst nach 20-wöchigem Verzug die maximale Höhe der Vertragsstrafe erreichen, nicht wie bei der zweiten Methode bereits nach zwei Wochen. Aus diesen Gründen wird die dritte Methode von vielen Subunternehmern als optimaler Kompromiss betrachtet.

2.4 Vierte Methode: Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos ohne Berücksichtigung des Anlagenvertrages

Diese Methode hat zum Prinzip, dass der Subunternehmervertrag eine Vertragsstrafe beinhaltet, die weder der Rate, noch der Höhe nach der Vertragsstrafe des Anlagenvertrages entspricht. Hier ist die Vertragsstrafe des Subunternehmervertrages also völlig unabhängig vom Anlagenvertrag. Diese Methode erreicht aus diesem Grund den niedrigsten Grad der Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos.

Diese Situation ergibt sich häufig im Rahmen von Verträgen mit kleineren Subunternehmern. Haben die Subunternehmer nur einen unwesentlichen Anteil am Projekt, so sind sie an Bedingungen des Anlagenvertrages in der Regel nicht interessiert. Die Vertragsstrafe des Subunternehmervertrages wird vielmehr vollkommen losgelöst vom Anlagenvertrag verhandelt. Dies gilt insbesondere, wenn bei der Bestellung Allgemeine Geschäftsbedingungen benutzt werden, da diese Geschäftsbedingungen projektspezifische Daten des An-

lagenprojekts ohnehin nicht berücksichtigen. Dasselbe gilt bei Bestellungen, für die ein mit dem Subunternehmer vereinbarter Rahmenvertrag gilt, denn die in diesem Vertrag vorgesehenen Vertragsstrafen werden nicht für jedes Projekt neu verhandelt.

3. Die Grenzen der Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos auf Subunternehmer

Wenn der Anlagenunternehmer durch ein Verschulden des Subunternehmers einer Haftung aus Verzug oder aus der Nichterreichung zugesicherter technischer Werte ausgesetzt wird, so liegt es in seinem Interesse, dass ihn der Subunternehmer vollständig entschädigt.

Der Abwälzung von Vertragsstrafen auf den Subunternehmer sind jedoch rechtliche und wirtschaftliche Grenzen gesetzt[148]:

3.1 Rechtliche Grenzen

Eine -fast- vollständige Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos auf den Subunternehmer, führt im Rahmen des Subunternehmervertrages zu einer Vertragsstrafe, die im Verhältnis zum Vertragspreis des Subunternehmervertrages ein sehr hohes Niveau erreicht.

Das konkrete Beispiel der ersten Methode hat gezeigt, dass die maximale Höhe der Vertragsstrafe u. U. dem vollen Vertragspreis des Subunternehmervertrages entsprechen kann. In vielen Rechtsordnungen besteht angesichts dessen die Gefahr, dass eine Vertragsstrafe als unangemessen hoch angesehen wird und damit im Streitfall einer richterlichen Herabsetzung zugänglich ist[149]. In anderen Rechtsordnungen könnte die Vertragsstrafe sogar für nichtig erklärt werden[150]. Dieses Problem verschärft sich -für den Fall, dass Kunden- und Subunternehmervertrag unterschiedlichem

[148] Zu Recht betrachtet *von Oppen* die konkrete Behandlung der Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos auf Subunternehmer als "problematisch" (*von Oppen*, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und –erledigung, S. 115).
[149] Vgl. die Ausführungen zum deutschen und französischen Recht, ab S. 13 und S. 24.
[150] Vgl. die Ausführungen zum angloamerikanischen Recht, ab S. 29 und S. 36.

Recht unterliegen- weiterhin durch kollisionsrechtliche Gesichtspunkte. Beispielsweise könnte der Fall eintreten, dass die Vertragsstrafe nach dem für den einen Vertrag geltenden Recht herabgesetzt werden kann, während sie gemäß dem anderen Rechtssystem für nichtig zu erklären ist[151].

3.2 Wirtschaftliche Grenzen

Ungeachtet der rechtlichen Gesichtspunkte, werden die meisten Subunternehmer eine vollständige oder weitgehende Abwälzung des Vertragsstrafenrisikos ablehnen, da dies ihre Opfergrenze überschreitet.

Ein Subunternehmervertrag, durch welchen bereits aufgrund kurzzeitiger Verzugshaftung nicht nur der Gewinn, sondern der gesamte Umsatz zunichte gemacht wird, hat für den Subunternehmer wirtschaftlich gesehen keinen Sinn.

Aus diesem Grund wird der Anlagenunternehmer zumeist nur eine begrenzte Risikoabwälzung -nach der dritten oder der vierten Methode- durchsetzen können. Denn nur eine Risikoverteilung entsprechend dem Auftragsanteil stellt sich aus Sicht des Subunternehmers als angemessen dar[152]. Dies bedeutet wiederum für den Anlagenunternehmer, dass zu seinen Ungunsten eine beträchtliche Differenz zwischen seiner Haftung aus dem Anlagenvertrag und seinen Entschädigungsmöglichkeiten hinsichtlich des Subunternehmervertrages entsteht[153]. Dies resultiert nicht zuletzt aus seiner Stellung zwischen Auftraggeber und Subunternehmer[154].

Festzustellen ist, dass ein solches Differenzrisiko zwischen Haftungen im Anlagenvertrag und Haftungen im Subunternehmervertrag nicht nur im Hinblick auf die Problematik der Vertragsstrafe

---

[151] *Bismuth*, Le contrat international de sous-traitance (étude de quelques règles juridiques applicables), RDAI 1986, S. 542 ff.
[152] *Molter*, a.a.O., S. 39; *Graf von Westphalen*, a.a.O., S. 1129; *Hautkappe*, a.a.O., S. 90.
[153] Wie *Graf von Westphalen* (a.a.O., S. 1129) darauf hinweist, ist für den Anlagenbauer "das Gesamtrisiko wesentlich größer als die Summe der auf die Subunternehmer entfallenden möglichen Haftungen".
[154] *Gauch,* in: FS für Arthur Meier-Hayoz, S. 167.

besteht. Beispielsweise läuft die Gewährleistung des Subunternehmers in der Regel vor Ende der Gewährleistungszeit des Anlagenbauers ab, da seine Frist bereits zum Zeitpunkt der Lieferung zu laufen beginnt, während die Gewährleistungsperiode des Anlagenvertrages erst mit Abnahme der Anlage startet[155].

Die oben dargestellten Grenzen der Haftungsverteilung durch den Subunternehmervertrag und die dadurch verbleibenden Risiken kann der Anlagenunternehmer nicht umgehen. Sie gehören zum Wesen des *Turn-Key* Geschäfts.

[155] *Martinek,* Moderne Vertragstypen, S. 259.

Fünfter Teil

Die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag aus internationalrechtlicher Sicht

Die Problematik der Vertragsstrafe im internationalen Anlagengeschäft wirft auf dem Gebiet des internationalen Rechts einige Sonderfragen auf, die bislang in der Fachliteratur kaum Beachtung gefunden haben. Von dem Problemkreis betroffen sind dabei hauptsächlich das internationale Wirtschafts- und das internationale Privatrecht.

Im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts gilt es zu klären, inwiefern in internationalen Abkommen des privaten Wirtschaftsverkehrs Vertragsstrafenregelungen getroffen werden und in welcher Weise sie von den Akteuren des internationalen Anlagengeschäfts zu berücksichtigen sind.

Weiterhin muß geklärt werden, ob und wie die Thematik der Vertragsstrafe in übernationalen Regelungen eingebunden worden ist. Abschließend soll dargestellt werden, ob sich in der Praxis des internationalen Wirtschaftsrechts ein einheitliches System der Vertragsstrafe abzeichnet, um welches die existierenden Grundsätze der „*lex mercatoria*“[1] zu erweitern sein könnten.

Im Gebiet des internationalen Privatrechts wird zunächst die Frage zu klären sein, welche Bedeutung der Rechtswahl im Hinblick auf die Problematik der Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag zukommt. Daran wird sich eine Erläuterung der durch die Eingriffsnormen und das Ordre Public geschaffenen kollisionsrechtlichen Konzepte anschließen. Diese dienen schließlich als Grundlage für eine Auseinandersetzung mit der Frage, welche Auswirkungen sich jeweils für die vertraglichen Aspekte der Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag ergeben.

[1] Ausführlich zum Begriff der “*lex mercatoria*”, ab S. 257.

§ 1 Internationales Wirtschaftsrecht

Jedes Unternehmen, das grenzüberschreitende Geschäfte abwickelt, ist von einer Reihe ausländischer und internationaler Wirtschaftsregelungen betroffen. Diese Normen bilden das internationale Wirtschaftsrecht. Dieser Bereich der Rechtslehre, der sich in den letzten Jahrzehnten als unabhängiges Gebiet durchgesetzt hat[2], wird daher auch als „juristische Gesamtschau der internationalen Wirtschaftsordnung" definiert[3]. Für das internationale Anlagengeschäft ist das internationale Wirtschaftsrecht zwangsweise von Bedeutung, sowohl im Hinblick auf den Export von Anlagenkomponenten, als auch bezüglich der Gründung von Projektgesellschaften im Ausland oder der internationalen Besteuerung der Erträge.

Zu den Rechtsquellen des internationalen Wirtschaftsrechts zählen nicht nur internationale Abkommen zum privaten Handelsverkehr, sondern auch eine Reihe von übernationalen Regelungen, die von internationalen Organisationen entwickelt worden sind. Schließlich sind in diesem Zusammenhang internationale Grundsätze zu berücksichtigen, die sich im Zuge der internationalen Geschäftspraxis herausgebildet haben und unter dem Begriff „*lex mercatoria*" bekannt sind. Alle diese Rechtsquellen sind auf ihre Relevanz für die Problematik der Vertragsstrafe im internationalen Anlagengeschäft hin zu untersuchen[4].

I. Internationale Abkommen und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

1. Internationale Abkommen zur Vereinheitlichung des Vertragsstrafenrechts

In Bezug auf internationale Abkommen stellt sich die Frage, welche Regelungen speziell zur Einbindung von Vertragsstrafen in den internationalen Handel entwickelt worden sind.

---

[2] Zur Problematik des internationalen Wirtschaftsrechts als Rechtsgebiet und Rechtsrahmen für langfristige internationale Verträge, siehe *Schanze*, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, S. 21 ff.

[3] *Herdegen,* Internationales Wirtschaftsrecht, S. 1 und 2.

[4] Für eine detaillierte Aufzählung der Rechtsquellen des internationalen Wirtschaftsrechts, siehe *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 9 ff.

Bereits anhand der fundamentalen Unterschiede zwischen der angloamerikanischen und kontinentaleuropäischen Auffassung von der Funktion des Rechtsinstituts der Vertragsstrafe[5] wird deutlich, dass dieses Gebiet im Hinblick auf eine Rechtsharmonisierung durch eine internationale Konvention erhebliche Probleme aufwirft. Schon im Jahre 1979 machte die Kommission der Vereinigten Staaten für das internationale Handelsrecht (CNUDCI) auf die beträchtlichen Hindernisse einer Vereinheitlichung dieses Rechtsgebietes aufmerksam[6].

Dies erklärt auch, warum es nur ein Beispiel für eine solche Vereinheitlichung gibt, namentlich die am 26. November 1973 in Den Haag unterzeichnete Konvention der Benelux Staaten über die Vereinheitlichung des Vertragsstrafenrechts[7]. Da diese Konvention nur für die Benelux Staaten entwickelt wurde, ist ihre Bedeutung für den internationalen Handel eher gering. Darüber hinaus konnte diese Konvention in Belgien -insbesondere aufgrund eines Rechtsprechungswandels bezüglich der Funktion der Vertragsstrafe- nicht ratifiziert werden[8]. Interessant ist, dass diese Konvention von einer Doppelfunktion der Vertragsstrafe (Schadenspauschalierung und Druckmittel) ausgeht und ein richterliches Herabsetzungsrecht vorsieht[9].

Obwohl es sich nicht direkt um ein Abkommen handelt, ist weiterhin die Resolution des Europarates vom 20.1.1978 über die Vertragsstrafe im Zivilrecht von Bedeutung[10]. Diese Resolution dient ausschließlich dazu, Mitgliedsstaaten Empfehlungen bezüglich der

---

[5] Vgl. zur rechtsvergleichenden Analyse der Vertragsstrafe, ab S. 48.

[6] *COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL*, Dommages-interêts libératoires et clauses pénales, Rapport du Secrétaire Général, A/CN.9/161, 25 April 1979.

[7] Zu dieser Konvention allgemein, siehe *Thilmany*, Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, RIDC 1980, S. 40 ff.; *Fischer*, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 153 ff.; *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S. 202 ff.

[8] *Fischer,* Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 154, Fußnote 4.

[9] *Thilmany*, a.a.O., S. 41.

[10] Zu dieser Resolution allgemein, siehe *Thilmany*, a.a.O., S. 42 ff.; *Steltmann*, a.a.O., S. 203 ff.; *Fischer,* Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 156 ff.

Entwicklung ihres Vertragsrechts zu geben[11]. Die Relevanz der Resolution ist in der Praxis jedoch äußerst begrenzt, nicht nur weil sie kein zwingendes Recht bildet, sondern auch weil sie an die Mitgliedstaaten und nicht an die im internationalen Anlagengeschäft tätigen Unternehmen gerichtet ist. Wiederum ist festzustellen, dass die Resolution -genauso wie die Benelux-Konvention- eine Doppelfunktion der Vertragsstrafe vorsieht und eine Herabsetzung der Strafe durch den Richter erlaubt[12].

2. Internationale Abkommen zur Vereinheitlichung des Vertragsrechts

Im Bereich des internationalen Vertragsrechts existiert eine immense Anzahl internationaler Konventionen[13], die im Laufe des vorigen Jahrhunderts durch die großen Internationalen Organisationen (CNUDCI, CNUDCED, UNIDROIT, usw.) erarbeitet wurden[14].

Mehrere Konventionen beschäftigen sich mit kollisionsrechtlichen Fragen und beinhalten somit keine einheitlichen Regelungen zum Vertragsrecht. Typische Beispiele dafür sind das Römische Abkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980[15] oder das Haager Abkommen über das auf internationale Warenkäufe anwendbare Recht[16].

Andere internationale Abkommen sollen insbesondere zur Vereinheitlichung der inhaltlichen Regelungen des Vertragsrechts dienen.

---

[11] *Fischer,* Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, S. 156, Fußnote 16.

[12] *Thilmany*, a.a.O., S. 42 und 43.

[13] Siehe die ausführliche Auflistung und Studie der bedeutendsten Abkommen zum internationalen Handelsrecht in: Droit et Pratique du Commerce International, 1995 (Veröffentlichung No. 2 und 4).

[14] Zur Darstellung der berühmtesten internationalen Organisationen des Welthandels und deren Aktivitäten, siehe die Studie von *Beraudo,* Activité des organisations internationales en matière de droit du commerce international, DPCI 1994, S. 613 ff.

[15] Zu diesem Abkommen, siehe u.a. *Gaudemet-Tallon*, Le nouveau droit international privé européen des contrats, RTDE 1981, S. 215 ff.; *Lagarde*, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, RCDIP 1991, S. 287 ff.

[16] Zu diesem Abkommen, siehe u.a. *Loussouarn*, La Convention de la Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, RCDIP 1986, S. 271 ff.

Diesbezüglich ist festzustellen, dass bislang keine internationalen Abkommen zur Vereinheitlichung des Anlagenvertragsrechts geschlossen worden sind. Die folgende Untersuchung muss sich daher zwangsläufig an den Harmonisierungsvorschriften des Kaufrechts orientieren. Aus historischen Gründen sind diesbezüglich die 1964 geschlossenen Haager Übereinkommen über den internationalen Kauf beweglicher Sachen zu erwähnen[17]. Die darin enthaltenen Maßnahmen waren in der Praxis jedoch nur wenig erfolgreich, da sie mit zahlreichen Vorbehalten und nur von wenigen Staaten ratifiziert wurden[18].

Mittlerweile weltweit anerkannt ist dagegen das Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht), das die älteren Konventionen von 1964 ersetzt hat und im Jahre 1988 in Kraft getreten ist[19]. Der Beitritt Deutschlands zu dieser Konvention durch Gesetz wurde am 5. Juli 1989 vollzogen[20].

Bereits aus dem Titel des Übereinkommens ist zu entnehmen, dass es grundsätzlich für Verträge über den Kauf von Waren gelten soll[21]. Zu klären ist, ob Anlagenverträge trotzdem in den Anwendungsbereich dieser Konvention fallen. Zur Beantwortung dieser Frage ist Artikel 3 (2) des Übereinkommens von Relevanz. Nach dieser Norm findet das Übereinkommen keine Anwendung auf Verträge, bei denen die Ausführung von Arbeiten oder sonstiger Dienstleistungen den überwiegenden Teil bildet. Aufgrund der Unklarheiten bei der rechtlichen Einordnung des Anlagenvertrages und der Feststellung, dass diese Verträge sowohl Elemente des Kaufvertrages, als auch solche des Werk- und Dienstvertrages

---

[17] Zur Entstehungsgeschichte und generelle Beschreibung dieser Konventionen, siehe *Audit*, La vente internationale de marchandises, S. 5 ff.

[18] *Audit*, La vente internationale de marchandises, S. 6.

[19] Zu diesem Abkommen allgemein, siehe u.a. *Audit*, La vente internationale de marchandises; *Schlechtriem*, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht; *von Caemmerer/Schlechtriem*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht; *Kahn*, La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, RIDC 1981, S. 951 ff.; *Plantard*, Le nouveau droit uniforme de la vente internationale: convention des Nations Unies du 11 avril 1980, JDI 1988, S. 311 ff.

[20] *Witz*, L'adhesion de la RFA à la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne du 11 avril 1980), RDAI 1980, S. 57.

[21] *Volken*, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht, S. 90.

aufweisen[22], wird in der Regel von einer Nichtanwendung des Übereinkommens auf solche Verträge ausgegangen[23].

Eine Anwendung des Übereinkommens auf Anlagenverträge ist jedoch insbesondere bei solchen Verträgen nicht von vornherein auszuschließen, bei denen das Kaufelement im Vordergrund steht[24]. Aus diesem Grund ist auch von Interesse, ob das Übereinkommen Regelungen zur Thematik der Vertragsstrafe enthält.

In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass das Übereinkommen kaum Regelungen beinhaltet[25]. Zwar verbietet die Konvention die Benutzung von Vertragsstrafen nicht, sie enthält aber ebenfalls keine Regelungen über die Definition bzw. Anwendbarkeit der Vertragsstrafe. Offensichtlich haben es die Verfasser aufgrund der Komplexität des Rechtsinstituts der Vertragsstrafe vorgezogen, dieses nicht in das Übereinkommen einzubeziehen[26].

Aus obiger Darstellung wird ersichtlich, dass die internationalen Abkommen des privaten Wirtschaftsrechts hinsichtlich der Problematik der Vertragsstrafe in internationalen Anlagenverträgen nicht weiterhelfen.

II. Übernationale Regelungen und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

1. Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge

Das Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT)[27] hat Rechtgrundsätze entwickelt, die sich an den

[22] Vgl. die Ausführungen zur rechtlichen Einordnung des Anlagenvertrages, ab S. 67.
[23] *von Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., S. 67.
[24] *Audit*, La vente internationale de marchandises, S. 27.
[25] Zur Feststellung dieser Tatsache durch Gerichte, siehe z.B. die Entscheidung des Gerichtshofs Arnhem (Niederlande), der auf das lokale Recht zur Behandlung der rechtlichen Probleme der Vertragsstrafe verweist (Die Entscheidung ist zitiert und zusammengefasst in: Recueil Dalloz, Sommaires Commentés, 1997, S. 223).
[26] *von Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., S. 625 und 626.
[27] UNIDROIT ist eine internationale Organisation, die im letzten Jahrhundert (Anfang der 20er Jahre) in Rom gegründet wurde und in der ungefähr 60 Staaten

Bedürfnissen des internationalen Handels orientieren. Die diesbezüglichen Bemühungen begannen bereits im Jahre 1971[28]. Nach mehreren Jahren der Ausarbeitung brachte dieses Projekt schließlich im Jahre 1994 die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Verträge hervor[29]. Seit April 2004 gibt es eine neue und erweiterte Fassung dieser Prinzipien[30].

Auch im Hinblick auf diese übernationale Regelung ist wiederum zu klären, inwieweit sie auf Verträge im internationalen Anlagengeschäft anwendbar ist. Weiterhin stellt sich die Frage, ob diese Prinzipien zur Problematik der Vertragsstrafe inhaltlich Stellung nehmen.

1.1 Anwendbarkeit der Prinzipien auf internationale Anlagenverträge

Der Geltungsbereich der UNIDROIT-Prinzipien ist in der Präambel beschrieben: Sie sind anzuwenden, wenn die Parteien ihre Anwendung im Vertrag ausdrücklich vorsehen (Abs. 2)[31].

---

vertreten sind (*Beraudo*, Les principes UNIDROIT relatifs au droit du commerce international, JCP 1995, S. 189).

[28] *Bonell*, Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, RabelsZ., 1992, S. 277.

[29] Mittlerweile gibt es eine reiche Literatur zu diesen Prinzipien. Siehe u.a.: *Bonell*, An international restatement of contract law; *Bonell*, Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: vers une nouvelle lex mercatoria?, RDAI 1997, S. 145 ff.; *Frick*, Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge, RIW 2001, S. 416 ff.; *Hill*, A businessman's view of the UNIDROIT principles, JIA 1996, S. 163 ff.; *Laroumet*, La valeur des principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international, JCP 1997, S. 147 ff.; *Wichard*, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RabelsZ., 1996, S. 269 ff.; *van Houtte,* The UNIDROIT principles of international commercial contracts, Arbitration International, 1995, S. 373 ff.; *Beraudo*, Les principes UNIDROIT relatifs au commerce international, JCP 1995, S. 189 ff.; *Lando*, A Global Commercial Code, RIW 2004, S. 161 ff.

[30] Siehe hierzu *Bonell*, UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, ULR 2004, S. 5 ff.; *Brödermann*, Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004, RIW 2004, S. 721 ff.

[31] In diesem Zusammenhang bezweifelt *Marty*, dass die Parteien in der Vertragspraxis allgemein, d.h. ohne Vorbehalt, auf die Prinzipien verweisen werden. Es ist eher zu erwarten, dass die Parteien je nach Wunsch und Geschmack die Prinzipien anpassen bzw. ergänzen werden (siehe *Marty*, Conflits d'applications entre les

Abgesehen von diesem Fall, sind die Prinzipien nicht zwingend auf internationale Anlagenverträge anzuwenden. Laut Abs. 3 „können" die Prinzipien herangezogen werden, wenn die Parteien für die Unterstellung ihres Vertrages Formulierungen wie „allgemeine Rechtsgrundregeln", „*lex mercatoria*" oder ähnliches benutzen[32]. Laut Abs. 4 „können" die Prinzipien Anwendung finden, wenn im Vertrag keine Rechtswahlklausel vorliegt. Laut Abs. 5 „können" die Prinzipien des weiteren als Auslegungshilfe bei der Anwendung von Regelsätzen des internationalen Einheitsrechts genutzt werden. Laut Abs. 6 „können" die Prinzipien weiterhin angewendet werden, wenn das anwendbare Recht lückenhaft ist.

Welche Resonanz die Prinzipien tatsächlich finden, liegt also in hohem Maße im Ermessenspielraum der nationalen Richter und der internationalen Schiedsrichter. Die inhaltliche Unabhängigkeit der UNIDROIT-Prinzipien gegenüber den nationalen Rechtssystemen ist dabei vor allem bei internationalen Schiedsgerichtsverfahren von Vorteil[33]. In diesem Zusammenhang ist ein Schiedsurteil zu erwähnen, bei dem die Prinzipien angewandet wurden, obwohl die Parteien sich nicht direkt auf sie berufen hatten[34]. Eine Anwendung der Prinzipien bietet sich dabei insbesondere im Hinblick auf internationale Industrieanlagenverträge an, da gerade im Rahmen dieser Verträge ein signifikantes Bedürfnis für eine „Denationalisierung" besteht[35]. Es muss daher untersucht werden, welche Regelungen die Prinzipien zur Vertragsstrafe enthalten.

1.2 Bestimmungen der Prinzipien zur Vertragsstrafe

Das Rechtsinstitut der Vertragsstrafe wird in Artikel 7.4.13 der Prinzipien geregelt. Um von der üblichen Differenzierung zwischen *Common Law*-Ländern und Ländern mit zivilrechtlicher Tradition

---

principes UNIDROIT et la loi française applicable au contrat – A propos du dualisme juridique, Dalloz Affaires, 1997, S. 100).

[32] Beispiele ähnlicher Formulierungen sind in den Prinzipien nicht gegeben. Vorstellbar wären Formulierungen wie "Pinciples of Equity", "General Principles of the International Business Community", "Law of Merchants", "International Customs and Practices", die manchmal in internationalen Verträgen auftauchen.

[33] Zur Anwendung der Prinzipien durch Schiedsgerichte, siehe die Erläuterungen von *Wichard*, a.a.O., S. 291 ff.; *van Houtte*, a.a.O., S. 382 ff.

[34] ICC- Schiedsurteil von 1996 zitiert bei *Frick*, a.a.O., S. 419.

[35] *Frick*, a.a.O., S. 420.

Abstand zu nehmen, wurden in der Überschrift des Artikels Begriffe wie *„liquidated damages"*, *„penalties"* oder *„clause pénale"* vermieden. Es wird vielmehr der Begriff einer „vereinbarten Zahlung wegen Nichterfüllung" verwendet.

Laut Art. 7.4.13 (1) ist eine Partei zur Zahlung eines für den Fall der Nichterfüllung vereinbarten Betrages unabhängig vom tatsächlichen Schaden verpflichtet. Laut Abs. 2 kann die vereinbarte Summe jedoch herabgesetzt werden, wenn sie im Verhältnis zum tatsächlich entstandenen Schaden unangemessen hoch erscheint.

Die Formulierung des Artikels 7.4.13 steht folglich weder der Annahme einer Druck-, noch der Annahme einer Pauschalierungsfunktion entgegen. Insofern wird in den Prinzipien also von einer doppelten Funktionalität des Konzeptes der Vertragsstrafe ausgegangen. Aufgrund der neutralen Terminologie des Artikels 7.4.13 und der damit einhergehenden Kritik an der unflexiblen Unterscheidung zwischen *„liquidated damages"* und *„penalties"* im angloamerikanischen Rechtskreis wird die Meinung vertreten, dass die Prinzipien ebenfalls in *Common Law*-Rechtssystemen zur Anwendung gelangen können[36].

Im Hinblick auf eine Anwendung im Rahmen internationaler Anlagenverträge erscheinen die Bestimmungen des Artikels 7.4.13 zumindest unter zwei Aspekten problematisch. Zum einen fehlt eine Regelung, welche die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens ausdrücklich ausklammert. Darüber hinaus stellt sich die Statuierung eines richterlichen Herabsetzungsrechts im Hinblick auf Anlagenverträge nicht als optimale Lösung dar. In der Regel werden solche Verträge zwischen großen und gut beratenen Unternehmen unterzeichnet, die verständlicherweise nach Rechtssicherheit streben. Die Möglichkeit einer Intervention des Richters bzw. Schiedsrichters zum Zweck der Herabsetzung der vereinbarten Summe, stellt sich diesbezüglich als Hindernis dar[37].

Sinnvoller und zweckmäßiger wäre gewesen, zumindest die Möglichkeit eines Ausschlusses dieses Herabsetzungsrechts in die

---

[36] *Bonell*, An international restatement of contract law, S. 99 und 100.

[37] Siehe hierzu die scharfe Kritik bei *Hill*, A businessman's view of the UNIDROIT principles, JIA 1996, S. 168.

UNIDROIT-Prinzipien aufzunehmen, anstatt Artikel 7.4.13 (2) als unabdingbare Vorschrift zu gestalten.

Der zwingende Charakter ist weiterhin insofern schwer nachvollziehbar, als die Prinzipien selbst kein indisponibles Recht darstellen, sondern ihre Anwendung der Privatautonomie unterliegt[38]. Dies kann ein Grund sein, warum sich viele Akteure des internationalen Anlagengeschäfts gegen eine Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien auf ihren Vertrag entscheiden.

2. Die Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts

Im Jahre 1980 begannen die Arbeiten zur Entwicklung eines Europäischen Vertragsrechts. Eine unter der Führung von Ole Lando stehende Kommission hatte dabei zum Hauptziel, eine wesentliche Vereinheitlichung des Europäischen Rechts zu erreichen[39].

Im Jahre 1995 veröffentlichte die -mittlerweile unter der Abkürzung „Lando-Kommission" bekannte- Organisation den ersten Teil der von ihr entwickelten Prinzipien[40]. Mit der Herausgabe des zweiten Teils im Jahre 1999 sind die Prinzipien nun vollständig[41].

Wie hinsichtlich der UNIDROIT-Prinzipien, so ist auch bezüglich der Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts zu klären, ob diese im internationalen Anlagengeschäft Anwendung finden bzw. Vorschriften über die Vertragsstrafe enthalten.

2.1 Anwendbarkeit der Prinzipien auf internationale Anlagenverträge

Die Bestimmungen hinsichtlich des Geltungsbereiches der Prinzipien finden sich im ersten Artikel, namentlich dem Artikel 1.101.

---

[38] *Laroumet*, a.a.O., S. 4011.

[39] Zur Entstehungsgeschichte und Ziele der Lando-Kommission, siehe *Lando*, Principes de droit européen des contrats - Une première étape vers un code civil européen?, RDAI 1997, S. 193; *Lando*, Principles of European Contract Law – An alternative or a Precursor of European legislation, RabelsZ. 1992, S. 265; *Steltmann*, a.a.O., S. 205.

[40] *Beale,* Harmonisation of construction law and practice - Part II: European principles of contract law and construction contracts, ICLR 1998, S. 85.

[41] Die Prinzipien sind auf der Website der Lando-Kommission zu finden (Http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html).

Interessanterweise wählt dieser Artikel eine ähnliche Formulierung zur Beschreibung des Anwendungsbereiches, wie schon die Präambel der UNIDROIT-Prinzipien[42]. Insofern gelten die Erläuterungen zur Anwendbarkeit der UNIDROIT-Prinzipien entsprechend für die Regelungen des Europäischen Vertragsrechts.

2.2 Bestimmungen der Prinzipien zur Vertragsstrafe

Rechtliche Grundsätze zur Thematik der Vertragsstrafe finden sich im vorletzten Artikel (Art. 9-509) des Europäischen Vertragsrechts. Er enthält zwei Absätze, wobei Absatz 1 bestimmt, dass im Falle einer vereinbarten Zahlung wegen Nichterfüllung, diese Zahlung ohne Berücksichtigung des tatsächlichen Schadens zu leisten ist und Absatz 2 diese Regelung um ein Herabsetzungsrecht für den Fall einer unangemessen hohen Vertragsstrafe ergänzt.

Diese Bestimmungen sind identisch mit den Regelungen zur Vertragsstrafe in Artikel 7.14.13 der UNIDROIT-Prinzipien. Sogar der Titel der Bestimmungen („Vereinbarte Zahlung wegen Nichterfüllung") lautet gleich. Die kritische Betrachtung der UNIDROIT-Prinzipien bezüglich ihrer Anwendung auf internationale Anlagenverträge gilt daher *mutatis mutandis* auch im Hinblick auf die Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts.

3. Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches

Die Zahl der EU-Rechtsakte mit dem Ziel einer Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts ist groß[43]. Es ist jedoch festzustellen, dass sich die Europäische Kommission bislang hauptsächlich mit einer Harmonisierung des Verbraucherrechts beschäftigt hat[44]. Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Vertragsrecht im Jahre 2001[45] zeigt aber, dass mittlerweile ernsthafte Pläne der Entwicklung eines Europäischen Vertragsgesetzbuches herangereift

---

[42] Nur der vierte und sechste Anwendungsbereich der UNIDROIT-Prinzipien (Auslegungshilfe für das internationale Einheitsrecht; Modell für nationale und internationale Gesetzgeber) wurde nicht aufgenommen.

[43] Siehe die umfassende Auflistung im Anhang 1 der Mitteilung der Europäischen Kommission zum Vertragsrecht (endgültige Version vom 11.07.2001) veröffentlicht im Internet unter http://europa.eu.int/comm/off/green/index_en.htm.

[44] *Witz,* Vers un droit européen des contrats?, RIDC 1995, S. 219.

[45] Der Text dieser Mitteilung vom 11.07.2001 ist im Internet veröffentlicht unter http://europa.eu.int/comm/off/green/index_en.htm.

sind[46]. Die o. g. Mitteilung eröffnete eine öffentliche Debatte um die Frage, ob die EU überhaupt eine vollständige Harmonisierung des Vertragsrechts anstreben sollte[47].

Anfang 2003 hat die Kommission durch eine neue Mitteilung[48] nun einen Aktionsplan zur Förderung der Kohärenz des Europäischen Vertragsrechts veröffentlicht[49]. Obwohl die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches nicht zu den im Aktionsplan vorgesehenen Maßnahmen zählt, so ist dieses jedoch die wohl nächste Stufe in der Entwicklung eines Europäischen Vertragsrechts[50].

In diesem Zusammenhang kommt dem von der Academy of European Private Lawyers im Jahre 2001 veröffentlichte Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches wesentliche Bedeutung zu[51]. Da dieser Entwurf als Vorlage für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch dienen könnte, bietet sich im Rahmen dieser Arbeit eine Analyse der darin enthaltenen Vorschriften zur Vertragsstrafe an.

3.1 Relevanz des Entwurfs für den internationalen Anlagenvertrag

Der unter der Leitung des italienischen Wissenschaftlers *Gandolfi* erarbeitete Entwurf[52] beinhaltet eine Reihe von Bestimmungen, die nach einer rechtsvergleichenden Analyse der vertragsrechtlichen Regelungen in den verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten und der

---

[46] Siehe *Schulte-Nölke*, Ein Vertragsgesetzbuch für Europa?, JZ 2001, S. 917, der von einem „entscheidenden Schritt" spricht.

[47] Siehe der "Press Release" vom 13.07.2001 zu dieser Mitteilung, veröffentlicht im Internet unter http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/press/press167_en.htm.

[48] Der Text dieser neuesten Mitteilung vom 12.02.2003 ist im Internet veröffentlicht unter http://europa.eu.int/documents/comm/index_de.htm.

[49] Siehe hierzu *Schmidt-Kessel*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht – Zur Einordnung des Aktionsplans der Kommission, RIW 2003, S. 481 ff.; *Lahlou*, L'avenir du droit européen des contrats – Le programme d'action de la Commission Européenne, RDAI 2003, S. 473 ff.

[50] *Schmidt-Kessel*, a.a.O., S. 486 und 487.

[51] European Contract Code – Preliminary draft, Academy of European Private Lawyers, Universita Di Pavia, 2001, zitiert in der Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, a.a.O, S. 4, Fußnote 1.

[52] Siehe hierzu *Gandolfi*, Pour un code européen des contrats, RIDC 1992, S. 707 ff.

Schweiz entwickelt wurden und alle traditionellen Gebiete des Vertragsrechts abdecken[53].

Im Gegensatz zu den UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, die eher allgemeine Grundprinzipien aufstellen wollen, handelt es sich bei dem Entwurf der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler um den Versuch einer konkreten Kodifizierung des Europäischen Vertragsrechts[54].

Sollte dieser Entwurf von den zuständigen europäischen Instanzen übernommen werden, so würden die darin enthaltenen Regelungen im gesamten Gebiet der EU als positives Recht gelten[55]. Der Entwurf enthält u. a. allgemeine Vorschriften zum Vertragsrecht (Vertragsschluss, Auslegungsregeln, Leistungsstörungen, usw.), welche für jede Art von Verträgen Geltung haben, mithin auch für den Anlagenvertrag. Aus diesem Grund soll nachfolgend geprüft werden, in welcher Weise der Entwurf zum Gebiet der Vertragsstrafe Stellung nimmt.

3.2 Bestimmungen des Entwurfs zur Vertragsstrafe

Wie in den UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien für das Europäische Vertragsrecht, finden sich auch im Entwurf des Europäischen Gesetzbuches Regelungen zu Vertragsstrafe[56].

Aus diesen Bestimmungen kann geschlossen werden, dass der Entwurf grundsätzlich von einer Schadenspauschalierungsfunktion der Strafklausel ausgeht, welche dem Gläubiger den Nachweis seines Schadens erspart[57].

---

[53] Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, a.a.O., S. 5, Fußnote 7.

[54] *Sonnenberger*, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, S. 409 und 410.

[55] Laut der Europäischen Kommission ist die Verabschiedung eines Vertragsgesetzbuches eine konkrete Option zur weiteren Harmonisierung des Vertragsrechts in der EU (siehe hierzu die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, a.a.O., S. 16).

[56] Die Bestimmungen zur Vertragsstrafe finden sich in Artikel 170 des Entwurfs.

[57] *Sonnenberger*, Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, S. 416.

Weiterhin lassen die Regelungen keinen Schluß auf eine Ablehnung einer Verwendung der Vertragsstrafe als Druckmittel zu. Insofern scheint es im Hinblick auf das Verständnis der Funktion der Vertragsstrafe keine wesentlichen Unterschiede zwischen den o. g. Prinzipien und dem Entwurf zu geben. Dies wäre, im Hinblick auf das gemeinsame Ziel einer Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts, auch äußerst befremdlich.

Würden die Bestimmungen des Entwurfs geltendes Recht, so würde dies für die Verwendung der Vertragsstrafe in der Praxis des Anlagengeschäfts kaum Veränderungen mit sich bringen. Das grundsätzliche Verständnis der Vertragsstrafe als pauschalierten Schadensersatz -ohne Ausschluß einer Druckfunktion- deckt sich mit dem Sinn und Zweck der Verwendung von Vertragsstrafen in internationalen Anlagenverträgen.

Ob der Entwurf in naher Zukunft tatsächlich geltendes Recht wird, ist jedoch äußerst fraglich. Laut *Witz*[58] ist noch immense Vorbereitungsarbeit zu leisten, bevor ein Europäisches Vertragsgesetzbuch endgültig verabschiedet werden kann, so dass dies für die nächsten Jahrzehnte als undurchführbar erscheint[59]. Darüber hinaus stößt der Gedanke eines harmonisierten Vertragsgesetzbuches in akademischen Rechtskreisen immer noch auf heftige Kritik[60]. Die Unternehmen des internationalen Anlagenmarktes sind daher zur Zeit nicht gezwungen, sich mit den Bestimmungen des Entwurfs zur Vertragsstrafe auseinander zusetzen.

III. Die *lex mercatoria*

1. Begriff der *lex mercatoria*

Die *lex mercatoria* kann als Sammlung transnationaler Rechtsgrundsätze definiert werden, die aus der internationalen Wirtschaftspraxis entstehen und durch internationale Schiedsrichter fest-

[58] *Witz*, Vers un droit européen des contrats?, RIDC 1995, S. 225.
[59] Für eine optimistischere Stellungnahme zur Entwicklung eines Europäischen Gesetzbuches, siehe *Lando*, Does the European Union need a Civil Code?, RIW 2003, S. 1 ff.
[60] Siehe hierzu *Lahlou*, a.a.O., S. 476.

gestellt, präzisiert oder sogar für die Bedürfnisse des internationalen Wirtschafsverkehrs entwickelt werden[61].

Die Existenz der *lex mercatoria* beschäftigt Juristen bereits seit mehreren Jahrzehnten. Der Grund für die stetige Auseinandersetzung mit der *lex mercatoria* wurde durch *Stein* treffend formuliert: „Ungewissheit besteht über Gegenstand und Substrate der *lex mercatoria*, ebenso wie über ihren Geltungsanspruch, ihren Rechtscharakter, ihren rechtstheoretischen Standort oder ihre Quellen, ihren Entwicklungsstand, sowie ihr Verhältnis zum nationalen Recht oder zum Völkerrecht"[62].

Fest steht hinsichtlich der *lex mercatoria* heutzutage jedenfalls, dass sie nicht mehr als reines „Modethema" betrachtet werden kann, sondern vielmehr als globale Äußerung wirtschaftlicher Realitäten anzuerkennen ist[63]. Die Tatsache, dass Gerichte und Schiedsgerichte im Rahmen ihrer Entscheidungen bezüglich internationaler Verträge ausdrücklich auf das Konzept der *lex mercatoria* zurückgreifen, ist dafür nur ein allzu guter Beweis[64].

Des weiteren ist festzustellen, dass Schiedssprüche, die unter Anwendung der *lex mercatoria* gefällt wurden, heutzutage in den nationalen Rechtsordnungen prinzipiell vollstreckbar sind[65]. Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass sämtliche Modellverträge der Internationalen Handelskammer (mit Ausnahme des Musterkaufvertrages) die Anwendung der *lex mercatoria* ausdrücklich vorsehen[66]. Seit kurzem ist die *lex mercatoria* sogar „*online*" verfügbar[67].

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, dass im Hinblick auf die Praxis des Anlagenbaus in Deutschland die Frage aufgeworfen wurde, ob

---

[61] *Goldman,* La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Paris 1979, S. 221.
[62] *Stein,* Lex mercatoria - Realität und Theorie, S. 5.
[63] *Berger*, Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, S. 211.
[64] Siehe hierzu *Draetta/Lake,* Contrats internationaux, S. 35.
[65] *Rivkin*, Enforceability of arbitral awards based on the lex mercatoria, Arbitration International, 1993, S. 74.
[66] Siehe hierzu *Bortolotti*, The ICC Model Contracts: a new approach to the drafting of model forms for international trade, RDAI 2001, S. 971; *van Houtte*, ICC Model Contracts, RDAI 2003, S. 265 ff.
[67] Siehe hierzu *Berger*, Lex Mercatoria Online, RIW 2002, S. 256 ff.

bestimmte Grundprinzipien in der VOB/B bzw. die Standardklauseln typischer Anlagenverträge nicht u. U. als eine Art „*lex mercatoria germanica*" zu betrachten sind[68].

2. Relevanz der *lex mercatoria* für den internationalen Anlagenvertrag

Zahlreiche Autoren verschiedener Länder haben sich darum bemüht, die Konturen der *lex mercatoria* näher zu erforschen[69]. Diese Veröffentlichungen und die von der Internationalen Handelskammer veröffentlichten Schiedsrichtersprüche haben es ermöglicht, dass eine Auflistung der Grundsätze der *lex mercatoria* vorgenommen werden konnte. Diese Liste zeigt deutlich, dass die *lex mercatoria* für das internationale Anlagengeschäft von beträchtlicher Relevanz ist.

Anerkannte Prinzipien der *lex mercatoria* sind z.B. die Anpassung des Vertrages nach signifikanter Änderung der wirtschaftlichen Umstände, die Verpflichtung Verträge nach gutem Glauben abzuwickeln oder auch die Verpflichtung den eigenen Schaden zu minimieren[70]. Insbesondere für eine Verwendung im Rahmen komplexer Langzeitverträge sind diese Prinzipien überaus geeignet. Die Relevanz der *lex mercatoria* für internationale Anlagenverträge ist dementsprechend nicht von der Hand zu weisen.

3. Bestimmungen der *lex mercatoria* zur Vertragsstrafe

Im Hinblick auf das Kernthema dieser Arbeit stellt sich die Frage, ob und inwiefern die *lex mercatoria* Grundregeln zur Vertragsstrafe enthält.

---

[68] *Le Goff*, Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 27 und 28.

[69] Siehe u.a. *Berger*, Formalisierte oder „Schleichende" Kodifizierung des internationalen Wirtschaftsrechts; *Stein*, a.a.O.; *Goldman*, a.a.O.; *Matray*, Quelques problèmes de la lex mercatoria, RDIDC 1992, S. 333 ff.; *Fouchard*, in: Mélanges Berthold Goldman, S. 67 ff.; *Lagarde*, in: Mélanges Berthold Goldman, S. 125 ff.; *Wilkinson*, The new lex mercatoria - Reality or academic fantasy?, JIA 1995, S. 103 ff.; *Mustill,* The new lex mercatoria: the first twenty-five years, Arbitration International, 1998, S. 86 ff.; *Mertens,* Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, RabelsZ., 1992, S. 219 ff.

[70] *Mustill*, a.a.O., S. 111.

Weder die im Jahre 1979 veröffentlichte Auflistung von *Goldman*[71], noch die durch *Lord Mustill* erstellte Auflistung[72] aus dem Jahre 1989, enthält etwaige Regeln der *lex mercatoria* im Hinblick auf die Thematik der Vertragsstrafe. In früheren Auflistungen der Grundregeln der *lex mercatoria* existierten folglich keine Bestimmungen zur Vertragsstrafe.

In der neueren Studie *Bergers* zur *lex mercatoria* finden sich jedoch unter den 69 identifizierten Grundsätzen, Regeln bzw. Instituten erstmalig Bestimmungen zur Vertragsstrafe[73]. Laut *Berger* beinhaltet die *lex mercatoria* bezüglich der Vertragsstrafe folgende Regelung: „Aufgrund eines Vertragsstrafeversprechens („penalty clause", „clause pénale") kann der Berechtigte den darin vorgesehenen Betrag ohne Nachweis eines konkreten Schadens verlangen; im Fall eines groben Missverhältnisses zwischen Schaden und Strafe, kann der Betrag auf einen angemessenen Betrag reduziert werden"[74].

In ihrer vor kurzem erschienenen Veröffentlichung zur Praxis internationaler Verträge bestätigen *Draetta* und *Lake* die Anerkennung der Haftungsbegrenzungsfunktion von Vertragsstrafen als Bestandteil der jüngsten Grundsätze der *lex mercatoria*[75].

Die Feststellung, dass sich in der Praxis internationaler Verträge uniforme Regelungen bezüglich der Thematik der Vertragsstrafe abzeichnen, die als Bestandteil der *lex mercatoria* anzuerkennen sind, ist jedoch nicht unumstritten. Nach *de Vasconcellos* ist die Gestaltung von Vertragsstrafen in internationalen Anlagenverträgen noch zu unterschiedlich, um von einer internationalen Standardisierung sprechen zu können[76]. Diese Meinung teilt *de Ly*, der formuliert: „Liquidated damages clauses (...) are so intimately related to the fundamental obligations of the parties and form the hard core of the contract, that they are specifically negotiated and where scant uniformity is present. For these clauses, there is no

---

[71] *Goldman*, a.a.O.
[72] *Mustill*, a.a.O.
[73] *Berger*, Formalisierte oder „schleichende" Kodifizierung des internationalen Wirtschaftsrechts, S. 217 ff.
[74] *Berger*, Formalisierte oder „schleichende" Kodifizierung des internationalen Wirtschaftsrechts, S. 237.
[75] *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 89 ff.
[76] *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 459.

standardized law and these clauses may not be characterized as boilerplate"[77].

Die o. g. von *Berger* angeführten Regelungen zur Vertragsstrafe sind identisch mit den Bestimmungen der UNIDROIT-Prinzipien und der Prinzipien für das Europäische Vertragsrecht zur Vertragsstrafe. Dies überrascht nicht, sind diese Prinzipien doch als Kodifikation der *lex mercatoria* zu betrachten[78]. Aufgrund ihrer Ähnlichkeit, gelten die kritischen Ausführungen zu obigen Prinzipien in gleichem Umfang auch für die von *Berger* dargestellten Regelungen der *lex mercatoria* betreffend der Vertragsstrafe. Insbesondere empfiehlt es sich für die Akteure des internationalen Anlagenmarktes, eine Anwendung der *lex mercatoria* zu vermeiden, wenn sie eine mögliche Einmischung des Richters bzw. Schiedsrichters in ihre vertraglichen Vereinbarungen zum Strafversprechen verhindern wollen[79].

Die Ablehnung einer Anwendung der *lex mercatoria* auf den Vertrag ist selbstverständlich keine Garantie dafür, dass eine richterliche Anpassung der Vertragsstrafe ausgeschlossen ist. Eine solche Anpassung kann beispielsweise durch das auf den Vertrag anwendbare Recht vorgeschrieben sein. Aus diesem Grund soll nun analysiert werden, welche Bedeutung der Rechtswahl im internationalen Anlagenvertrag hinsichtlich der Problematik der Vertragsstrafe zukommt.

§ 2 Internationales Privatrecht

Der Begriff des internationalen Privatrechts umfasst „die Gesamtheit der Rechtsnormen, die internationale Sachverhalte regeln"[80]. Im nachfolgenden Abschnitt soll in dieser Hinsicht auf die Frage eingegangen werden, welches Recht auf einen internationalen Anlagenvertrag anwendbar ist. Dies soll anhand der Untersuchung

[77] *de Ly*, Law and practice of drafting international contracts, RDAI 2002, S. 461 ff.
[78] *Berger*, Formalisierte oder „schleichende" Kodifizierung des internationalen Wirtschaftsrechts, S. 139 ff.
[79] Allgemein zu den Gründen gegen eine Wahl der *lex mercatoria*, siehe *Mankowski*, wonach diese Wahl als "echter Sprung ins Dunkle" zu betrachten ist (*Mankowski,* Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschafstverkehrs, RIW 2003, S. 13).
[80] *Firsching/von Hoffmann,* Internationales Privatrecht, S. 8.

einschlägiger Kollisionsnormen geschehen und mittels einer Darstellung der Konsequenzen der jeweiligen Rechtswahl für die vereinbarte Vertragsstrafe.

Hinsichtlich der Frage der Rechtswahl ist es weiterhin notwendig zu klären, inwieweit es sich beim internationalen Anlagenvertrag anbietet, Bestimmungen zur Vertragsstrafe und andere vertragliche Bestimmungen durch Vertragsspaltung unterschiedlichen Rechtssystemen zu unterstellen.

Daran anknüpfend wird geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Rechtswahl durch sog. Eingriffsnormen destabilisiert werden kann. Schließlich wird analysiert werden, inwiefern es durch *ordre public* zu Beeinträchtigungen der Rechtswahl kommen kann.

I. Die Rechtswahl und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

1. Rechtswahl

1.1 Bedeutung der Rechtswahl im internationalen Anlagenvertrag

Laut *Mankowski* ist die Rechtswahl „das wichtigste Gestaltungsinstrument in internationalen Verträgen“[81]. Es ist im internationalen Privatrecht diesbezüglich anerkannt, dass die Parteien eines internationalen Vertrages im Zuge der Privatautonomie über das auf ihren Vertrag anwendbare Recht selbst entscheiden können[82].

In der Praxis des internationalen Anlagenvertrages ist bekannt, dass die Parteien generell bestrebt sind, sich von den Regelungen der

[81] *Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschafstverkehrs, RIW 2003, S. 2.
[82] Siehe hierzu *Blessing*, Choice of substantive law in international arbitration, JIA 1997, S. 39; *Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschafstverkehrs, RIW 2003, S. 4. Siehe auch Artikel 3 des Römischen Abkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980, der die freie Rechtswahl der Parteien bestätigt.

nationalen Rechtssysteme unabhängig zu machen[83]. Dies kann u. a. durch sehr ausführliche vertragliche Regelungen erreicht werden, die praktisch für jeden während der Abwicklung des Vertrages potentiell eintretenden Fall eine rechtliche Lösung bieten[84]. Insofern versuchen die Parteien einen rechtsordnungslosen Vertrag („*contrat sans loi*") zu gestalten, um nicht ggf. von gesetzlichen Regelungen abhängig zu werden[85]. Da die Vorstellung, alle potentiellen Ereignisse im Vorfeld erfassen zu können, jedoch utopisch ist, sind Anlagenverträge ohne ausdrückliche Rechtswahl in der Praxis kaum zu finden[86].

Obwohl dem auf den internationalen Anlagenvertrag anwendbaren Recht im Allgemeinen nur eine untergeordnete Rolle zugeschrieben wird, so ist es zumindest unter zwei Gesichtspunkten von erheblicher Bedeutung:

- Das anwendbare Recht bestimmt entscheidend über die allgemeine Gültigkeit des Vertrages, insbesondere jedoch über die Gültigkeit vertraglicher Haftungsausschlüsse und Haftungsbegrenzungen[87];

- Das anwendbare Recht beinhaltet unabdingbare gesetzliche Vorschriften, die im Vertrag berücksichtigt werden müssen[88].

---

[83] *Nicklisch*, in: Der komplexe Langzeitvertrag, S. 21; *Michaelis de Vasconcellos*, Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 457; *de Ly,* Law and practice of drafting international contracts, RDAI 2002, S. 463.

[84] *Martinek,* Moderne Vertragstypen, S. 253; *Lappe*, Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus, S. 66; *Wiegand,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 60.

[85] *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 18; *Memento Pratique Francis Lefebvre,* S. 466; *Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschafstverkehrs, RIW 2003, S. 13.

[86] *Reithmann/Martiny,* Internationales Vertragsrecht, S. 787; *Martinek,* Moderne Vertragstypen, S. 248; *Michaelis de Vasconcellos,* Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 457.

[87] *Kirchgässer*, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anlagenvertrages, ZfbF 33 (1981), S. 940; *Tiling*, Vertragsgestaltung im Industrieanlagenexport, RIW 1986, S. 93; *Draetta/Lake*, Contrats internationaux, S. 112.

[88] *Flocke*, Risiken beim internationalen Anlagenvertrag, S. 74; *von Oppen*, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und –erledigung, S. 79.

Bereits aus diesen Gründen ist es angebracht, in den Vertragsverhandlungen der Rechtswahl ausreichende Aufmerksamkeit zu schenken.

1.2 Relevanz der Rechtswahl für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

Der erste Teil dieser Arbeit hat gezeigt, dass auf dem Gebiet der Vertragsstrafe zum Teil wesentliche Unterschiede zwischen den Rechtssystemen bestehen.

Sobald sich in den Vertragsverhandlungen abzeichnet, welches Recht für den Anlagenvertrag in Frage kommt, sollten sich die Parteien daher vergewissern, ob die ausgehandelten Vertragsstrafenregelungen mit diesem Recht kompatibel sind. Eine Einigung über das anwendbare Recht sollte folglich stets mit Rücksicht auf die gesetzlichen Vorschriften dieses Rechtssystems zur Vertragsstrafe erfolgen.

Im internationalen Anlagengeschäft wird das anwendbare Recht jedoch in der Regel nicht nach den gesetzlichen Regelungen zur Vertragsstrafe gewählt, sondern am Sitz des Auftraggebers orientiert. Auch findet eine Rechtswahl häufig danach statt, welches Recht als neutral erscheint (z. B. Schweizer Recht) oder sich bereits als für internationale Großprojekte besonders geeignet erwiesen hat. Dieses Recht wird dann traditionellerweise für die Projekte gewählt (z.B. englisches Recht, Recht des Staates New York)[89].

Einige konkrete Beispiele machen deutlich, warum eine Prüfung der Vereinbarkeit von Vertragsstrafenregelungen mit den gesetzlichen Vorschriften des gewählten Rechts äußerst sorgfältig erfolgen sollte:

- Bei Anwendung des englischen Rechts müssen die Parteien hinsichtlich der Gestaltung der Vertragsstrafe darauf achten, dass

[89] Siehe *Dünnweber*, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 144 und 145; *Mankowski*, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschafstverkehrs, RIW 2003, S. 2 ff.; *Flocke*, a.a.O., S. 51; *Lappe*, a.a.O., S. 62.

nicht der Eindruck der Statuierung einer Druckfunktion erweckt wird, da die Vertragsstrafe dann als *„penalty"* nichtig ist[90];

- Bei Anwendung des deutschen Rechts muss sich der Auftraggeber bewusst sein, dass er sich das Recht auf Zahlung der Vertragsstrafe zum Zeitpunkt der Abnahme vorbehalten muß, um seinen Anspruch später nicht zu verlieren[91];

- Bei Anwendung des französischen Rechts müssen die Parteien bedenken, dass eine Herabsetzung oder Erhöhung der Vertragsstrafe durch den Richter erlaubt ist und im Vertrag folglich nicht wirksam ausgeklammert werden kann[92].

Haben die Parteien ein Rechtssystem herausgearbeitet, welches grundsätzlich für die Abwicklung des Vertrages geeignet ist, aber missliebige gesetzliche Vorschriften bezüglich der Vertragsstrafe enthält, so stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen eine Vertragsspaltung angestrebt werden sollte. Auf diese Möglichkeit soll im Folgenden näher eingegangen werden.

2. Vertragsspaltung

2.1 Begriff der Vertragsspaltung im internationalen Privatrecht

Die Abspaltung bestimmter Rechtsfragen unter Einordnung in ein anderes Rechtssystem ist in der Terminologie des internationalen Privatrechts unter dem Begriff *dépeçage* bekannt.

Reese, der sich mit diesem Begriff näher beschäftigt hat, benutzt ihn um Situationen zu beschreiben, bei denen das Recht verschiedener Rechtsordnungen zur Behandlung unterschiedlicher Rechtsfragen desselben Tatbestandes angewandt wird[93]. *Wagner* definiert den *dépeçage* als „die Abspaltung einzelner Rechtsfragen und ihre Unterstellung unter gesonderte IPR-Regeln"[94].

---

[90] Vgl. zur Nichtigkeit der „penalties", ab S. 29.
[91] Vgl. zu dieser Regelung im deutschen Recht, auf S. 8 und 9.
[92] Vgl. zur richterlichen Kontrolle der *„clause pénale"* im französischen Recht, ab S. 24.
[93] *Reese,* Dépeçage: a common phenomenon in choice of law, Co.LR 1973, S. 58.
[94] *Wagner,* Statutenwechsel und dépeçage im internationalen Deliktsrecht, S. 26.

Im Bereich des internationalen Vertragsrechts erreichen die Parteien durch die Vertragsspaltung, dass verschiedene Teile des Vertrages unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellt werden[95]. Interessanterweise ist eine solche Vertragsspaltung auf EU-Ebene in Artikel 3.1 des Römischen Abkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 indirekt vorgesehen, indem den Parteien die Möglichkeit eröffnet wird, das gewählte Recht auf den ganzen Vertrag, oder nur auf einen Teil anzuwenden[96].

Eine Vertragsspaltung ist denkbar, solange und soweit Teile des Vertrages unabhängige und heterogene Gebiete darstellen[97]. Wie *Lagarde* meint, sollte einzige Grenze der Vertragsspaltung sein, die allgemeine Kohärenz des Vertrages nicht zu beeinträchtigen[98].

2.2 Relevanz der Vertragsspaltung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

Bezüglich der Problematik des *dépeçage* im internationalen Privatrecht hat *Mayer* darauf hingewiesen, dass sich eine Vertragsspaltung besonders bei komplexen Industrieanlagenverträgen anbietet, da in solchen Verträgen klar getrennte Verpflichtungen auftauchen (z.B. Verkauf von Komponenten und Dienstleistung in Form des Trainings des Kundenpersonals)[99]. Diese Meinung wird ebenfalls im deutschen Rechtskreis vertreten[100].

In den Hinweisen der Vereinten Nationen zur Gestaltung von internationalen Industrieanlagenverträgen wird ein *dépeçage* auch als alternative Lösung zur traditionellen Rechtswahl angeführt[101].

---

[95] *Firsching/von Hoffmann,* a.a.O., S. 362*; Müller/Otto/Werk*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr, S. 118.
[96] Siehe hierzu *Audit,* Droit International Privé, S. 660*; Mahmoud*, Groupe de contrats: intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international, RDAI 1996, S. 607.
[97] *Audit*, Droit International Privé, S. 660.
[98] *Lagarde,* Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, RDICP 1975, S. 671.
[99] *Mayer*, Droit International Privé, S. 427.
[100] *Jayme*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 312.
[101] *COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES),* Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels, Document ECE/Trade/117, 1973, S. 28.

Schließlich ist in der Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu beobachten, dass internationale Schiedsrichter in den letzten Jahrzehnten immer mehr zur Anerkennung der *dépeçage* als angebrachte Lösung der Problematik der Rechtswahl neigen[102].

Der Rückgriff auf eine Vertragsspaltung ist somit durchaus denkbar, um so Vertragsstrafenregelungen und andere Klauseln des Anlagenvertrages anderen Rechtssystemen unterstellen zu können. Haben sich die Parteien beispielsweise für ihren Vertrag auf englisches Recht geeinigt, wollen jedoch die Gefahr einer Qualifikation der Strafvereinbarung als „penalty" vermeiden, so könnte z.B. französisches Recht für die vertraglichen Regelungen zur Vertragsstrafe gewählt werden. Die Vertragsstrafe erscheint dabei als in ausreichendem Maße unabhängig und trennbar vom Vertrag selbst, womit ein *dépeçage* zulässig sein müßte.

In der Praxis des internationalen Anlagengeschäfts wird diese Lösung jedoch selten gewählt. Dies mag zum einen daran liegen, dass sie als zu theoretisch oder zu avantgardistisch erscheint. Zum anderen ist während der Vertragsverhandlungen eine Einigung über das anwendbare Recht oft bereits so schwierig zu erreichen, dass es keine der Parteien wagen will, diese Schwierigkeit durch den Vorschlag einer Vertragsspaltung noch zu vervielfachen.

II. Eingriffsnormen/Ordre Public und ihre Bedeutung für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

1. Eingriffsnormen

1.1 Begriff der Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht

Seit vielen Jahrzehnten versuchen die Wissenschaftler auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts die Konturen des Begriffs der zwingenden Vorschriften näher zu definieren. Unter diese Bezeichnung fallen sämtliche gesetzliche Vorschriften, die eine absolute und ausschließliche Geltung beanspruchen und einen

[102] *Maniruzzaman*, Conflict of laws issues in international arbitration, Arbitration International,1993, S. 397.

Sachverhalt somit ungeachtet des ansonsten anzuwendenden Rechts zwingend regeln[103]. Für diese Vorschriften hat sich in Deutschland die Bezeichnung als „Eingriffsnormen" durchgesetzt[104].

Für *Francescakis* handelt es sich bei den Eingriffsnormen, *„lois de police"* genannt, um Vorschriften, deren Beachtung zur Sicherung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Struktur eines Landes beiträgt[105]. *Mayer* definiert die *„lois de police"* als nationale Vorschriften, die auf alle rechtlichen Beziehungen -ungeachtet des etwaigen Bestehens kollisionsrechtlicher Regelungen- unmittelbar anzuwenden sind[106].

Diese Beanspruchung einer unmittelbaren Anwendbarkeit erklärt, warum die Normen im französischen Recht vorwiegend als *„lois d'application immédiate"* bezeichnet werden[107]. In der französischen Fachliteratur werden jedoch ebenfalls die Ausdrücke des *„lois d'application nécessaire"*, *„lois d'ordre public"* oder auch des *„lois internationalement impératives"* verwendet[108].

Hauptsächliche Anwendung finden die o. g. Rechtsnormen im Wettbewerbsrecht, Devisen- und Währungsrecht, Umweltrecht und im Zusammenhang mit Normen zur Regelung des Verbraucherrechts bzw. Stärkung schwächerer Vertragsparteien[109].

Nicht jede Vorschrift, die in einer Rechtsordnung als unabdingbar gilt, ist jedoch als Eingriffsnorm zu bezeichnen. Es muss sich viel-

---

[103] *Schäfer,* in: Festgabe für Otto Sandrock, S. 39; *Lipstein*, in: Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht, S. 44; *Seraglini*, Lois de police et justice arbitrale internationale, S. 2.

[104] Siehe hierzu *Anderegg*, Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht, S. 4; *Brüning*, Die Beachtlichkeit des fremden ordre public, S. 143, Fußnote 39.

[105] Zitiert bei *Mayer*, Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, S. 291.

[106] *Mayer*, Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, S. 287.

[107] *Schurig*, in: Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht, S. 56.

[108] *Seraglini*, a.a.O., S. 2 und 3.

[109] *Hochstrasser*, Choice of law and foreign mandatory rules in international arbitration, JIA 1994, S. 68; *Seraglini*, a.a.O., S. 366 ff.; *Kreuzer*, Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten, S. 13 ff. Zur Darstellung konkreter Beispiele, siehe *Blessing*, Choice of substantive law in international arbitration, JIA 1997, S. 58 ff.

mehr um eine grundlegende wirtschafts- bzw. sozialpolitische Regelung handeln[110].

Hinsichtlich der Anwendung von Eingriffsnormen im Bereich des internationalen Vertragsrechts ergeben sich Probleme. Fraglich ist diesbezüglich vor allem, ob die Eingriffsnormen einer bestimmten ausländischen Rechtsordnung, welche mit dem Vertrag bzw. den Vertragspartnern Berührungspunkte aufweisen, unabhängig von kollisionsrechtlichen Regelungen unmittelbare Berücksichtigung finden müssen[111].

Der Gedanke einer unmittelbaren Anwendung ausländischer Eingriffsnormen im Rahmen internationaler Verträge hat ursprünglich nur wenig Zustimmung gefunden[112]. Wie *Mayer* jedoch zu Recht anführt, gibt es keine nachvollziehbaren Gründe, ausländische Eingriffsnormen völlig außer Acht zu lassen[113]. Diese Auffassung wird dadurch unterstrichen, dass einige Rechtsordnungen eine Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen mittlerweile ausdrücklich vorsehen.

Diesbezüglich sind vor allem drei bedeutende Beispiele zu nennen:

- Artikel 19 des Schweizerischen Gesetzes über das internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (in Kraft getreten am 1.01.1989) erlaubt die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen, wenn die Sachlage mit diesen Eingriffsnormen Berührungspunkte aufweist und das Interesse einer Partei es verlangt[114];

- Artikel 7 des europäischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.06.1980 erlaubt die Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen, wenn sie mit dem Sachverhalt eine enge Verbindung aufweisen[115];

---

[110] *Koch/Magnus/Winkler von Morhenfels,* IPR und Rechtsvergleichung, S. 101.
[111] *Schurig*, in: Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht, S. 56.
[112] *Mayer*, Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, S. 316.
[113] *Mayer*, Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, S. 344.
[114] Siehe hierzu *Knoepfler*, Le contrat international en droit suisse - Présentation de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RDAI 1988, S. 413 ff.
[115] Ausführlich hierzu: *Lehmann*, Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht, S. 4 ff. Siehe auch *Lipstein*, a.a.O, S. 45; *Schurig*, in: Inter-

- Das deutsche IPR-Gesetz vom 25.7.1986 enthält in mehreren Artikeln (Art. 27 III, 29 I, 30 I und 34) den Vorbehalt der Anwendung von Eingriffsnormen, unbeachtlich des sonst auf den Vertrag anwendbaren Rechts[116].

Die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch die nationalen Richter ist als juristisches Phänomen nicht mehr zu verleugnen. Dies spiegelt auch die allgemeine Tendenz im internationalen Privatrecht wieder[117].

Da Rechtsstreitigkeiten bezüglich internationaler Anlagenverträge zumeist jedoch durch Schiedsrichter entschieden werden, stellt sich die Frage, ob auch eine Anwendung von Eingriffsnormen durch den Schiedsrichter zulässig ist. Dies ist insofern problematisch, als dass Schiedsrichter grundsätzlich losgelöst von jeglichen Rechtsordnungen entscheiden müssen, da sie ihre Kompetenz unmittelbar aus der Parteiautonomie ableiten[118].

Wie *Hochstrasser* in Bezug auf die neuere Schweizerische Rechtsprechung betont, ist der Standpunkt einer Unanwendbarkeit der Eingriffsnormen im Schiedsverfahren nicht haltbar, insbesondere weil die Schiedsgerichtsbarkeit keine Möglichkeit darstellen soll, zwingende Vorschriften der relevanten Rechtsordnungen zu unterlaufen[119].

Seraglini hat im Hinblick darauf eine äußerst praktikable Methodik entworfen, welche die Anwendung von Eingriffsnormen durch Schiedsrichter regelt[120]. Diese ist in Frankreich zu Recht auf positive Resonanz gestoßen[121].

---

nationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht, S. 58; *Mayer*, Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, S. 279.

[116] Siehe hierzu *Schurig*, Zwingendes Recht, "Eingriffsnormen" und neues IPR, RabelsZ., 1990, S. 219.

[117] *Audit,* Droit International Privé, S. 104.

[118] Siehe hierzu die Erläuterungen von *Hochstrasser*, a.a.O., S. 61 ff.

[119] *Hochstrasser*, a.a.O., S. 64. Siehe auch *Schnyder*, Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte - Überlegungen zu einem Grundsatzentscheid des Schweizer Bundesgerichts, RabelsZ., 1995, S. 293 ff.

[120] *Seraglini*, Lois de police et justice arbitrale internationale.

[121] Siehe die lobenden Bemerkungen *Mayers* in dem Vorwort des Werks von *Seraglini* (*Seraglini*, a.a.O., Vorwort bei Mayer, S. XI ff.). Die Belohnung der Forschung *Seraglinis* durch den "Conseil Scientifique" der Université de Paris I

1.2 Relevanz der Eingriffsnormen für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

Wie bereits oben erwähnt gibt es kaum internationale Anlagenverträge, in denen das anwendbare Recht nicht ausdrücklich durch die Parteien festgelegt worden ist[122]. Internationale Anlagenverträge weisen jedoch vielfältige Berührungspunkte mit verschiedenen Rechtsordnungen auf. Somit stellt sich ungeachtet dessen die Frage, inwieweit ausländische Eingriffsnormen für internationale Anlagenverträge relevant werden können.

Im Bereich der Vertragsstrafe existieren dabei zwei Regelungen, die als Eingriffsnorm zu qualifizieren sein könnten:

- Zum einen gibt es in angloamerikanischen Rechtssystemen die Regelung, dass Vertragsstrafen, die eine Druckfunktion ausüben („*penalties*"), als nichtig zu erklären sind[123];

- Zum anderen findet sich in vielen zivilrechtlichen Rechtsordnungen eine Regelung, nach der unangemessen hohe Vertragsstrafen vom Richter herabgesetzt werden können[124].

Beide Regelungen gelten in den jeweiligen Rechtssystemen als unabdingbar. Fraglich ist jedoch, ob dies ausreicht, um ihnen den Sonderstatus von Eingriffsnormen zu gewähren.

Ein konkretes Beispiel soll die Problematik verdeutlichen: Zwischen einem französischen Anlagenbauer und einem amerikanischen Auftraggeber wird ein Vertrag über die Errichtung einer schlüsselfertigen Chemiefabrik in Polen abgeschlossen. Der Vertrag unterliegt dem Recht des Staates New York. Der Anlagenbauer gerät in Verzug und es entbrennt ein Streit um die Zahlung der in dem Vertrag vorgesehenen Vertragsstrafe. Vor dem Schiedsgericht argumentiert der Anlagenbauer nun, dass -obwohl primär das Recht des

(Panthéon-Sorbonne) liefert auch einen guten Beweis für das positive Echo seines Werks.

[122] Vgl. die Ausführungen auf S. 263.

[123] Vgl. zur Nichtigkeit von „*penalties*" im angloamerikanischen Recht, ab S. 29 und S. 36.

[124] Vgl. zum richterlichen Herabsetzungsrecht in Deutschland und Frankreich, ab S. 13 und S. 24.

Staates New York anwendbar ist- Artikel 1152 des französischen Code Civil, der eine Herabsetzung unangemessenen hoher Strafen vorsieht, herangezogen werden muss, da es sich um eine Eingriffsnorm zum Schutz französischer Unternehmen handelt.

Eine mögliche Qualifikation einer Regelung als Eingriffsnorm ist also -nicht nur im Zusammenhang mit der Zahlung von Vertragsstrafen- von erheblicher Tragweite.

Anderegg weist in dieser Hinsicht zutreffend darauf hin, dass nationale Bestimmungen zum Schutz der schwächeren Vertragspartei vom Gesetzgeber bzw. von der Rechtsprechung oftmals als international zwingende Vorschriften ausgelegt werden[125]. Ferner liegt es auf der Hand, dass ein Staat durch die Statuierung zwingender Vorschriften deutlich machen will, dass die so geschützten Interessen Vorrang haben sollen vor entgegenstehenden Regelungen[126].

Doch auch angesichts dessen bleibt fraglich, ob beispielsweise das Verbot von *penalties* im angloamerikanischen Recht oder das Gebot der Herabsetzung exorbitanter Vertragsstrafen in der zivilrechtlichen Praxis aus diesem Grund zwingend als Eingriffsnormen zu betrachten sind. Eine solche Qualifikation erscheint äußerst fraglich. Die erwähnten Regelungen zur Vertragsstrafe passen nicht in das System der traditionellen Eingriffsnormen, die sich in der Regel in Rechtsgebieten mit Bezug zum öffentlichen Recht (z.B. Einfuhr- und Ausfuhrverbote, Devisenrecht, Währungsrecht, usw.[127]) befinden[128].

Ein weiteres Merkmal der Eingriffsnormen ist, dass im Rahmen ihrer Durchsetzung administrative Organe (z.B. das Kartellamt) mitwirken, was auf die erwähnten Regelungen zur Vertragsstrafe ebenfalls nicht zutrifft. Darüber hinaus scheinen Eingriffsnormen im spezifischen Bereich des Verbraucherrechts rein prozessrechtlicher Natur zu sein. Hauptsächlich wird in Frage gestellt, ob die Erledigung von Streitigkeiten im Bereich des Verbraucherschutzes durch

[125] *Anderegg*, a.a.O., S. 91.
[126] *Anderegg*, a.a.O., S. 159.
[127] Ausführlich zur Analyse von Eingriffsnormen in diesen Gebieten: *Kreuzer*, Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten, S. 13 ff.
[128] Audit, Droit International Privé, S. 100.

Schiedsgerichte im Gegensatz zu staatlichen Gerichten zulässig ist[129].

Schließlich ist zu unterstreichen, dass zahlreiche Autoren, die sich mit der Problematik von Eingriffsnormen eingehend auseinandergesetzt haben, eine Einordnung der o. g. Regelungen zur Vertragsstrafe als zwingende Vorschriften nicht vornehmen[130]. Es erscheint aus diesen Gründen sachgemäßer, derartige Regelungen nicht als Eingriffsnormen, sondern vielmehr als Bestandteil des *ordre public* anzusehen.

2. Ordre Public

2.1 Begriff des *Ordre Public* im internationalen Privatrecht

Der Begriff des *ordre public* spielt im internationalen Privatrecht hauptsächlich bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsurteile oder Schiedssprüche eine Rolle[131]. Der Grund dafür ist, dass die verfahrensrechtlichen Regelungen der meisten Länder eine solche Anerkennung und Vollstreckung ablehnen, wenn ein ausländisches Gerichtsurteil oder ein Schiedsspruch gegen das einheimische *ordre public* verstößt.

In Deutschland beispielsweise ist eine Anerkennung ausländischer Urteile gem. § 328 I Nr. 4 ZPO abzulehnen, wenn diese Urteile gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstoßen, namentlich die unantastbaren Teile der deutschen Rechtsordnung, die Grundgedanken der deutschen Gesetzgebung oder die Grundrechte[132].

---

[129] Siehe hierzu *Seraglini*, a.a.O., S. 520 ff.

[130] Zu diesen Autoren gehören: *Koch/Magnus/Winkler von Morhenfels,* a.a.O.; *Schurig,* a.a.O.; *Schäfer,* a.a.O.; *Anderegg*, a.a.O.

[131] Allgemein hierzu: *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, S. 44 ff.; *Brüning*, Die Beachtlichkeit des fremden ordre public, S. 13 ff. Zu den historischen Grundlagen des ordre public, siehe insbesondere *Spickhoff*, Der ordre public im internationalen Privatrecht, S. 25 ff.

[132] *Geimer,* Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, S. 58; *Weinscheck,* Die Anerkennung und Vollstreckung bundesdeutscher Urteile in den Vereinigten Staaten, S. 122 (Fußnote 459) und S. 128; *Kegel,* Internationales Privatrecht, S. 817; *Firsching/von Hoffmann,* Internationales Privatrecht, S. 109 ff.; *Koch/Magnus/Winkler von Morhenfels,* a.a.O., S. 22; *Penzlin*, Der universelle Ordre Public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts, S. 9.

In den Vereinigten Staaten ist eine solche Ablehnung der Anerkennung ausländischer Urteile nicht nur als Regelung in der *Civil Practice Law & Rules* vorgesehen, sondern als allgemeine und herrschende Rechtsprechung des *Common Law* zu betrachten[133]. In der Entscheidung Tahan v. Hodgson wurde dieser Grundsatz des *Common Law* wie folgt ausgedrückt: „A judgment is unenforceable as against public policy to the extent that it is repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the state where enforcement is sought"[134].

In England sieht der neue „Arbitration Act 1996" den Verstoß gegen das *ordre public* als Berufungsgrund vor[135].

In Frankreich wurde die Kompatibilität mit dem *ordre public* als Bedingung für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile am 7.1.1964 durch die *Cour de Cassation* in der berühmten „Munzer"-Entscheidung festgelegt[136]. Auch laut Artikel 1502 des *Nouveau Code de Procédure Civile* ist eine Kompatibilität im o. g. Sinne für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche notwendig[137]. Eine Unvereinbarkeit mit dem französischen *ordre public* liegt vor, wenn die ausländische Entscheidung die politischen, moralischen, sozialen oder wirtschaftlichen Interessen des Landes gefährdet[138].

Welche Definition in den verschiedenen Ländern auch immer benutzt wird, der Grundgedanke ist stets der gleiche: Ausländische Urteile werden nicht anerkannt, wenn sie den grundlegenden Vorstellungen des Landes, in dem die Anerkennung angestrebt wird, besonders deutlich widersprechen[139].

---

[133] *Weinscheck,* a.a.O., S. 122 (Fußnote 460). Allgemein zum Konzept des ordre public im amerikanischen Kollisionsrecht: *Spickhoff*, a.a.O., S. 54 ff.
[134] Zitiert bei *Weinscheck*, a.a.O., S. 129.
[135] *Adeline*, La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Les Petites Affiches, 20 Januar 1997, S. 6.
[136] Ausführlich hierzu: *Ancel/Lequette*, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, S. 301 ff.
[137] Siehe hierzu *Ancel*, French judicial attitudes toward international arbitration, Arbitration International, 1993, S. 122.
[138] *Mayer*, Droit International Privé, S. 128 ff.; *Loussouarn/Bourel*, Droit International Privé, S. 404 ff.
[139] *Le Goff,* Faut-il supprimer les sociétés à risque limité? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés, RIDC 1999, S. 611.

Auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche sieht auch das UN-Übereinkommen vom 10.6.58 (sog. New Yorker Übereinkommen[140]) in Artikel V (2) (b) vor, dass die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche von den zuständigen Behörden versagt werden kann, wenn die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches der öffentlichen Ordnung des Landes widersprechen würde[141].

In Deutschland sind die Regelungen des New Yorker Übereinkommens in § 1061 ZPO normiert. Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche kann demgemäß wegen Verstoßes gegen das *ordre* public versagt werden, wenn diese wesentliche Grundwerte des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens drastisch beeinträchtigen[142].

Aus diesen Beispielen lässt sich der Schluß ziehen, dass unter dem Begriff eines Verstoßes gegen das *ordre public* in den meisten Rechtsordnungen ein Verstoß „gegen die guten Sitten, gegen die öffentliche Moral, gegen den Sinn und Zweck einheimischer Gesetze sowie gegen die Grundrechte" verstanden wird[143].

2.2 Relevanz des *ordre public* für die Vertragsstrafe im internationalen Anlagenvertrag

Im Laufe der Abwicklung eines Großprojektes kann die Vertragsstrafe unter verschiedenen Umständen Gegenstand eines Rechtsstreits werden. Diesbezüglich sind jedoch zwei typische Fälle zu nennen[144]:

---

[140] Zur Analyse dieses Abkommens, siehe *Borris*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den USA, S. 16 ff.

[141] Siehe hierzu: *Lörcher*, Das Schiedsverfahren, S. 84 ff.; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 89 ff.; *Carrington/Haagen*, Contract and jurisdiction, The Supreme Court Review 1996, by The University of Chicago, 1997, S. 363.

[142] *Lörcher*, a.a.O., S. 84 und 88.

[143] *Weinscheck,* a.a.O., S. 122.

[144] Vgl. die von *Myers* aufgelisteten Beispiele von typischen verzugsbedingten Rechtsstreitigkeiten in Langzeitverträgen (*Myers*, in: Der Komplexe Langzeitvertrag, S. 505). Zur Darstellung von Fällen, die Anlass zu einem Schiedsverfahren auf dem Gebiet der Errichtung von schlüsselfertigen Anlagen gegeben haben, siehe *Boon,* in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, S. 245 ff.

- Erster Fall: Eine Vertragsstrafe wird geschuldet, der Anlagenbauer beruft sich aber auf ein Mitverschulden des Auftraggebers. Dies führt zu einer Streitigkeit zwischen den Parteien über die tastsächlich geschuldete Summe. Weiterhin kann es vorkommen, dass der Anlagenbauer jegliche Haftung ablehnt und sich aus diesem Grund weigert, die Geldstrafe zu zahlen. In diesem Fall muss der Anlagenbauer auf Zahlung der Vertragsstrafe verklagt werden.

- Zweiter Fall: Obwohl der Anlagenbauer die Bauarbeiten pünktlich abgeschlossen hat, weigert sich der Auftraggeber die letzte Zahlung zu leisten. Der Anlagenbauer verklagt den Auftraggeber daraufhin wegen rechtswidriger Zurückhaltung der Zahlung, wogegen der Auftraggeber das Recht auf Aufrechnung gegen eine -nach seiner Auffassung geschuldete- Vertragsstrafe einwendet. In diesem Fall wird die Vertragsstrafe im Rahmen der Feststellung der Gegenansprüche zum Gegendstand der Streitigkeit.

Bestätigt der Richter bzw. Schiedsrichter die Zahlung einer Vertragsstrafe im Rahmen einer solchen Streitigkeit, so bedeutet dies jedoch nicht unbedingt das Ende des gerichtlichen Streits. Denn weigert sich der Anlagenbauer weiterhin, die Entscheidung zu akzeptieren, so ist der Auftraggeber gezwungen, die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils bzw. Schiedsurteils zu veranlassen.

Grund dafür ist, dass im internationalen Anlagengeschäft Urteile bzw. Schiedsurteile nur selten im Heimatland des Anlagenbauers ausgesprochen werden, so dass eine Anerkennung und Vollstreckung im Land des Anlagenbauers unentbehrlich ist, wenn der gerichtlichen Entscheidung nicht nachgekommen wird. Zu diesem Zeitpunkt wird die Frage der Kompatibilität des Urteils bzw. Schiedsurteils mit dem *ordre public* des Heimatlandes des Anlagenbauers relevant.

Im Hinblick auf die Vertragsstrafe stellt sich dann die Frage, ob das ausländische Urteil bzw. Schiedsurteil, in dessen Rahmen die Vertragsstrafe anerkannt wurde, möglicherweise gegen das lokale *ordre public* verstößt.

In seiner Studie über die Anerkennung und Vollstreckung bundesdeutscher Urteile in den Vereinigten Staaten erklärt *Weinscheck*, dass Vertragsstrafen, die sich als „pönale, konfiskatorische Tribute ohne geleisteten Gegenwert" darstellen, aus amerikanischer Sicht unsittlich sind, so dass lediglich die ausländischen Urteile, die Vertragsstrafen i. S. v. „liquidated damages" (also schadenspauschalierende Vertragsstrafen) vorsehen, im amerikanischen Anerkennungsverfahren zulässig sind[145].

Laut *Ellington* ist dies in England jedoch nicht zwingend der Fall, da beispielsweise in der englischen Entscheidung Godard v. Gray ein französisches Urteil anerkannt wurde, obwohl es eine Vertragsstrafe mit Druckfunktion ("penalty") bestätigt hatte[146]. Da diese Entscheidung aber bereits aus dem Jahr 1870 stammt, ist die Bedeutung dieses Urteils für die heutige Rechtslage fraglich.

Im Allgemeinen bleibt jedenfalls festzuhalten, dass die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile bzw. Schiedsurteile, die im Rahmen eines Streits im internationalen Anlagenbau eine Vertragsstrafe mit Druckfunktion bestätigen, in angloamerikanischen Rechtssystemen auf erhebliche Komplikationen stoßen.

Geimer weist in dieser Hinsicht für den umgekehrten Fall einer Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland darauf hin, dass amerikanische Urteile, die enorme Schadensersatzsummen als Strafe zusprechen, wegen Verstoßes gegen das deutsche *ordre public* abgewehrt werden können[147]. Ein konkretes Beispiel dafür bietet eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1992[148], in der die Vollstreckung eines amerikanischen Urteils abgelehnt wurde[149].

---

[145] *Weinscheck,* a.a.O., S. 97. Dieser Meinung teilt auch *Hanotiau*, La clause pénale en droit américain, DPCI 1982, S. 524.
[146] *Ellington,* Penalty clauses: England, DPCI 1982, S. 513.
[147] *Geimer*, a.a.O., S. 141.
[148] Entscheidung vom 04.06.92, BGH, NJW 1992, S. 3096. Ausführlich hierzu: *Koch*, Ausländischer Schadensersatz vor deutschen Gerichten, NJW, 1992, S. 3073 ff.; *Hay*, The Recognition and Enforcement of American Money-Judgements in Germany: the 1992 decision of the German Supreme Court, AJCL, 1992, S. 729 ff.; *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, S. 185 ff.
[149] In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass im Jahre 1990 ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz den Anspruch auf "*punitive damages*" einer Partei aufgrund des Verstoßes gegen den schweizerischen *Ordre*

Grund der Ablehnung war die Verurteilung der Beklagten zu enormen Schadensersatzsummen mit Strafcharakter (sog. *„punitive damages"*)[150], welche der Bundesgerichtshof aufgrund der exorbitanten Höhe und des Strafcharakters als unvereinbar mit dem deutschen *ordre public* ansah[151].

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen) vom 1.12.1993 in Artikel 40 (3) den Ersatzpflichtigen von Leistungen nach fremdem Recht ausdrücklich befreit, „soweit sie den eingetretenen Schaden wesentlich überschreiten oder offensichtlich anderen Zwecken als einer angemessenen Entschädigung des Verletzten dienen"[152].

Verstoßen *„punitive damages"* gegen das *ordre public*, so ist zu erwarten, dass auch ausländische Urteile bzw. Schiedssprüche, die horrende Vertragsstrafen anerkennen, als gegen das *ordre public* verstoßend eingestuft werden[153]. In der deutschen Literatur, die eine richterliche Herabsetzung i. S. d. § 343 BGB als Bestandteil des *ordre public* betrachtet[154], wird diese Auffassung bestätigt[155].

Auch in Frankreich wird diese Position mit dem Argument verteidigt, die richterliche Anpassung nach Artikel 1152 (2) des Code Civil sei

---

public ablehnte (Schiedsspruch CCI No. 5946, zitiert und analysiert bei *Seraglini*, a.a.O., S. 251).

[150] Zum amerikanischen Konzept der "*punitive damages*", siehe *Köndgen*, Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, RabelsZ., 1992, S. 705 ff.; *Cremades*, Les dommages-intérêts conventionnels prevus en cas de rupture de contrat, les clauses pénales et les dommages-intérêts à caractère répressif dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 333 ff.; *Derains*, in: Etudes offertes à Pierre Bellet, S. 101 ff.; *Welker*, keine Entwarnung bei punitive damages, RIW 2004, S. 439 ff.

[151] Siehe hierzu *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, S. 97.

[152] Siehe hierzu *Firsching/von Hoffmann*, a.a.O., S. 389.

[153] Vgl. die Bemerkungen *Völkers* zur Schutzwirkung des Artikels 14 GG gegen ruinöse oder auch "katastrophal hohe" Schadensersatzbebträge (*Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, S. 136).

[154] Siehe u.a. *Strauch/Neumann*, La clause pénale en droit allemand, DPCI 1982, S. 505; *Staudinger/Rieble*, BGB, § 343, Rdnr. 22; *Gottwald*, in: FS für Alfred Söllner, S. 380.

[155] *Staudinger/Rieble*, BGB, § 343, Rdnr. 22.

Bestandteil des *ordre public* und ausländische Urteile, die exorbitante Vertragsstrafe gewährten und eine Herabsetzung nicht erlaubten, seien damit unzulässig[156].

[156] *Mercadal*, L'article 1152, alinéa 2, du Code Civil est-il d'ordre public international français?, DPCI 1979, S. 285 ff.; *Loksaier*, La clause pénale dans les contrats internes et internationaux, S. 54.

Zusammenfassung

Checkliste zur Gestaltung von Vertragsstrafen in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen

Der erste Teil dieser Arbeit hat gezeigt, dass es weltweit kein einheitliches Verständnis des Konzeptes der Vertragsstrafe gibt. Es wurde verdeutlicht, dass das Rechtsinstitut der Vertragsstrafe in den verschiedenen Rechtssystemen unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen unterworfen ist.

Im zweiten Teil wurden die Besonderheiten des internationalen Industrieanlagenvertrages als komplexer Langzeitvertrag dargestellt.

Daraus ergab sich, dass die Beziehungen der Parteien bei einem solchen Vertragstyp besonders störanfällig sind, und dass Anlagenprojekte im Exportgeschäft mit erheblichen Risiken verbunden sind.

Der dritte Teil der Arbeit konzentrierte sich auf die Typologie der Vertragsstrafen und ihre Rolle im Rahmen eines Vertrages.

Aus der festgestellten Typologie der Vertragsstrafe wurde gefolgert, dass Vertragsstrafen im Anlagengeschäft verschiedene Arten von Haftungen auslösen können, was die Gestaltung der Vertragsstrafenabrede stark beeinflussen sollte. Ungeachtet der Vielseitigkeit der unterschiedlichen Vertragsstrafen wurde herausgearbeitet, dass diese grundsätzlich dieselben Funktionen erfüllen, namentlich Druckfunktion, Schadenspauschalierungsfunktion und Haftungsbeschränkungsfunktion.

Die vertraglichen Methoden der Verringerung des Vertragsstrafenrisikos im internationalen Industrieanlagenbau waren schließlich Kernpunkt des vierten Teiles der Arbeit. Es wurde insbesondere unterstrichen, inwieweit durch Anwendung detaillierter und präziser Klauseln, sowie durch die Beachtung der elementaren Grundsätze des Projektmanagements, die Risiken der Verwirkung von Vertragsstrafen kontrolliert und verringert werden können.

Abschließend wurden im letzten Teil der Arbeit die Auswirkungen internationalrechtlicher Aspekte auf die Vertragsstrafe im internationalen Industrieanlagenvertrag erforscht.

Im Rahmen dessen wurden die besonders relevanten europäischen und internationalen Regelungen dargestellt. Des Weiteren wurde festgestellt, dass Vertragsstrafenvereinbarungen, bei denen gewisse Prinzipien des nationalen Rechts -mit denen das Anlagenprojekt in Berührung kommt- nicht beachtet wurden, Gefahr laufen, gegen das *ordre public* des betreffenden Rechtssystems zu verstoßen.

Trotz der herausgearbeiteten Ergebnisse, erscheint der Entwurf einer „idealen" Standardvertragsstrafenklausel für internationale Industrieanlagenverträge jedoch nicht möglich. Dies würde auch der Komplexität der Problematik nicht gerecht. Die Projektparameter auf dem internationalen Anlagenmarkt sind viel zu unterschiedlich, als das eine Modellklausel entwickelt werden könnte, die für jeden Vertrag passend wäre. Praktikabler ist daher die Erstellung einer Checkliste, die alle im Rahmen der Gestaltung einer angemessenen projektspezifischen Vertragsstrafenabrede relevanten Gesichtspunkte enthält.

Diesbezüglich ist die Überprüfung folgender Aspekte, als Hintergrund und Vorarbeit zur Entwicklung und Verhandlung von Vertragsstrafenvereinbarungen in internationalen Industrieanlagenverträgen, unentbehrlich:

I. Allgemeine Fragen

- Welches Recht ist auf den Anlagenvertrag und somit auf die Vertragsstrafenklausel anwendbar?
- Welche gesetzlichen Vorschriften des anwendbaren Rechts sind in Bezug auf Vertragsstrafen unabdingbar?
- Beinhaltet das anwendbare Recht die Möglichkeit, Vertragsstrafen herabzusetzen oder für nichtig zu erklären, wenn sie als unangemessen hoch eingestuft werden?
- Sind die Beträge der Vertragsstrafe klar definiert?
- Ist eine maximale Höhe für die Vertragsstrafe festgelegt?
- Ist eine Haftung für weitergehende Schäden ausdrücklich ausgeschlossen?
- Ist eine Kündigung des Vertrages vor Erreichen der maximalen Höhe der Vertragsstrafe erlaubt?
- Sind die Projektrisiken, die zur Verwirkung des Vertragsstrafenrisikos führen können (z.B. klimatische Bedingungen, technische Kompetenz

der Subunternehmer, lokale Genehmigungsverfahren), umfassend analysiert worden?
- Wurde das Vertragsstrafenrisiko auf Subunternehmer und/oder Konsortialpartner abgewälzt bzw. verteilt?
- Inwiefern kann die Vertragsstrafenvereinbarung gegen das *ordre public* der Staaten (z.B. Staat des Auftraggebers, Staat des Auftragnehmers) verstoßen, das mit dem Anlagenprojekt Berührungspunkte aufweist?

II. Fragen in Bezug auf die Verzugspönale

- Sind die pönalisierten Termine klar definiert?
- Sind praktikable Vorbedingungen hinsichtlich der Baubeginnverpflichtung vorgesehen?
- Ist der Terminplan realistisch?
- Ist für den Auftragnehmer ein Bonus für den Fall vorgesehen, dass die Anlage früher als geplant abgenommen wird?
- Ist bei Anlagen mit mehreren Einheiten, von denen einige früher und andere mit Verzug abgenommen wurden, eine differenzierende Berechnung der Vertragsstrafenhaftung möglich?
- Sind Haftungsausschlussgründe (z.B. Force Majeure, Bodenrisiko, Verschulden des Auftragnehmers) korrekt definiert und aufgelistet?
- Muss der Auftragnehmer dem Auftraggeber -der nicht Endkunde ist- die Vertragsstrafe zahlen, auch wenn dieser im Verhältnis zum Endkunden keine Vertragsstrafe schuldet?
- Sind die Abnahmeverfahrensregelungen neutral formuliert, so dass die Gefahr einer missbräuchlichen Abnahmeverweigerung verringert wird?

III. Fragen in Bezug auf die technische Pönale

- Sind die pönalisierten Garantiewerte klar definiert?
- Sind die Garantiewerte realistisch?
- Soll der Auftragnehmer für den Fall, dass er die Garantiewerte beim Leistungstest nicht erreicht, durch Zahlung einer technischen Pönale eine sofortige Abnahme herbeiführen können, oder soll er bis zu einem gewissen Zeitpunkt verpflichtet sein, Verbesserungen an der Anlage vorzunehmen?
- Ist die Gefahr der Zahlung einer technischen Pönale während der Gewährleistungsperiode ausgeschlossen?

- Soll der Auftragnehmer einen Bonus für den Fall erhalten, dass die Anlage besser funktioniert als garantiert?
- Ist bei Anlagen, die aus mehreren Einheiten bestehen, eine zwischen schlechter und besser als garantiert abgenommenen Einheiten differenzierende Berechnung der Vertragsstrafenhaftung möglich?
- Ist das Testverfahren klar und ausführlich geregelt?
- Sind die Haftungsausschlussgründe (z.B. falsche technische Daten vom Kunden, forcierte Mehrleistungen) korrekt definiert und aufgelistet?

Diese Checkliste von Fragen ist selbstverständlich nicht als abschließend zu betrachten. Je nach Projekt werden immer andere Aspekte relevant. Die Überprüfung der vorgenannten Fragen schafft jedoch eine gute Ausgangsbasis, um die Vertragsstrafenklausel zweckmäßig gestalten zu können.

Es sollte bei alledem aber nicht vergessen werden, dass die ideale Vertragsstrafenklausel diejenige ist, die im Laufe der Abwicklung eines Industrieanlagenprojekts nie zur Anwendung kommt. Wie *Kirchgässer* in Bezug auf das Anlagengeschäft zutreffend formuliert, ist ein Anlagenprojekt im Idealfall in der Weise abzuwickeln, dass die rechtlichen Instrumentarien des Vertrages nie verwendet werden müssen[1].

* * *

[1] *Kirchgässer*, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anlagenvertrages, ZfbF 33 (1981), S. 945.

LITERATURVERZEICHNIS

- **ADELINE, Antoine** : La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Les Petites Affiches, 20 Januar 1997, S. 4 ff.

- **ANDEREGG, Kirsten** : Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1989, zugleich Diss., Hamburg 1989.
Zitiert: Anderegg, Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht.

- **ANDERSON, Ryden** : Liquidated damages under the Uniform Commercial Code, SLJ 1988, S. 1090 ff.

- **ANCEL, Bernard; LEQUETTE, Yves** : Grands arrêts de la juris-prudence française de droit international privé, Sirey, 1. Aufl., Paris 1987.
Zitiert: Ancel/Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.

- **ANCEL, Jean-Pierre** : French judicial attitudes toward international arbitration, Arbitration International 1993, S. 121 ff.

- **ARNHEIM, Timothy** : Ausländische Modelle der Vertragsübernahme, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 125 ff.
Zitiert: Arnheim, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **AUDIT, Bernard** : La vente internationale de marchandises – Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, LGDJ, 1. Aufl., Paris 1990.
Zitiert: Audit, La vente internationale de marchandises.

- **AUDIT, Bernard** : Droit International Privé, 2. Aufl., Economica, Paris 1997.
Zitiert: Audit, Droit International Privé.

- **AX, Thomas; SCHNEIDER, Matthias** : Grenzüberschreitendes Auftragswesen – Gegenüberstellung der Nationalen Vergaberechte (Deutschland, Frankreich, Schweiz), Broschüre der Kanzlei Ax – Schneider & Kollegen, 1. Aufl., Neckargemünd 2003.
Zitiert: Ax/Schneider, Grenzüberschreitendes Auftragswesen.

- **AX, Thomas; SCHNEIDER, Matthias** : Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen, Bauwerk Verlag GmbH, 1. Aufl., Berlin 2004.
Zitiert: Ax/Schneider, Außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen.

- **AYITER, Kudret** : Verträge über die Errichtung von Industrie-Anlagen in Rechtsvergleichender Betrachtung, in: Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag, Interecht Verlag, Berlin 1973, S. 81 ff.
Zitiert: Ayiter, in: FS für Wilhelm Wengler.

- **BAPTISTA, Luiz; DURAND-BARTHEZ Pascal** : Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international, FEC/LGDJ, 2. Aufl., Paris 1991.
Zitiert: Baptista/Durand-Barthez, Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international.

- **BAUER, Miklos** : Spezielle Probleme der Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und die Rolle des Ingenieurs bei Subunternehmerverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 179 ff.
Zitiert: Bauer, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **BAUER, Miklos** : Risiken der Komplettheit, der Ortskenntnisse und der technischen Ungewißheit bei Anlagenverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 171 ff.
Zitiert: Bauer, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **BEALE, Hugh** : Harmonisation of construction law and practice - Part II: European principles of contract law and construction contracts, ICLR 1998, S. 85 ff.

- **BEARDSWORTH, John** : Financing power projects in emerging markets: power purchase agreements and related financial issues, in: Project Financing: Building infrastructure projects in developing markets, Commercial Law and Practise Course Handbook Series, Practising Law Institute, 1998, S. 89 ff.
Zitiert: Beardsworth, in: Project Financing.

- **BELKE, Rolf** : Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1969, S. 559 ff.

- **BENJAMIN**'s Sale of Goods, Sweet & Maxwel, 4. Aufl., London 1992.
Zitiert: Benjamin's Sale of Goods.

- **BERAUDO, Jean-Paul** : Les principes UNIDROIT relatifs au droit du commerce international, JCP édition générale,1995, S. 189 ff.

- **BERAUDO, Jean-Paul** : Activité des organisations internationales en matière de droit du commerce international, DPCI 1994, S. 613 ff.

- **BERGER, Klaus Peter** : Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts - Zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria, Walter de Gruyter, 1. Aufl., Berlin/New York 1996.
Zitiert: Berger, Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts.

- **BERGER, Klaus Peter** : Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht, RIW 1999, S. 401 ff.

- **BERGER, Klaus Peter** : Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren, RIW 2001, S. 881 ff.

- **BERGER, Klaus Peter** : Lex Mercatoria Online, RIW 2002, S. 256 ff.

- **BERGER, Klaus Peter** : Arbitration Interactive, Schriftenreihe der August Maria Berges Stiftung für Arbitrales Recht, Band 12, Peter Lang Verlag, 1. Aufl., Frankfurt am Main 2002.
Zitiert: Berger, Arbitration Interactive.

- **BERNSTORFF (Graf von), Christoph** : Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft, Fritz Knapp Verlag, 2. Aufl., Frankfurt (Main) 1991.
Zitiert: Graf von Bernstorff, Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft.

- **BEUTHIEN, Volker** : Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München 1973, S. 495 ff.
Zitiert: Beuthien, in: FS für Karl Larenz.

- **BIED-CHARRETON Antoine; MUSSON, Denis** : La dissociation du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite de grands projets industriels : nouvelles approches, RDAI 1992, S. 36 ff.

- **BISMUTH Jean-Louis** : Le contrat international de sous-traitance (étude de quelques règles juridiques applicables), RDAI 1986, S. 535 ff.

- **BLANCHARD, Patrick** : Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les états en développement, RDAI 1998, S. 417 ff.

- **BLESSING, Marc** : Choice of substantive law in international arbitration, JIA 1997, S. 39 ff.

- **BLIESENER, Klaus** : Zur Dauer der Gewährleistung, in: Nicklisch (Hrsg.), Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, S. 49 ff.
Zitiert: Bliesener, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen.

- **BOCCARA, Bruno :** La réforme de la clause pénale: conditions et limites de l'intervention judiciaire, JCP 1975, I, S. 2742 ff.

- **BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz** : Erfahrungen als Schiedsrichter in Streitfällen des Großanlagenbaus und der Bauindustrie, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 311 ff.
Zitiert: Böckstiegel, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz** : An introduction to the New German Arbitration Act based on the UNCITRAL Model Law, Arbitration International 1998, S. 19 ff.

- **BOLMIN, Philippe** : Pour un nouveau partenariat public/privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure: la notion de co-développement, RDAI 1999, S. 139 ff.

- **BONELL, Michael Joachim** : Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge, RabelsZ., 1992, S. 274 ff.

- **BONELL, Michael Joachim** : An international restatement of contract law: The UNIDROIT principles of international commercial contracts, Transnational Juris Publications, 1. Aufl., Irvington/New York 1994.
Zitiert: Bonell, An international restatement of contract Law.

- **BONELL, Michael Joachim** : Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: vers une nouvelle lex mercatoria?, RDAI 1997, S. 145 ff.

- **BONELL, Michael Joachim** : UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, ULR 2004, S. 5 ff.

- **BOON, Jean-Albert** : Schiedsspruch - "Schlüsselfertige" Verträge – Streitquellen - Hilfsmittel, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 245 ff.
Zitiert: Boon, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **BOON, Jean-Albert** : Les structures de coopération - Les responsabilités et leur partage, in: La co-traitance internationale, Editions du Moniteur, 1. Aufl., Paris 1980, S. 241 ff.
Zitiert: Boon, in: La co-traitance internationale.

- **BÖRNER, Achim-Rüdiger** : Netzwerke komplexer Langzeitverträge: Möglichkeiten des multilateralen Interessenausgleichs, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 53 ff.
Zitiert: Börner, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **BORRIS, Christian** : Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den USA: Rechtsgrundlagen, zwingendes Recht, Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, Carl Heymanns Verlag, 1. Aufl., Köln (u.a.) 1987.
Zitiert: Borris, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in den USA.

- **BORTOLOTTI, Fabio** : The ICC model contracts: a new approach to the drafting of model forms for international trade, RDAI 2001, S. 969 ff.

- **BÖTTICHER, Eduard** : Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 1970, S. 3 ff.

- **BRAUN, Heiner** : Joint ventures im amerikanischen und deutschen Internationalen Privatrecht: Inhalt und Grenzen des Vertragsstatuts, Peter Lang Verlag, Frankfurt (Main) 2000, zugleich Diss., Dresden 1999.
Zitiert: Braun, Joint ventures im amerikanischen und deutschen Internationalen Privatrecht.

- **BRÖDERMANN, Eckart** : Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004, RIW 2004, S. 721 ff.

- **BRÜNING, Sybille** : Die Beachtlichkeit des fremden ordre public, Duncker & Humblot, Berlin 1997, zugleich Diss., Passau 1996.
Zitiert: Brüning, Die Beachtlichkeit des fremden ordre public.

- **BSCHORR, Michael; ZANNER, Christian** : Die Vertragsstrafe im Bauwesen, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 2003.
Zitiert: Bschorr/Zanner, Die Vertragsstrafe im Bauwesen.

- **BUCKSCH, Georg :** Rechtsvergleich zu Vertragsstrafe und/oder pauschaliertem Schadensersatz - Überblick über die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, England, Frankreich, Schweiz, Österreich, RIW 1984, S. 778 ff.

- **BÜHLER, Michael:** Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 359 ff.

- **CAEMMERER (von), Ernst; SCHLECHTRIEM, Peter** (Hrsg.): Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, Verlag Beck, 2. Aufl., München 1995.
Zitiert: von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht.

- **CALAMARI, John; PERILLO, Joseph** : The law of contracts, West Publishing Co, 3. Aufl., St. Paul 1987.
Zitiert: Calamari/Perillo: The law of contracts.

- **CARBONNIER, Jean** : Droit Civil, Les Obligations, Editions PUF, 22. Aufl., Paris 2000.
Zitiert: Carbonnier, Droit civil.

- **CARRINGTON, Paul D.; HAAGEN Paul H**. : Contract and jurisdiction, The Supreme Court Review 1996, by The University of Chicago, 1997.

- **CAZALET (de), Bruno** : Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer), RDAI 1998, S. 405 ff.

- **CAZALET (de), Bruno; REECE Rupert** : Conditions applicables aux contrats de conception - construction et cléfs en main, RDAI 1996, S. 280 ff.

- **CAZALET (de), Bruno; REECE Rupert** : Le nouveau Livre Jaune de la FIDIC – Les nouvelles conditions applicables aux contrats de réalisation d'ensembles industriels et aux contrats de conception, RDAI 2000, S. 815 ff.

- **CAZALET (de), Bruno; CROTHERS John** : Présentation du Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, RDAI 2001, S. 699 ff.

- **CODE CIVIL LITEC** : Editions Litec, Paris 1996/97.

- **CODE CIVIL DALLOZ** : Editions Dalloz, 102. Aufl., Paris 2003.

- **CODE DE LA CONSOMMATION DALLOZ** : Editions Dalloz, 8. Aufl., Paris 2003.

- **COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES)** : Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels, Document ECE/Trade/117, 1973.

- **COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE (NATIONS UNIES)** : Guide pour la rédaction de contrats internationaux entre parties groupées en vue de la réalisation d'un projet déterminé, Document ECE/Trade/131, 1979.

- **COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI)** : Dommages-interêts libératoires et clauses pénales, Rapport du Secrétaire Général, A/CN.9/161, 25 Januar 1979.

- **COOPERSMITH, Jeffrey** : „Refocusing liquidated damages law for real estate contracts: returning to the historical roots of the penalty doctrine", ELJ 1990, S. 271.

- **COSTET, Louis** : Les contrats de réalisation d'ensembles industriels, DPCI 1981, S. 559 ff.

- **CRASWELL, Richard** : Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach, SCLR 1988, S. 630 ff.

- **CREMADES, Bernado** : Les dommages-intérêts conventionnels prevus en cas de rupture de contrat, les clauses pénales et les dommages-intérêts à caractère répressif dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 329 ff.

- **CUYPERS, Manfred**: Bauvertragsrecht, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 1998.
Zitiert: Cuypers, Bauvertragsrecht.

- **DAVID, René** : Les contrats en droit anglais, LGDJ, 1. Aufl., Paris 1973.
Zitiert: David, Les contrats en droit anglais.

- **DELEBECQUE, Philippe** : Responsabilité Civile, régime de la réparation, règles particulières à la responsabilité contractuelle, clause pénale, Juris-classeurs Civil, Fascicule 212, Editions Techniques Juris-classeurs, Paris 1985.
Zitiert: Delebecque, Responsabilité Civile.

- **DERAINS, Yves** : L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, RDAI 1987, S. 375 ff.

- **DERAINS, Yves** : Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international, in: Etudes offertes à Pierre Bellet (Festschrift), Litec, Paris 1991, S. 101 ff.
Zitiert: Derains, in: Etudes offertes à Pierre Bellet.

- **D'HOLLANDER, Julliette; LEFEBVRE, Guy** : La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie, DPCI 1996, S. 231 ff.

- **DORNER, Gerhard** : BOT-Projekte in der nationalen und internationalen Praxis - Wechselwirkungen durch Vertragsvielfalt und Mehrparteienverbund, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechts-forum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 75 ff.
Zitiert: Dorner, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **DRAETTA, Ugo** : La force majeure dans la pratique du commerce international, RDAI 1996, S. 547 ff.

- **DRAETTA, Ugo** : Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 347 ff.

- **DRAETTA, Ugo** : The notion of consequential damages in the international trade practice : a merger of common law and civil law concepts, RDAI 1991, S. 487 ff.

- **DRAETTA Ugo; LAKE Ralph** : Contrats internationaux: pathologie et remèdes, FEC/Bruylant, 1. Aufl., Paris/Bruxelles 1996.
Zitiert: Draetta/Lake, Contrats internationaux.

- **DRAETTA Ugo; LAKE Ralph** : Les clauses pénales et les pénalités dans la pratique du commerce international, RDAI 1993, S. 261 ff.

- **DUBISSON, Michel** : La négociation des marchés internationaux, Editions du Moniteur, 1. Aufl., Paris 1982.
Zitiert: Dubisson, La négociation des marchés internationaux.

- **DUBISSON, Michel** : Les types de groupements d'entreprises, in: La co-traitance internationale, Editions du Moniteur, 1. Aufl., Paris 1980, S. 1 ff.
Zitiert: Dubisson, in: La co-traitance internationale.

- **DÜNNWEBER, Inge** : Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, Walter de Gruyter, 1. Aufl., Berlin/New York 1984.
Zitiert: Dünnweber, Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrie-anlage im internationalen Wirtschaftsverkehr.

- **DURAND-BARTHEZ, Pascal** : La durée des accords de groupement, in: La co-traitance internationale, Editions du Moniteur, 1. Aufl., Paris 1980, S. 253 ff.
Zitiert: Durand-Barthez, in: La co-traitance internationale.

- **EISELT, Gerhard; TRAPP, Gerhard** : Zur Abgrenzung der von der Betriebshaftpflicht-versicherung nicht erfassten Erfüllungspflicht des Werkunternehmers, NJW 1984, S. 899 ff.

- **ELLAND-GOLDSMITH, Michael** : La "Mitigation of Damages" en droit anglais, RDAI 1987, S. 347 ff.

- **ELLAND-GOLDSMITH, Michael** : Note sur la "Mitigation of Damages" en droit américain, RDAI 1987, S. 359 ff.

- **ELLINGTON, Paul R.** : Penalty clauses: England, DPCI 1982, S. 507 ff.

- **ELLIOTT, Derek** : Mitigation of damages dans le droit de la construction, RDAI 1987, S. 383 ff.

- **ERMAN** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Aschendorff Verlag, 11. Aufl., Münster 2004.
Zitiert: Erman/Bearbeiter, BGB.

- **FARNSWORTH, Allan**: The interpretation of international contracts and the use of preambles, RDAI 2002, S. 271 ff.

- **FERRIS, Susan** : Liquidated damages recovery under the Restatement (Second) of contracts, CLR 1982, S. 862 ff.

- **FICHTNER, Georg** : Vertragsnetze aus der Sicht eines projektierenden Ingenieurs, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 29 ff.
Zitiert: Fichtner, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **FIRSCHING, Karl; HOFFMANN (von), Bernd**: Internationales Privatrecht, Verlag C.H. Beck, 4. Aufl., München 1995.
Zitiert: Firsching/von Hoffmann, Internationales Privatrecht.

- **FISCHER, Detlev** : Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung - Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt (Main) 1981, zugleich Diss., Freiburg (Breisgau) 1981.

Zitiert: Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung.

- **FISCHER, Dietrich** : Die Abnahme beim Anlagengeschäft, DB 1984, S. 2125 ff.

- **FLOCKE, Hans-Joachim** : Risiken beim Internationalen Anlagenvertrag - Hinweise zu ihrer Bewertung sowie Möglichkeiten der Risikobeschränkung durch Vertragsgestaltung, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1. Aufl., Heidelberg 1986.
Zitiert: Flocke, Risiken beim Internationalen Anlagenvertrag.

- **FONTAINE, Marcel** : L'adaptation des contrats aux variations économiques, clauses de force majeure et imprévision, in: Kötz/Marschall von Bieberstein (Hrsg.), Die Anpassung langfristiger Verträge – Vertragsklauseln und Schiedspraxis, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt (Main) 1984, S. 73 ff.
Zitiert: Fontaine, L'adaptation des contrats aux variations économiques, clauses de force majeure et imprévision.

- **FONTAINE, Marcel; DE LY, Philippe** : Droit des contrats internationaux - Analyse et rédaction de clause, FEC/Bruylant, 2. Aufl., Paris/ Bruxelles 2003.
Zitiert: Fontaine/de Ly, Droit des contrats internationaux.

- **FOUCHARD, Philippe** : Le contrat "cléf en main", RTD 1983, S. 101 ff.

- **FOUCHARD, Philippe** : Les usages, l'arbitre et le juge - A propos de quelques récents arrêts français, in: Mélanges Berthold Goldman (Festschrift), Paris 1983, S. 67 ff.
Zitiert: Fouchard, in: Mélanges Berthold Goldman.

- **FRANK, Reiner; WERNER, Horst** : Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nach dem AGB-Gesetz, DB 1977, S. 2171 ff.

- **FRICK, Joachim** : Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge, RIW 2001, S. 416 ff.

- **GALARD (de), Thierry** : Les pénalités de retard dans les contrats internationaux de construction, RDAI 1986, S. 131 ff.

- **GANDOLFI, Giuseppe** : Pour un code européen des contrats, RIDC 1992, S. 707 ff.

- **GANEM, Pierre-Henri** : Grands projets internationaux au jour le jour - De "Laibin B" et de quelques autres projets d'énergie en Chine, RDAI, No.

3, 1997, S. 413 ff/No. 4, 1997, S. 535 ff./No. 5, 1997, S. 653 ff/No. 8, 1997, S. 1047 ff.

- **GAUCH, Peter** : Probleme von und mit Subunternehmern - Ein Beitrag zum privaten Baurecht, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1982, S. 150 ff.
Zitiert: Gauch, in: FS für Arthur Meier-Hayoz

- **GAUDEMET-TALLON, Hélène** : Le nouveau droit international privé européen des contrats, RTDE 1981, S. 215 ff.

- **GEIMER, Reinhold** : Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, C.H. Beck Verlag, 1. Aufl., München 1995.
Zitiert: Geimer, Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland.

- **GLAVINIS, Panayotis** : Le contrat international de construction, Editions GLN Joly, 1. Aufl., Paris 1993.
Zitiert: Glavinis, Le contrat international de construction.

- **GLOSSNER, Ottoarndt** : Bauschiedsgerichtsbarkeit bei der Internationalen Handelskammer (ICC), in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 277 ff.
Zitiert: Glossner, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **GOEDEL, Joachim** : Aspekte der Streiterledigung bei internationalen Bauverträgen und das Arbitral Referee Verfahren, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 33 ff.
Zitiert: Goedel, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **GOEDEL, Joachim** : Vertragliche Regelungen zur Streiterledigung in internationalen Bau- und Anlagenbauverträgen, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.)1995, S. 67 ff.
Zitiert: Goedel, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **GOEDEL, Joachim** : Die FIDIC-Bauvertragsbedingungen im internationalen Baurecht. Ein Vergleich zur VOB, RIW 1982, S. 81 ff.

- **GOLDMAN, Berthold** : La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Dalloz, Paris 1977-79, S. 221 ff.

- **GÖTHEL, Stephan R.** : Joint ventures im Internationalen Privatrecht : ein Vergleich der Rechte Deutschlands und der USA, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1999, zugleich Diss., Münster 1998.
Zitiert: Göthel, Joint ventures im Internationalen Privatrecht.

- **GOTTWALD, Peter** : Zum Recht der Vertragsstrafe – Ein kritischer Blick über den Zaun, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 379 ff.
Zitiert: Gottwald, in: FS für Alfred Söllner.

- **HAAS, Bernard; MEDICUS, Dieter; ROLLAND, Walter; SCHÄFER, Carsten; WENDTLAND, Holger** : Das neue Schuldrecht, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 2002.
Zitiert: Haas/Medicus/Roland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht.

- **HANOTIAU, Bernard** : La clause pénale en droit américain, DPCI 1982, 515.

- **HAUTKAPPE, Bernhard** : Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1986, zugleich Diss., Münster 1984.
Zitiert: Hautkappe, Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau.

- **HAY, Peter:** The Recognition and Enforcement of American Money-Judgements in Germany: The 1992 decision of the German Supreme Court, AJCL 1992, S. 729 ff.

- **HEBERT, Jean :** La responsabilité dans le domaine de l'énergie nucléaire, JCP 1966, S. 1979 ff.

- **HEIERMANN, Wolfgang** : Vertragsgestaltung und Streiterledigung bei Bau- und Anlagenbauverträgen - Typische Risiken und Formen der Bauverträge, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1995, S. 7 ff.
Zitiert: Heiermann, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **HERDEGEN, Matthias** : Internationales Wirtschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 1993.
Zitiert: Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht.

- **HERDEGEN, Matthias** : Der Konzessionsvertrag aus öffentlich-rechtlicher Sicht: das Beispiel des Kanaltunnelprojekts, in: Nicklisch (Hrsg.),

Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechtsforum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 41 ff.
Zitiert: Herdegen, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **HERTIN, Paul-Wolfgang** : Zur Wirksamkeit der Pauschalierung von Schadensersatz in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers, MDR 1969, S. 816 ff.

- **HESS, Claus** : Die Vertragsstrafe - Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung, Duncker & Humblot, Berlin 1993, zugleich Diss., Kiel 1993.
Zitiert: Hess, Die Vertragsstrafe.

- **HESSE, Hannes** : Typische Risiken und Formen von Anlagenbau-Verträgen, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1995, S. 23 ff.
Zitiert: Hesse, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **HESSE, Joachim** : Fragen der Projektfinanzierung aus der Sicht des Anlagenerrichters, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechtsforum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 31 ff.
Zitiert: Hesse, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **HILL, Christopher** : PFI procurement, Building, London, 1. Oktober 1999, S. 58.
Zitiert: Hill, PFI procurement.

- **HILL, Richard** : A businessman's view of the UNIDROIT principles, JIA 1996, S. 163 ff.

- **HOBECK, Paul** : Mehrparteienstreitigkeiten zwischen Auftraggeber, Generalunternehmer, mehreren Konsortialunternehmern und Subunternehmern, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1995, S. 99 ff.
Zitiert: Hobeck, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **HOBECK, Paul** : Möglichkeiten des multilateralen Interessenausgleichs, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 160 ff.
Zitiert: Hobeck, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **HOCHSTRASSER, Daniel** : Choice of law and foreign mandatory rules in international arbitration, JIA 1994, S. 57 ff.

- **HOFFMANN (von), Bernd** : Typische Verfahrensprobleme der Beilegung von Streitigkeiten aus Bau- und Anlagenverträgen, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 261 ff.
Zitiert: von Hoffmann, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **HOFFMANN (von), Bernd** : Verfahren zur Klärung komplexer tatsächlicher Streitigkeiten - Sachverständige zu technischen, betriebswirtschaftlichen und Bewertungsfragen, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1995, S. 111 ff.
Zitiert: von Hoffmann, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **HÖLDER, E.** : Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe, Das Recht 1900, S. 161 ff.

- **HOELLERING, Michael F.** : Emerging techniques of private dispute resolution in long-term contracts, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 523 ff.
Zitiert: Hoellering, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **HOPFENBECK, Waldemer** : Planung und Errichtung von kompletten Industrieanlagen in Entwicklungsländern - dargestellt am Phasenablauf eines schlüsselfertigen Großprojekts, Diss., München 1974.
Zitiert: Hopfenbeck, Planung und Errichtung von kompletten Industrieanlagen in Entwicklungsländern.

- **HORN, Norbert** : Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr - Vertragsklauseln und Schiedspraxis (Generalbericht), in: Kötz/Marschall von Bieberstein (Hrsg.), Die Anpassung langfristiger Verträge, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt (Main) 1984, S. 9 ff.
Zitiert: Horn, in: Die Anpassung langfristiger Verträge.

- **HORSCHITZ, Harald** : Atypische Vertragsstrafen, NJW 1978, S. 1958 ff.

- **HOUTTE (van), Hans** : The UNIDROIT principles of international commercial contracts, Arbitration International, 1995, S. 373 ff.

- **HOUTTE (van), Hans** : ICC Model Contracts, RDAI 2003, S. 253 ff.

- **HUSE, Joseph A** : Understanding and negotiating turnkey contracts, Sweet & Maxwell, 1. Aufl., London 1997.
Zitiert: Huse, Understanding and negotiating turnkey contracts.

- **IMHOOS, Christophe; VERBIST, Herman** : Le nouveau réglement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de 1998, RDAI 1997, S. 989 ff.

- **JAGENBURG, Walter** : Verpflichtung zur Leistungserbringung nach dem Stand der Technik, neuesten Stand der Technik usw., in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 137 ff.
Zitiert: Jagenburg, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **JAGENBURG, Walter** : Die Abnahme des Architektenwerkes und die Tätigkeitspflicht des Architekten bei Mängeln, BauR. 1980, S. 407 ff.

- **JAKOBS, H. H.** : Die Abnahme beim Werkvertrag, AcP 183 (1983), S. 144 ff.

- **JAUERNIG, Otmar; SCHLECHTRIEM, Peter; STÜRNER Rolf; TEICHMANN Arndt; VOLLKOMMER Max** : BGB - Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1997.
Zitiert: Jauernig/Bearbeiter, BGB.

- **JAYME, Erik** : Kollisionsrechtliche Techniken für Langzeitverträge mit Auslandsberührung, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 311 ff.
Zitiert: Jayme, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **JAYME, Erik** : BOT-Projekte: Probleme der Rechtswahl, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechtsforum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 65 ff.
Zitiert: Jayme, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **JOUS, Philippe** : Les structures de coopération - Chef de file et comité de coordination, in: La co-traitance internationale, Editions du Moniteur, 1. Aufl., Paris 1980, S. 227 ff.
Zitiert: Jous, in: La co-traitance internationale.

- **JOUSSEN, Peter** : Der Industrieanlagen-Vertrag, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1. Aufl., Heidelberg 1981.
Zitiert: Joussen, Der Industrieanlagen-Vertrag.

- **KAHN, Philippe** : La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, RIDC 1981, S. 951 ff.

- **KAPELLMANN, Klaus D.** : Schlüsselfertiges Bauen, Werner Verlag, Düsseldorf 2004.
Zitiert: Kapellmann, Schlüsselfertiges Bauen.

- **KAPELLMANN, Klaus D.; LANGEN, Werner** : Einführung in die VOB/B, Werner Verlag, 2. Aufl., Düsseldorf 1993.
Zitiert: Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B.

- **KEGEL, Gerhard** : Internationales Privatrecht, Verlag C.H. Beck, 7. Aufl., München 1995.
Zitiert: Kegel, Internationales Privatrecht.

- **KIRCHGÄSSER, Werner** : Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anlagenvertrages, ZfbF 33 (1981), S. 936 ff.

- **KLEIN, Rudi**: Partnering comes unstuck, Building, London, 19. März 1999, S. 76 ff.

- **KLEINE-MÖLLER, Nils** : Die Vertragsstrafe im Bauvertrag, BB 1976, S. 44 ff.

- **KNACKE, Jürgen** : Die Vertragsstrafe im Baurecht, Werner Verlag, 1. Aufl., Düsseldorf 1988.
Zitiert: Knacke, Die Vertragsstrafe im Baurecht.

- **KNOEPFLER, François** : Le contrat international en droit suisse – Présentation de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RDAI 1988, S. 413 ff.

- **KNÜTEL, Rolf** : Verfallsbereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, AcP 175 (1975), S. 44 ff.

- **KOCH, Christopher** : Einstweiliger Rechtsschutz und Vertragsnetze, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 139 ff.
Zitiert: Koch, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **KOCH, Harald; MAGNUS, Ulrich; WINKLER von MORHRENFELS, Peter** : IPR und Rechtsvergleichung, Verlag C.H. Beck, 2. Aufl., München 1996.
Zitiert: Koch/Magnus/Winkler von Morhenfels, IPR und Rechtsvergleichung.

- **KOCH, Harald:** Ausländischer Schadensersatz vor deutschen Gerichten, NJW, 1992, S. 3073 ff.

- **KÖHLER, Helmut** : Vereinbarung und Verwirkung der Vertragsstrafe, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr Verlag, Tübingen 1993, S. 211 ff.
Zitiert: Köhler, in: FS für Joachim Gernhuber.

- **KONARSKI, Hubert** : Force Majeure and hardship clauses in international contractual practice, RDAI 2003, S. 405 ff.

- **KÖNDGEN, Johannes** : Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, RabelsZ., 1992, S. 696 ff.

- **KOPELMANAS, Lazare** : L'adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement, Droit économique, 1. Aufl., Pedone 1976-77.
Zitiert: Kopelmanas, L'adaptation des règles juridiques du commerce international aux relations particulières entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement.

- **KOPPMANN, Werner; HÖLZLWIMMER, Gerhard** : VOB/B Formularhandbuch für den Auftragnehmer, Werner Verlag, 1. Aufl., Düsseldorf 2003.
Zitiert: Koppmann/Hölzlwimmer, VOB/B Formularhandbuch.

- **KÖTZ, Hein; MARSCHALL von BIEBERSTEIN, Wolfgang (Hrsg.)** : Die Anpassung langfristiger Verträge, Alfred Metzner Verlag, 1. Aufl., Frankfurt (Main) 1984.
Zitiert: Kötz/Marschall v. Bieberstein, Die Anpassung langfristiger Verträge.

- **KREINDLER, Richard** : Aktuelle (Streit-)Fragen bei der Anwendung der ICC-Schiedsgerichtsordnung 1998 – Praxisüberblick, RIW 2002, S. 249 ff.

- **KREINDLER, Richard; MAHLICH, Thomas** : A foreign perspective on the New German Arbitration Act, Arbitration International 1998, S. 65 ff.

- **KREMER, Gottfried** : Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus der Sicht des Ingenieurs, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 7 ff.
Zitiert: Kremer, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **KREMER, Gottfried** : Ursachen und Auswirkungen von Änderungen und Behinderungen bei Anlagenverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, S. 59 ff.
Zitiert: Kremer, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen.

- **KREMER, Gottfried** : Risiken bei Anlagenverträgen aus technischer Sicht, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 7 ff.
Zitiert: Kremer, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **KREUZER, Karl** : Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten: zum Einfluß fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1. Aufl., Heidelberg 1986.
Zitiert: Kreuzer, Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten.

- **KÜHN, Wolfgang** : Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes und der Beweissicherung, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1995, S. 85 ff.
Zitiert: Kühn, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **LAGARDE, Paul** : Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, RCDIP 1991 S. 287 ff.

- **LAGARDE, Paul** : Approche critique de la lex mercatoria, Mélanges Berthold Goldman (Festschrift), Paris 1983, S. 125 ff.
Zitiert: Lagarde, in: Mélanges Berthold Goldman.

- **LAGARDE, Paul** : Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, RDICP 1975, S. 649 ff.

- **LAHLOU, Yasmine** : L'avenir du droit européen des contrats – Le programme d'action de la Commission Européenne, RDAI 2003, S. 473 ff.

- **LAMPE-HELBIG, Gudrun** : Fehlerbegriff und technische Normen - Bericht über eine Expertenanhörung durch Deutsche Verdingungsausschuß, in: Nicklisch (Hrsg.), Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, S. 41 ff.
Zitiert: Lampe-Helbig, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträge.

- **LAMY CONTRATS INTERNATIONAUX** : Tome 5/Huitième Division : Groupements et sous-traitance, Lamy S.A., Editions juridiques et Techniques, Paris 1987.
Zitiert: Lamy, Contrats internationaux.

- **LANDO, Ole** : Principes de droit européen des contrats - Une première étape vers un code civil européen?, RDAI 1997, S. 189 ff.

- **LANDO, Ole** : Principles of European Contract Law – An alternative or a Precursor of European legislation, RabelsZ., 1992, S. 261 ff.

- LANDO, Ole : Does the European Union need a Civil Code?, RIW 2003, S. 1 ff.

- LANDO, Ole : A global Commercial Code, RIW 2004, S. 161 ff.

- **LAPPE, Michael** : Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus - Zugleich ein Beitrag zur Typologie des Industrieanlagenvertrages, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, 1. Aufl., Bochum 1987.
Zitiert: Lappe, Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des internationalen Industrieanlagenbaus.

- **LAROUMET, Christian** : La valeur des principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international, JCP édition générale ,1997, S. 147 ff.

- **LASCHET, Franz** : Internationale Schiedsgerichtsbarkeit bei Bau- und Anlagenverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 255 ff.
Zitiert: Laschet, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **LASCHET, Franz** : Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 119 ff.
Zitiert: Laschet, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **LEBOULANGER, Philippe** : Multi-contract arbitration, JIA 1996, S. 42 ff.

- **LE GOFF, Pierrick** : Théorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une *lex mercatoria germanica*?, RDAI 2004, S. 5 ff.

- **LE GOFF, Pierrick** : A new standard for international turnkey construction contracts: The FIDIC Silver Book, RDAI 2000, S. 151 ff.

- **LE GOFF, Pierrick** : Faut-il supprimer les sociétés à risque limité? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés, RIDC 1999, S. 593 ff.

- **LE GOFF, Pierrick** : The French approach to corporate liability for damage to the environment, TECLF 1997, S. 39 ff.

- **LEHMANN, Rolf** : Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht: zur Bedeutung und Anwendung des Art. 7 Abs. 1 EuIPRÜ, Verlag Peter Lang, 1. Aufl., Frankfurt (Main) 1986.
Zitiert: Lehmann, Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht.

- **LEINEMANN, Ralf** : Vertragsstrafe – Der einzig sichere Weg zum Gewinn am Bau?, BauR. 2001, S. 1472 ff.

- **LEINEMANN, Ralf** (Herausgeber) : Der Bauvertrag nach VOB/B, Grundzüge des Bauvertragsrechts, Bundesanzeiger Verlag, 1. Aufl., Köln 2003.
Zitiert: Leinemann, Der Bauvertrag nach VOB/B.

- **LE TOURNEAU, Philippe** : L'ingénierie, les transfers de technologie et de maîtrise industrielle – Contrats internationaux, Contrats clés en mains, Co-traitance, Sous-traitance, Joint-venture, Litec – Editions du Juris-Classeur, 1. Aufl., Paris 2003.
Zitiert: Le Tourneau, L'ingénierie, les transfers de technologie et de maîtrise industrielle.

- **LEURENT, Bruno; MEYER-FABRE, Nathalie** : La reconnaissance en France des sentences rendues à l'étranger, l'exemple franco-suisse, Bulletin ASA 1995, S. 118 ff.

- **LEVEL, Patrice** : Obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction, RDAI 1987, S. 385 ff.

- **LEVINE, Marshall; SEEWALD, Thomas** : Privatfinanzierte Daseinsvorsorge in Großbritannien: PFI – The Private Finance Initiative, RIW 2000, S. 274 ff.

- **LIESECKE, Rudolf** : Die typischen Klauseln des internationalen Handelsverkehrs in der neueren Praxis, WM 1978, Sonderbeilage Nr. 3/1978, S. 2 ff.

- **LINDACHER, Walter F.** : Phänomenologie der "Vertragsstrafe", Athenäum Verlag, Frankfurt (Main) 1972, zugleich Habil., Würzburg 1972.
Zitiert: Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe".

- **LIONNET, Klaus** : Schiedsgerichtsbarkeit und "mediation" - Alternativen oder Gegensätze, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 543 ff.
Zitiert: Lionnet, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **LIONNET, Klaus** : Erfahrungen mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit im Anlagenbau aus der Sicht der Partei, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.)1984, S. 291 ff.
Zitiert: Lionnet, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **LIONNET, Klaus** : Liefer- und Leistungskonsortien - Rechtliche Zuordnung und Risiken, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 121 ff.
Zitiert: Lionnet, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **LIONNET, Klaus** : The New German Arbitration Act – A user's perspective, Arbitration International 1998, S. 57 ff.

- **LIPSTEIN, Kurt** : Öffentliches Recht und Internationales Privatrecht, in: Holl/Klinke (Hrsg.), Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 1984, S. 39 ff.
Zitiert: Lipstein, in: Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht.

- **LOCHER Horst; LOCHER, Ulrich** : Das private Baurecht, C.H. Beck Verlag, 6. Aufl., München 1996.
Zitiert: Locher, Das private Baurecht.

- **LOKSAIER, Fredj** : La clause pénale dans les contrats internes et internationaux - Etude de droit français avec référence au droit suisse et au droit tunisien, Editions Payot, Lausanne 1985, zugleich Diss., Lausanne 1984.
Zitiert: Loksaier, La clause pénale dans les contrats internes et internationaux.

- **LONCLE, Jean-Marc** : Grands projets d'infrastructures : Le montage Build, Operate, Transfer (BOT), RDAI 1997, S. 945 ff.

- **LONCLE, Jean-Marc** : Le transfert des risques des projets PFI, RDAI 1997, S. 143 ff.

- **LÖRCHER, Gino** : Das Schiedsverfahren - national/international - nach neuem Recht, Verlagsgruppe Jehle Rehm, 1. Aufl., München/Berlin 1998.
Zitiert: Lörcher, Das Schiedsverfahren.

- **LOTZ, Burkhard** : Der Konsortialvertrag des Anlagenbaus im In- und Ausland, ZfBR 1996, S. 233 ff.

- **LOUSSOUARN, Yvon** : La Convention de la Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, RCDIP 1986, S. 271 ff.

- **LOUSSOUARN Yvon; BOUREL, Pierre**: Droit International Privé, Dalloz, 3. Aufl., Paris 1988.
Zitiert: Loussouarn/Bourel, Droit International Privé.

- **LUCHESCHI, Marco** : Rechtsprobleme bei Verträgen über Großprojekte: insbesondere unter Berücksichtigung von Industrieanlagenverträgen, Schulthess Verlag, Zürich 1996.
Zitiert: Lucheschi, Rechtsprobleme bei Verträgen über Großprojekte.

- **LÜCK, Hans-Joachim; ZIMMERMANN, Rudolf** : Risiken der Gewährleistung und Garantie sowie deren rechtliche Problematik, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 217 ff.
Zitiert: Lück/Zimmermann, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **LY (de), Filip** : Law and practice of drafting international contracts, RDAI 2002, S. 461 ff.

- **MACNEIL, Ian :** Efficient breach of contract: circles in the sky, VLR 1982, S. 947 ff.

- **MAHMOUD, Mohamed** : Groupe de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international, RDAI 1996, S. 593 ff.

- **MALLMANN, Roman** : Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, Verlag C.H. Beck, München 2002, zugleich Diss., Köln 2001.

Zitiert: Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen.

- **MANIRUZZAMAN, A.F.M** : Conflict of laws issues in international arbitration, Arbitration International, 1993, S. 371 ff.

- **MANKOWSKI, Peter** : Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschafstverkehrs, RIW 2003, S. 2 ff.

- **MALAURIE Philippe; AYNES Jean** : Droit Civil, Les Obligations, Editions Cujas, 8. Aufl., Paris 1998.
Zitiert: Malaurie/Aynes, Droit Civil.

- **MARKFORT, Rainer** : Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen und ausländischen Recht, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1994, zugleich Diss., Münster 1994.
Zitiert: Markfort, Mehrparteien-Schiedsgerichtsbarkeit im deutschen und ausländischen Recht.

- **MARSH, P.D.V.** : Comparative Contract law - England, France, Germany, Gower Publishing, 1. Aufl., Aldershot/England 1994.
Zitiert: Marsh, Comparative Contract law.

- **MARTINEK, Michael** : Moderne Vertragstypen, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 1993.
Zitiert: Martinek, Moderne Vertragstypen.

- **MARTY, Richard** : Conflits d'application entre les principes UNIDROIT et la loi française applicable au contrat - A propos du dualisme juridique, Dalloz Affaires, 1997, S. 100 ff.

- **MATRAY, L.** : Quelques problèmes de la lex mercatoria, RDIDC 1992, S. 333 ff.

- **MAYER, Pierre** : Les lois de police étrangères, Clunet, 1981, S. 277 ff.

- **MAYER, Pierre** : Droit International Privé, Montchrestien, 3. Aufl., Paris 1987.
Zitiert: Mayer, Droit International Privé.

- **MAYEUR, Pascal** : Les obligations de l'acheteur dans les ventes internationales d'ensembles industriels, RDAI 1986, S. 747 ff.

- **MEINERT** : Das Verhältnis Generalunternehmer/Subunternehmer unter Berücksichtigung des französischen Rechts, BauR. 1978, S. 12 ff.

- **MELIS, Werner** : Technische und rechtliche Risiken bei Bau- und Anlagenverträgen - Vertragliche Instrumente zur frühzeitigen Konfliktregelung, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 241 ff.
Zitiert: Melis, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **MELIS, Werner** : Praktische und prozedurale Probleme mit Mehrparteienschiedsgerichten bei komplexen Langzeitverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 569 ff.
Zitiert: Melis, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **MEMENTO PRATIQUE FRANCIS LEFEBVRE**: Droit des Affaires, Contrats et droits de l'entreprise, Editions Francis Lefebvre, Levallois, 1998.
Zitiert: Memento Pratique Francis Lefebvre.

- **MERCADAL, Barthélémy** : L'article 1152, alinéa 2, du Code Civil est-il d'ordre public international français?, DPCI 1979, S. 285 ff.

- **MERTENS, Hans-Joachim** : Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff, RabelsZ., 1992, S. 219 ff.

- **MESTRE**, **Jacques** : De la notion de clause pénale et de ses limites, RTDC 1985, S. 376 ff;

- **MEURET, Francis** : Approche et gestion des risques dans les contrats internationaux de BTP et de vente d'ensemble industriel, RDAI 1988, S. 763 ff.

- **MEZGHANI, Ali** : Le contrat cost + fee, Clunet 1984, S. 240 ff.

- **MICHAELIS de VASCONCELLOS, Harald**: Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, Verlag Recht und Wirtschaft, 1. Aufl., Heidelberg 1988.
Zitiert: Michaelis de Vasconcellos, Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag.

- **MICHAELIS de VASCONCELLOS, Harald**: Das besondere Vertragsrecht des Anlagenbaus: Auf dem Weg zu einer internationalen Rechtsvereinheitlichung?, RIW 1997, S. 455 ff.

- **MICKLITZ**, **Hans** : La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 - Bilan de onze années d'application, RIDC 1989, S. 101 ff.

- **MODIANO, Giovani** : Les contrats de transfert de technologie, DPCI 1983, S. 553 ff.

- **MOECKE, Hans-Jürgen** : Vertragsgestaltung bei Kaufverträgen unter ausländischem Recht, Bundesstelle für Außenhandelsinformation, 1. Aufl., Köln 1985.
Zitiert: Moecke, Vertragsgestaltung bei Kaufverträgen unter ausländischem Recht.

- **MOLLS, Werner** : Haftungsfragen im internationalen Anlagengeschäft, ZfBR 1980, S. 55 ff. und ZfBR 1981, S. 1 ff.

- **MOLTER, Wolfgang** : Verzugsrisiken im Industrieanlagengeschäft - Risiko Verteilung in Anbieterkonsortien, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1986, zugleich Diss., Mainz 1985.
Zitiert: Molter, Verzugsrisiken im Industrieanlagengeschäft.

- **MÜLLER, Holger; OTTO, Hans-Hermann; WERK, Hasso** : Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1. Aufl., Luchterland, 1994.
Zitiert: Müller/Otto/Werk, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr.

- **MÜNCHENER** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Verlag C.H. Beck, 4. Aufl., München 2003.
Zitiert: Münchener Kommentar/Bearbeiter.

- **MUSTILL, Lord Justice** : The new lex mercatoria: the first twenty-five years, Arbitration International, 1998, S. 86 ff.

- **MYERS, James J.** : Why conventional arbitration is not effective in complex long-term contracts, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 503 ff.
Zitiert: Myers, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **MYERS, James J.** : Developing methods for resolving disputes in worldwide infrastructure projects, JIA 1996, S. 101 ff.

- **NEVITT, Peter; FABOZZI, Frank**: Project Financing, Euromoney Books, 7. Aufl., London 2000.
Zitiert: Nevitt/Fabozzi, Project Financing.

- **NICKLISCH, Fritz** : Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 17 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **NICKLISCH, Fritz** : Rechtliche Erfassung von Projektabläufen und Projektstörungen bei komplexen Langzeitverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 365 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **NICKLISCH, Fritz** : Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus juristischer Sicht, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 29 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **NICKLISCH, Fritz** : Ansprüche des Subunternehmers bei Projektänderungen und -störungen aus juristischer Sicht, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 109 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **NICKLISCH, Fritz** : Umfang der Mängelhaftung - Ergebnis von Vertragsgestaltung und Kooperation während der Vertragsdurchführung, in: Nicklisch (Hrsg.), Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, S. 25 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen.

- **NICKLISCH, Fritz** : Mehrvergütung und Schadensersatz bei Projektänderungen und Behinderungen - Rechtliche Voraussetzungen, in: Nicklisch (Hrsg.), Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, S. 83 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen.

- **NICKLISCH, Fritz** : Rechtsprobleme bei der Gestaltung von Bauverträgen, BB Beilage 10, 1974, S. 1 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, S. 2361 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Besondere Vertragsstrukturen von Bau- und Anlagenverträgen - Auswirkungen auf Mängelhaftung, Vergütung von Mehrleistungen und Streitbeilegung, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 9 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **NICKLISCH, Fritz** : Besonderheiten bei Streitigkeiten in Langzeitprojekten des Bau- und Anlagengeschäfts, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1995, S. 121 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **NICKLISCH, Fritz** : Risiken bei Bau- und Anlagenverträgen aus rechtlicher Sicht - Besondere Vertragsstrukturen mit speziellen Risiken, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 41 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **NICKLISCH, Fritz** : Rechtliche Risikozuordnung bei Bau- und Anlagenverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 101 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **NICKLISCH, Fritz** : Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag, BB 1979, S. 533 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge, JZ 1984, S. 757 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Instrumente der Internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträgen, RIW 1978, S. 633 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Wirtschaftlicher Hintergrund und Vertragsstrukturen von BOT-Projekten, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechtsforum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 7 ff.

Zitiert: Nicklisch, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **NICKLISCH, Fritz** : BOT-Projekte: Netzwerk komplexer Langzeitverträge und Fragen der Streitbeilegung, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechtsforum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 53 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **NICKLISCH, Fritz** : BOT-Projekte: Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung, BB 1998, S.2 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Rechtsprobleme des Konsortialvertrags, BB 1999, S. 325 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Multi-party arbitration and dispute resolution in major industrial projects, JIA 1994, S. 57 ff.

- **NICKLISCH, Fritz** : Verknüpfte Verträge und verknüpfte Streitbeilegung bei Großprojekten, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 5 ff.
Zitiert: Nicklisch, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **NOBLE, Christopher**: Friend of the project - A new paradigm for construction law services in a "partnered" construction industry, ICLR 1998, S. 78 ff.

- **NÖCKER, Thomas** : Mehrparteienschiedsverfahren - Quo Vadis?, in: Stiefel (Hrsg.), Festgabe für Otto Sandrock zum 65. Geburtstag, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1995, S. 193 ff.
Zitiert: Nöcker, in: Festgabe für Otto Sandrock.

- **OBENHAUS Norbert** : Mängelhaftung, technischer Fortschritt und Risiken der technischen Entwicklung, in: Nicklisch (Hrsg.), Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, S. 13 ff.
Zitiert: Obenhaus, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen.

- **OPPEN (von), Andreas** : Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und –erledigung durch alternative Streitbeilegungsverfahren, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2001, zugleich Diss., Freiburg (Breisgau) 2000.
Zitiert: von Oppen, Der internationale Industrieanlagenvertrag – Konfliktvermeidung und –erledigung.

- **OPPETIT, Bruno** : L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship", Clunet, 1974, S. 795 ff.

- **PAHL, Tyll** : Die Entwicklung von Projektfinanzierungsstrukturen aus der Sicht des Financiers, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechtsforum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 23 ff.
Zitiert: Pahl, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **PAISANT, Gilles :** Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code Civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975), RTDC 1985, S. 682 ff.

- **PALANDT :** Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, 63. Aufl., München 2004.
Zitiert: Palandt/Bearbeiter, BGB.

- **PALANDT :** Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl.), Verlag C.H. Beck, München 2002.
Zitiert: Palandt/Bearbeiter, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts.

- **PAUSE, Hans** : Bedeutung, Grenzen und Probleme des Einsatzes von Subunternehmern im Baubereich, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 135 ff.
Zitiert: Pause, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **PENTZLIN, Friederike** : Der universelle Ordre Public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts, Verlag V. Florentz, 1. Aufl., München 1985.
Zitiert: Pentzlin, Der universelle Ordre Public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts.

- **PETER, Wolfgang:** International Investment Agreements – Types, Arbitration and Renegotiation, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 119 ff.
Zitiert: Peter, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **PETERSEN, Eric** : Vente d'ensembles industriels et conditions FIDIC (Génie Civil), DPCI 1978, S. 221 ff.

- **PIRONON, Valérie** : Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris 2004, zugleich Diss., Paris (Panthéon-Assas) 2002.
Zitiert: Pironon, Les joint ventures.

- **PHILIPPE, Denis** : A propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant, RDAI 1995, S. 171 ff.

- **PLANTARD, Jean-Pierre** : Le nouveau droit uniforme de la vente internationale : Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, JDI 1988, S. 311 ff.

- **PUTZIER, Eckart** : Der Pauschalpreisvertrag, Carl Heymanns Verlag, 1. Aufl., Köln 2000.
Zitiert: Putzier, Der Pauschalpreisvertrag.

- **RABIER, Yves** : Les pénalités dans les contrats internationaux de construction de centrales de production d'électricité, RDAI 2003, S. 157 ff.

- **RAJSKI, Jerzy** : Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité dans les contrats internationaux, RDAI 2002, S. 321 ff.

- **RAESCHKE-KESSLER, Hilmar** : The New German Arbitration Act v. Old German case law : which case law of the Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court) is to be applied to the New Act?, Arbitration International 1998, S. 47 ff.

- **RAYERMANN, Marcus** : Der internationale Konsortialvertrag – Rechtliche Einordnung und Vertragsgestaltung in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Carl Heymanns Verlag, Köln 2002, zugleich Diss., Köln 2001.
Zitiert: Rayermann, Der internationale Konsortialvertrag.

- **REICH, Norbert** : Zur Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Werkverträgen, NJW 1978, S. 1570 ff.

- **REITHMANN, Christoph; MARTINY, Dieter** (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, 5. Aufl., Köln 1997.
Zitiert: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht.

- **REESE, W.L.M.** : Dépeçage: a common phenomenon in choice of law, Co.LR 1973, S. 58 ff.

- **RIVKIN, David** : Enforceability of arbitral awards based on the lex mercatoria, Arbitration International, 1993, S. 67 ff.

- **ROBINE, Eric** : L'évolution de l'arbitrage international ces dernières années (1990-1995), RDAI 1996, S. 145 ff.

- **ROHDE-LIEBENAU, Wolfram** : Risikobegrenzung und Risikoabdeckung bei Bau- und Anlagenprojekten durch technische Versicherung, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 81 ff.
Zitiert: Rohde-Liebenau, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **SANDROCK, Otto** : Procedural aspects of the New German Arbitration Act, Arbitration International 1998, S. 33 ff.

- **SCHÄFER, Martin** : Eingriffsnormen im deutschen IPR - eine neverending story?, in: Stiefel (Hrsg.), Festgabe für Otto Sandrock zum 65. Geburtstag, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1995, S. 37 ff.
Zitiert: Schäfer, in: Festgabe für Otto Sandrock.

- **SCHANZE, Erich** : Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt (Main) 1986.
Zitiert: Schanze, Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht.

- **SCHAPIRA, Jean** : Les contrats internationaux de transfert de technologie, Clunet, 1978, S. 5 ff.

- **SCHAUB, Bernard** : Der Konsortialvertrag - unter besonderer Berücksichtigung des Industrieanlagenbaus, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1991, zugleich Diss., München 1990.
Zitiert: Schaub, Der Konsortialvertrag.

- **SCHEIBEL, Thomas** : Projektfinanzierung: BOT – und Konzessionsgesetzgebung, RIW 1996, S. 373 ff.

- **SCHLECHTRIEM, Peter** : Besprechung des Buches "Phänomenologie der Vertragsstrafe" von Walter Lindacher, JZ 1973, S. 334 ff.

- **SCHLECHTRIEM, Peter** : Richterliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen, in: Leser/von Bieberstein (Hrsg.), Das Haager einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1973, S. 51 ff.
Zitiert: Schlechtriem, in: Das Haager einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht.

- **SCHLECHTRIEM, Peter** (hrsg.): Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Aufl., Baden-Baden 1987.

Zitiert: Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht.

- **SCHLOTKE, Helmut** : Mitwirkungspflichten bei Langzeitverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 377 ff.
Zitiert: Schlotke, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **SCHLOTKE, Helmut** : Risiken im Zusammenhang mit Funktions-, Leistungs- und Verfügbarkeitsgarantien und deren rechtliche Erfassung, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 155 ff.
Zitiert: Schlotke, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **SCHMIDT-KESSEL, Martin** : Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht – Zur Einordnung des Aktionsplans der Kommission, RIW 2003, S. 481 ff.

- **SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna** : Droit des contrats - Jurisprudence française, Litec, 1. Aufl., Paris 1989.
Zitiert: Schmidt-Szalewski, Droit des contrats.

- **SCHMITTHOFF, Clive; SARRE, David** : Le droit anglais des affaires, La Documentation Française, 1. Aufl., Paris 1976.
Zitiert: Schmitthoff/Sarre, Le droit anglais des affaires.

- **SCHNEIDER, Michael E.** : Schiedsverfahren in Streitigkeiten aus Bau- und Anlagenverträgen, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 159 ff.
Zitiert: Schneider, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **SCHNEIDER, Michael E.** : Die Abnahme in der Praxis internationaler Bau- und Anlagenverträge, ZfBR 1984, S. 101 ff.

- **SCHNEIDER, Michael E.** : Das Abnahmeverfahren: Technische und rechtliche Regelungen - Auswirkungen auf die Risikoverteilung, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 201 ff.
Zitiert: Schneider, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **SCHNYDER, Anton K.** : Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte - Überlegungen zu einem Grundsatzentscheid des Schweizer Bundesgerichts, RabelsZ., 1995, S. 293 ff.

- **SCHROTH, Hans-Jürgen** : Der Einfluß von Financiers auf Projektverträge aus der Sicht der Banken, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 81 ff.
Zitiert: Schroth, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **SCHULTE-NÖLKE, Hans** : Ein Vertragsgesetzbuch für Europa?, JZ 2001, S. 917 ff.

- **SCHURIG, Klaus** : Zwingendes Recht, "Eingriffsnormen" und neues IPR, RabelsZ., 1990, S. 216 ff.

- **SCHURIG, Klaus** : Lois d'application immédiate und Sonderanknüpfung zwingendes Rechts: Erkenntnisfortschritt oder Mystifikation?, in: Holl/Klinke (Hrsg.), Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 1984, S. 55 ff.
Zitiert: Schurig, in: Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht.

- **SCHWARTZ, Eric A.** : Multi-Party arbitration and the ICC - In the wake of Dutco, JIA 1993, S. 5 ff.

- **SCHWARZE, Torsten** : Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts, Tenea Verlag, Berlin 2003, zugleich Diss., Leipzig 2003.
Zitiert: Schwarze, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts.

- **SCOTT, Robert E**. : Risk distribution and adjustment in long-term contracts, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 51 ff.
Zitiert: Scott, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **SEGRÉ, Tullio** : Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé, RIDC 1970, 299.

- **SEPPALA, Christopher R.** : Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de génie civil, RDAI 1995, S. 659 ff.

- **SEPPALA, Christopher R.** : Les principaux claims de l'entrepreneur aux termes des conditions FIDIC, RDAI 1985, S. 171 ff.

- **SEPPALA, Christopher R.** : The new FIDIC provision for a Dispute Adjudication Board, RDAI 1997, S. 967 ff.

- **SERAGLINI, Christophe** : Lois de police et justice arbitrale internationale, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Paris 2001, zugleich Diss., Paris (Panthéon-Sorbonne) 2000.
Zitiert: Seraglini, Lois de police et justice arbitrale internationale.

- **SIMONS, Klaus** : Vertragsrisiken und Risk Management bei Bau- und Anlagenverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 61 ff.
Zitiert: Simons, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **SINGLETON, Susan** : Penalty clauses, Croner Purchasing & Supply Briefing, issue No. 143, 24 July 1998, Croner Publications Ltd, London, S. 7.
Zitiert: Singleton, Penalty clauses.

- **SOERGEL** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2/Schuldrecht I, Verlag W. Kohlhammer, 12. Aufl., Stuttgart (u.a.) 1990.
Zitiert: Soergel/Bearbeiter, BGB.

- **SONNENBERGER, Hans Jürgen** : Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW, 2001, S. 409 ff.

- **SPICKHOFF, Andreas** : Der ordre public im internationalen Privatrecht: Entwicklung – Struktur – Konkretisierung, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt (Main) 1989, zugleich Diss., Göttingen 1989.
Zitiert: Spickhoff, Der ordre public im internationalen Privatrecht.

- **STAUDINGER (von), Julius** : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Sellier de Gruyter, 13. Aufl., Berlin 1995.
Zitiert: Staudingers/Bearbeiter, BGB.

- **STEIN, Ursula** : Lex mercatoria - Realität und Theorie, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt (Main) 1995, zugleich Habil., Frankfurt (Main) 1993.
Zitiert: Stein, Lex mercatoria.

- **STELTMANN, Isabel** : Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht : Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands

und Schwedens, Duncker und Humblot, Berlin 2000, zugleich Diss., Mannheim 1998.
Zitiert: Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht.

- **STRAUCH, Manfred; NEUMANN, Carl** : La clause pénale en droit allemand, DPCI 1982, S. 499 ff.

- **SWEET, Justin** : Planning for delays in American complex long-term construction contracts : correcting bad law, removing ambiguities or exercising bargaining power?, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Komplexe Langzeitvertrag, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1986, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, S. 319 ff.
Zitiert: Sweet, in: Der Komplexe Langzeitvertrag.

- **SWOBODA, Hans Wolfgang** : Ansprüche von Subunternehmern bei Projektänderungen und -störungen aus der Sicht des Ingenieurs, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 123 ff.
Zitiert: Swoboda, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **SWOBODA, Hans Wolfgang** : Ursachen und Auswirkungen von Änderungen und Behinderungen bei Bauverträgen, in: Nicklisch (Hrsg.), Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1985, S. 65 ff.
Zitiert: Swoboda, in: Leistungsstörungen bei Bau- und Anlagenverträgen.

- **SWOBODA, Hans Wolfgang** : Risiken bei Auslandsbauverträgen aus ökonomisch-technischer Sicht, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 21 ff.
Zitiert: Swoboda, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **THREEDY, Debora** : Liquidated and limited damages and the revision of article 2: an opportunity to rethink the U.C.C's treatment of agreed remedies", ILR 1990/91, S. 447.

- **TEPLITZKY, Otto** : Besprechung des Buches "Phänomenologie der Vertragsstrafe" von Walter Lindacher, NJW 1973, S. 360.

- **TERRE, Francois; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves** : Droit Civil, Les Obligations, Editions Dalloz, 8. Aufl., Paris 2002.
Zitiert: Térré/Simler/Lequette, Droit Civil.

- **TILING, Johann** : Vertragsgestaltung im Industrieanlagenexport, RIW 1986, S. 91 ff.

- **THILMANY, Jean** : Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, RIDC 1980, S. 27 ff.

- **TREVOR BROWN, J.** : The partnership and other international joint venture contracts in English law, in: La co-traitance internationale, Editions du Moniteur, 1. Aufl., Paris 1980, S. 131 ff.
Zitiert: Trevor Brown, in: La co-traitance internationale.

- **TROST, Ulrich**: Der Einfluß von Financiers auf Projekterrichtungsverträge aus der Sicht der Anlagenbauer, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 89 ff.
Zitiert: Trost, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **ULLMANN, Harold** : Droit et Pratique des clauses de hardship dans le système juridique américain, RDAI 1988, S. 889 ff.

- **VADCAR, Corinne** : Les systèmes de financement et de garantie du commerce international : les nouveaux enjeux, DPCI 1996, S. 129 ff.

- **VENTRELLA, Tony** : A contractor's guide to contract law, Dannick Publications, 1. Aufl., London 1994.
Zitiert: Ventrella, A contractor's guide to contract law.

- **VETTER, Eberhard** : Aspekte der Risikodurchstellung zwischen Hauptvertrag und Subunternehmervertrag im internationalen Anlagengeschäft, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 77 ff.
Zitiert: Vetter, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **VETTER, Eberhard** : Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft - Aspekte der Risikodurchstellung und Risikoverlagerung, RIW/AWD 1986, S. 81 ff.

- **VOLKEN, Paul** : Das Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf - Anwendungsvoraussetzung und Anwendungsbereich, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Aufl., Baden-Baden 1987, S. 81 ff.
Zitiert: Volken, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht.

- **VÖLKER, Christian** : Zur Dogmatik des ordre public: die Vorbehaltsklauseln bei der Anerkennung fremder gerichtlicher Entscheidungen und ihr Verhältnis zum ordre public des Kollisionsrechts, Duncker & Humblot, Berlin 1998, zugleich Diss., Tübingen 1996.
Zitiert: Völker, Zur Dogmatik des ordre public.

- **VYGEN, Klaus; SCHUBERT, Eberhard; LANG, Andreas** : Bauverzögerung und Leistungsänderung: rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen, Bauverlag GmbH, 1. Aufl., Wiesbaden/Berlin 1988.
Zitiert: Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung.

- **WAGNER, Erwin** : Statutenwechsel und dépeçage im internationalen Deliktsrecht, Carl Winter Universitätsverlag, 1. Aufl., Heidelberg 1988.
Zitiert: Wagner, Statutenwechsel und dépeçage im internationalen Deliktsrecht.

- **WAHL, Klaus-Dieter** : Das Projekt Implementation Agreement aus der Sicht des Anlagenerrichters/Investors, in: Nicklisch (Hrsg.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, Technikrechtsforum Heidelberg 1993, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, S. 15 ff.
Zitiert: Wahl, in: Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte.

- **WEICK, Günter** : Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, Verlag C.H. Beck, 1. Aufl., München 1977.
Zitiert: Weick, Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht.

- **WEINSCHENK, Fritz** : Die Anerkennung und Vollstreckung bundesdeutscher Urteile in den Vereinigten Staaten und den "Foreign Country Money Judgement recognition Act", Duncker & Humblot, Berlin 1986, zugleich Diss., Mainz 1986.
Zitiert: Weinschenk, Die Anerkennung und Vollstreckung bundesdeutscher Urteile in den Vereinigten Staaten.

- **WELKER, Ann Marie** : Keine Entwarnung bei punitive damages, RIW 2004, S. 439 ff.

- **WENDLER, Wolf-Dieter** : Risikozuordnung durch force majeure Klauseln, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 187 ff.
Zitiert: Wendler, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **WENDLER, Wolf-Dieter** : Haftung und Haftungsbegrenzung im internationalen Anlagengeschäft und ihre Auswirkungen auf den Subunter-

nehmer, in: Nicklisch (Hrsg.), Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1985, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, S. 47 ff.
Zitiert: Wendler, in: Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandsgeschäft.

- **WERNER, Jacques** : The trade explosion and some likely effects on international arbitration, JIA 1997. S. 5 ff.

- **WESTPHALEN (Graf von), Friedrich** : Rechtsprobleme des Anlagenvertrages, BB 1971, S. 1126 ff.

- **WEYER, Friedhelm** : Verteidigungsmöglichkeiten des Unternehmers gegenüber einer unangemessen hohen Vertragsstrafe, BauR. 1988, S. 28 ff.

- **WICHARD, Johannes Christian** : Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, RabelsZ., 1996, S. 269 ff.

- **WIEGAND, Christian** : Das anwendbare materielle Recht bei internationalen Bauverträgen - Zur internationalprivatrechtlichen Anknüpfung bei Bauexportverträgen, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1984, S. 59 ff.
Zitiert: Wiegand, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau.

- **WIEGAND, Christian** : Unterschiedliche Haftungsstrukturen bei Baumängeln: Anlaß zur Rechtsvereinheitlichung?, in: Böckstiegel (Hrsg.), Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II), Neue Entwicklungen in Recht und Praxis, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 1995, S. 35 ff.
Zitiert: Wiegand, in: Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau (II).

- **WIEGAND, Christian** : Rechtsprobleme einer speziellen internationalen Bauschiedsgerichtsbarkeit, in: Nicklisch (Hrsg.), Bau- und Anlagenverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1983, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1984, S. 289 ff.
Zitiert: Wiegand, in: Bau- und Anlagenverträge.

- **WIEMER, Emmanuel A.** : Die Bedeutung der Vertragsstrafe für Know-How Verträge - Eine Rechtsvergleichende Untersuchung an Hand des deutschen, französischen und Belgischen Rechts, Dissertations- und Fotodruck Frank, München 1977, zugleich Diss., München 1977.

Zitiert: Wiemer, Die Bedeutung der Vertragsstrafe für Know-How Verträge.

- **WILDE SAPTE** : Project finance: The guide to financing build-operate-transfer projects, Euromoney Publications PLC, 1. Aufl., London 1997.
Zitiert: Wilde Sapte, Project finance.

- **WILDE SAPTE** : Can PFI blossom in Japan?, Wilde Sapte Law (quarterly magazine for clients of Wilde Sapte), 1999, S. 8 ff.
Zitiert: Wilde Sapte, Can PFI blossom in Japan?

- **WILKINSON, Vanessa L.D.** : The new lex mercatoria - Reality or academic fantasy?, JIA1995, S. 103 ff.

- **WILLMS, William** : Die Rolle der Banken bei der Entwicklung und Realisierung von Großprojekten, in: Nicklisch (Hrsg.), Netzwerke komplexer Langzeitverträge, Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1999, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 69 ff.
Zitiert: Willms, in: Netzwerke komplexer Langzeitverträge.

- **WITZ, Claude** : L'adhesion de la RFA à la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne du 11 avril 1980), RDAI 1980, S. 57 ff.

- **WITZ, Claude**: Vers un droit européen des contrats?, RIDC 1995, S. 217 ff.

- **ZUGEHÖR, Horst** : Pauschalierter Schadensersatz, NWJ 1967, S. 1895 ff.

Abkürzungsverzeichnis Zeitschriften

- AcP: Archiv für civilistische Praxis
- AJCL: American Journal of Comparative Law
- BauR.: Baurecht
- BB: Der Betriebs-Berater
- Bull. Civ.: Bulletin Civil
- Bulletin ASA: Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage
- Co.LR: Columbia Law Review
- CLR: Cornell Law Review
- DB: Der Betrieb
- DPCI: Droit et Pratique du Commerce International
- ELJ: Emory Law Journal
- JCP: Jurisclasseur Périodique
- JIA: Journal of International Arbitration
- ICLR: The International Construction Law Review
- ILR: Idaho Law Review
- JDI: Journal du Droit International
- JIA: Journal of International Arbitration
- JZ: Juristen Zeitung
- NJW: Neue Juristische Wochenschrift
- MDR: Monatschrift für Deutsches Recht
- RabelsZ.: Rabels Zeitung
- RCDIP: Revue Critique de Droit International Privé
- RDAI: Revue de Droit des Affaires Internationales
- RDICP: Rivista di Diritto Internazionale Civile e Processuale
- RDIDC: Revue de Droit International & de Droit Comparé
- RIDC: Revue Internationale de Droit Comparé
- RIW: Recht der Internationalen Wirtschaft
- RTD: Revue Tunisienne de Droit
- RTDC: Revue Trimestrielle de Droit civil
- RTDE: Revue Trimestrielle de Droit Européen
- SLJ: Southwestern Law Journal
- SCLR: Southern California Law Review
- TECLF: Tulane European & Civil Law Forum
- ULR: Uniform Law Review
- VLR: Virginia Law Review
- WM: Wertpapier Mitteilungen
- ZfA: Zeitschrift für Arbeitsrecht
- ZfbF: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
- ZfBR: Zeitschrift für das deutsche und internationale Baurecht

Abkürzungsverzeichnis

- a.a.O.: am angegebenen Ort
- Abs.: Absatz
- AGBG: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)
- aF: alte Fassung
- Aufl.: Auflage
- BGB: Bürgerliches Gesetzbuch
- ca.: circa
- Cass. civ.: Cour de Cassation, Chambre civile
- Cass. com.: Cour de Cassation, Chambre commerciale
- Cc: Code Civil
- Diss.: Dissertation
- EU: Europäische Union
- Fn.: Fußnote
- FS: Festschrift
- gem.: Gemäß
- GG: Grundgesetz
- ggf.: gegebenenfalls
- Habil.: Habilitation
- Hrsg.: Herausgeber
- i. S. v.: im Sinne von
- nF: neue Fassung
- o. g.: oben genannt
- Rdnr.: Randnummer
- S. : Seite
- Sog.: sogenannte
- u.a.: unter anderem
- u.U.: unter Umständen
- usw.: und so weiter
- Vgl.: vergleiche
- z.B.: zum Beispiel