

Begründung des BGH für eine Obliegenheit zur Schadensminderung des Bauherrn gegenüber dem bauleitenden Architekten, auch eine solche gegenüber dem Planer anzunehmen⁹⁹.

Zum Abschluss sei noch eine Entscheidung des OLG Karlsruhe erwähnt¹⁰⁰: In diesem Fall hatte der Bauherr seinem Architekten gekündigt und einen zweiten mit der Vollarchitektur für ein Gebäude mit der Vorgabe beauftragt, die Planung des ersten zu übernehmen. Als der Bauherr den zweiten Architekten wegen eines Planungsfehlers auf Schadensersatz in Anspruch nahm, berief sich dieser darauf, dass der Fehler bereits in der Planung

des ersten enthalten gewesen sei, die er habe übernehmen müssen. Nach der zutreffenden Auffassung des OLG vermag dies den zweiten Architekten nicht zu entlasten. Wird Vollarchitektur beauftragt muss der neue Architekt die Pläne des ersten überprüfen und ggf. korrigieren. Den Bauherrn trifft daher keine Obliegenheit, dem neuen Architekten mangelfreie Planungen zu überlassen.

99 Vgl. BGH, Urteil v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06 –, BGHZ 179, 55, Rdnr. 33 ff. nach Juris.

100 OLG Karlsruhe, Urteil v. 19.03.2010 – 19 U 100/09 –, BauR 2010, 831.

Die Rechtsnatur des Anlagenvertrages und seine Besonderheiten

von Rechtsanwalt Burkard Lotz, Frankfurt am Main

Anlagenverträge reichen von der Lieferung einfacher Anlagenteile bis hin zur Erstellung einer schlüsselfertigen Neuanlage mit komplexen Finanzierungs- und Betriebsverpflichtungen, nebst Schulung, Wartung und garantierter Ersatzteilversorgung.¹ Zur rechtlichen Einordnung des Anlagenvertrages gibt es unterschiedliche Auffassungen mit weit reichenden Folgen.² Aber alle Anlagenverträge stimmen darin überein, dass die Anlagen betriebsfertig zu errichten sind.³ Beim Kauf einer Anlage aus einer Serienproduktion – wofür die Typenbezeichnung ein Beleg ist – sollte nicht von einem Anlagenvertrag gesprochen werden, da die Eigentum- und Besitzverschaffung im Vordergrund steht. Auf solcherart Verträgen findet Kaufrecht Anwendung, auch wenn der Verkäufer der Anlage sich zur Inbetriebnahme verpflichtet.⁴

A. Rechtsnatur des Anlagenvertrages

Teilweise wird der Anlagenvertrag als Mischform zwischen einem Generalunternehmer- und Generalübernehmervertrag angesehen, wobei ein Generalübernehmer keine Bauleistungen selbst ausführt, sondern mehr auf Seiten des Bauherrn Managementaufgaben wahrnimmt.⁵ In den Begriffen Generalunter- bzw. Generalübernehmer ist einerseits der Leistungsumfang, andererseits der Anteil der Eigenleistung enthalten, sodass sie zur

Beschreibung eines Vertragstyps wenig geeignet erscheinen.

Da aufgrund der komplexen Natur der Anlagenprojekte meist nicht alle Einzelheiten der Projektrealisierung bei Vertragsschluss festgelegt werden – und darüber hinaus deren Umsetzung bei Großprojekten oft sehr lange dauert –, hat der Anlagenvertrag nach anderer Auffassung die Struktur eines Rahmenvertrages, der während der Projektausführung auszufüllen und den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen ist.⁶ Dabei kann das für die dynamische Projekt konkretisierung erforderliche enge Zusammenwirken von Kunde und Auftragnehmer wegen des notwendigen Kooperationscharakters

1 Goedel, Vertragsgestaltung bei BOT-Projekten, Sonderdruck BB 1991, Beilage 20; Nicklisch, International Construction Law Review 2003, 81; Schuhmann, Handbuch des Anlagevertrages, S. 12.

2 Siehe BGH, Urteil v. 23.07.2009 – VII ZR 151/08 –, der die rechtliche Einordnung von Verträgen über Investitionsgüter ausdrücklich offen ließ.

3 MünchKomm.-Soergel, 5. Aufl., § 631 Rdnr. 232; Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 17. Aufl., Anh 2 Rdnr. 184.

4 BGH, NJW 1998, 3197.

5 Soergel, a.a.O., § 631 Rdnr. 232 und 234.

6 OLG Köln, NJW-RR 2000, 389.

gesellschaftsähnliche Züge annehmen.⁷ Während ein Rahmenvertrag auf Dauer angelegt ist und nach dessen Abschluss Einzelverträge vereinbart werden, die sich zum Beginn der Geschäftsbeziehung nicht gleich bestimmen lassen, ist der Anlagenvertrag weder auf Dauer angelegt, noch sieht er den Abschluss weiterer Einzelverträge vor.

Gemäß einer anderen Meinung handelt es sich um einen Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter,⁸ oder umgekehrt, um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter,⁹ oder aber um einen gemischten Vertrag mit Teilen eines Werkvertrages, Werkliefervertrages, Geschäftsbesorgungsvertrages und u.U. eines Kaufvertrages.¹⁰

Schließlich wird der Anlagenvertrag wegen seiner Besonderheiten als eigenständiger Vertragstyp (atypischer Vertrag) angesehen, auf den sich die Parteien kraft der Vertragsfreiheit verständigen können.¹¹

B. Besonderheiten

I. Größe und Ausführungsdauer

Anlagenverträge können sich dadurch auszeichnen, dass sie große, und damit oftmals über einen längeren Zeitraum durchzuführende Projekte beinhalten. Teilweise werden sie als Verträge zur Planung und Errichtung anspruchsvoller Industrie- und Forschungsanlagen definiert¹² oder als komplexe Langzeitverträge bezeichnet.¹³ Neben der Bauleistung und der Planung kommt es beim Anlagenvertrag insbesondere auf die Beschaffung der speziellen Einrichtung an.¹⁴

Die Zeitspanne, bis eine Industrieanlage errichtet ist, kann erheblich sein. Sie verlängert sich entsprechend, wenn die Genehmigungsplanung noch zu erstellen und die Genehmigungen einzuholen sind. In der Regel schließt sich nach der Errichtung der Anlage eine längere Testphase an, sodass die Gesamtausführungszeit mehrere Jahre betragen kann. Mit der Verlängerung der Vertragsdauer wächst das Risiko der Veränderung des Vertragsumfeldes; der Konflikt zwischen den Regeln *pacta sunt servanda* und *clausula rebus sic stantibus* tritt bei Langzeitverträgen besonders deutlich hervor.¹⁵

Die Größe eines Bauwerks oder die Länge der Errichtungszeit allein können aber die Rechtsnatur eines Vertrages nicht beeinflussen. Verträge über beispielsweise die Errichtung eines Einfamilienhauses wie auch eines Wolkenkratzers sind beides Werkverträge.

II. Risikoverteilung

Die Kunden schreiben die Anlagenverträge üblicherweise schlüsselfertig aus und legen auf eine gesamtschuldnerische Haftung der maßgeblichen Firmen großen Wert. Die angesprochenen Firmen bestehen ihrerseits wegen der erheblichen Risiken beim Anlagenbau auf Haftungsbeschränkungen gegenüber dem Kunden und wählen intern eine Struktur, die die Risiken in einer Weise verteilt, wie es nachgeschaltete Subunternehmerverträge meist nicht zulassen. Sie schließen sich bei Anlagenverträgen, insbesondere bei internationalen Großaufträgen, zu Konsortien mit speziellen Vereinbarungen zur Risikoverteilung zusammen, die sich bei sonstigen Bauvorhaben in dieser Form kaum finden.¹⁶

III. Steuerung dynamischer Vorgänge

Großprojekte bedürfen einer besonderen Organisation; die Strukturen lassen sich nach Auffassung des BGH¹⁷ so organisieren, dass sie klare Zuständigkeiten, klare Ausgestaltungen und die Überwachung von Schnittstellen zwischen den unterschiedlichen Beteiligten beinhalten, insbesondere zwischen Planung und Ausführung, und exakte Terminvorgaben haben.

In der Theorie lässt sich die erwünschte Klarheit und Exaktheit in einem Netzwerk mit zahlreichen Vertragsbeziehungen mit Kunden, Finanzierungsinstituten, Planern, Beratern, Subunternehmern u.a. Beteiligten, also oft hunderte Unternehmen umsetzen. Aber wie sieht es in der Praxis aus?¹⁸ Zweifel erscheinen diesbezüglich durchaus angebracht, wenn man sich die zunehmenden Probleme

7 Hager, in: Koller, Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, 1994, 275, 283; Nicklisch, NJW 1985, 2361, 2365.

8 Soergel, a.a.O., § 631 Rdnr. 235; v. Westphalen, BB 1971, 1126; Michaelis de Vasconcellos, NZBau 2003, 121, 122.

9 Palandt, BGB-Kommentar, 70. Aufl., Einf v § 631 Rdnr. 18.

10 Korbion, a.a.O., Anh 2 Rdnr. 184.

11 Ballerstedt, vor § 631 Rdnr. 62; Joussen, Der Industrieanlagenvertrag, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 7; Lotz, BB 1996, 544, 548; Molls, ZfBR 1980, 55; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungen beim Bauvertrag, 2. Aufl., Band 2 Rdnr. 418; MünchKomm.-Emmerich, 5. Aufl., § 311 Rdnr. 40.

12 Palandt, a.a.O., Rdnr. 18.

13 Frick, in: Nicklisch (Hrsg.), Komplexe Langzeitverträge für neue Technologien und neue Projekte, 2001, S. 5, 6.

14 Korbion, a.a.O., Anh. 2 Rdnr. 184.

15 Frick, a.a.O., S. 5, 6.

16 Lotz, ZfBR 1996, 233, 234 und 238.

17 BGH, Urteil v. 26.07.2007 – VII ZR 42/05 –.

18 Lotz, ZfBR 1996, 233.

bei großen bzw. namhaften Firmen betrachtet, das magische Dreieck von Terminen, Kosten und Qualitätsanforderungen¹⁹ bei komplexen Projekten zu beherrschen. Die Schnellbahnstrecke der Deutschen Bahn AG, Toll Collect, das Heathrow Terminal oder die neuen Großflugzeuge von Airbus und Boeing ... – das sind nur einige Beispiele aus der jüngsten Zeit.

Selbst technisch wenig anspruchsvolle Projekte können allein aufgrund der Größe scheitern. Ein deutsches Joint-Venture war nicht in der Lage, eine Zeltstadt für Mekka-Pilger, bestehend aus ca. 50 000 Zelten auf einer Fläche von ca. 2,5 Mio. m² in Mina, Saudi-Arabien, rechtzeitig zu erstellen.

Das Problem liegt meist in der Dynamik der Großprojekte während der langen Ausführungszeit. So lassen sich tatsächlich – und mit einem vertretbaren Aufwand – die zu verschiedenen Zeiten mit verschiedenen Beteiligten geschlossenen umfangreichen Verträge und Leistungsverzeichnisse mit zahlreichen gegenseitigen Abhängigkeiten nicht »einfach so« verhandeln und aktualisieren. Damit sie hinsichtlich der – sich verändernden – Schnittstellen, Leistungsinhalte, Zahlungsflüsse, Behinderungen und auch der gefundenen Kompromisse stets exakte und klar abgestimmte Inhalte aufweisen, müssen alle Betroffenen miteinander kooperieren. Falls sich nicht alle Beteiligte daran halten, oder falls eine Partei ihre Mitwirkung im kritischen Bereich verweigert, oder wenn es auch nur zu Verzügen bei den Verhandlungen kommt, kann dies schnell zum »Tod« eines jeden gesteuerten Projekts führen.²⁰ Gerichte können dann wegen der oftmals langen Verfahrensdauer nicht helfen. Kommt es beispielsweise wegen einer Behinderung mit 50 betroffenen Firmen zu einem Rechtsstreit mit dem Kunden, dann müsste den 50 beteiligten Firmen der Streit verkündet werden. Ein solches Verfahren ist kaum zu handhaben.

Bei Großprojekten geraten immer mehr Firmen faktisch an ihre Grenzen. Menschliche, sprachliche und kulturelle Gegensätze wachsen mit der Zahl der Beteiligten; die vermehrte Fluktuation bei Mitarbeitern verlangt ein zusätzliches Wissensmanagement. Der in der Regel unkontrolliert auf allen Ebenen geführte Emailverkehr birgt kaum beherrschbare Risiken. Die Firmen versuchen durch ein möglichst pro-aktives Vertragsmanagement mit eigens dafür geschaffener Software Trans-

parenz zu schaffen und damit ein Frühwarnsystem zu installieren, um die Qualität zu sichern und vieles mehr. Der Risikoprävention²¹ kommt außerdem eine besondere Bedeutung zu.

IV. Produktziel als Leistungsbeschreibung

Anlagenverträge unterscheiden sich deutlich von den Werkverträgen handwerklichen Zuschnitts, denen meist ein einmaliger punktueller Leistungsaustausch zugrunde liegt. In Anlagenverträgen ist dagegen u.a. ein dynamisches Vertragskonzept mit einer differenzierten Risikoverteilung erforderlich, mit allen begleitenden Maßnahmen zur Entscheidungsfindung und Konfliktregelung.

Leistungsgegenstand eines Anlagenvertrages ist in der Regel »1 Stück« schlüsselfertiger Anlage – also ein Investitionsgut zu einem Festpreis.²² Der geschuldete Erfolg wird mittels Produktzielen definiert. Die Vertragsklauseln stecken weitgehend nur den Rahmen ab, um zu interessensgerechten Lösungen zu kommen. Geschuldet wird demnach, also streng genommen, nicht die Anlage als solche, sondern die Lösung einer produktionstechnischen Aufgabe, wobei die konkrete Gestalt des Werks, insbesondere die einzelnen Bauwerke und Anlagenteile nachrangig sind.²³ Geschuldet wird also die Fähigkeit der Anlage, die Produktziele zu erreichen.

Demzufolge beinhalten die zentralen Vertragsbestimmungen überwiegend funktionale Beschreibungen,²⁴ wie Eigenschaften der zu produzierenden Materialien, Stückzahlen, Leistungs-, Verbrauchs- und Emissionswerte, Verfügbarkeiten der Anlage, Wirtschaftlichkeitsdaten, zulässige Fehlerquoten und Toleranzen, ergänzt durch Komplexitätsklauseln. Dazu zählen auch die Angabe der geforderten Arbeits- oder Kantinenplätze. Detaillierte Leistungsbeschreibungen, wie beispielsweise bei einem eigentlichen Werkvertrag üblich, sind selten.

Der Anlagenvertrag unterscheidet sich vom Bauvertrag auch dadurch, dass sein Gegenstand nicht in jedem Fall wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks wird, einen höheren Vorfertigungsgrad auf-

19 Eschenbruch, BauR 2004, 1.

20 Eschenbruch, BauR 2004, 1, 5.

21 Nicklisch, International Construction Law Review 2003, 81.

22 Zum Begriff Schlüsselfertig im Anlagenbau siehe Lotz, BB, 1996, 544.

23 Müller, BauR 1985, 517, 519.

24 Schumann, NZBau 2003, 602.

weist, in einer spezifizierten Funktion und Leistung besteht, unmittelbar produktiven Zwecken zu dienen bestimmt ist und nach branchenspezifischen Gepflogenheiten erstellt wird.²⁵

V. permanente Kooperationsverpflichtung

Die Komplexität, d.h. die vielfältigen Verflechtungen eines Anlagenvertrages mit seinen Abhängigkeiten prägen den Typus des Anlagenvertrages. Aufgrund der Netzwerkstruktur können kleinere Störungen in dem empfindlichen Netz nicht vorhersehbare Folgen verursachen. Dies gilt bei Großanlagen ebenso, wie bei der Errichtung einer einzelnen Anlagenkomponente, wie z.B. einer Filteranlage oder einer Endogas erzeugenden Anlage, die in eine bestehende Industrieanlage zu integrieren ist. Wie in der Physik lassen sich bei Netzwerken keine einzelnen Phänomene isolieren. Die Wechselwirkung von Komponenten eines Netzwerkes folgt nicht linearen Gesetzen, sondern wird nicht-linear, also in etwa so, wie die Mathematik den Übergang von vorhersagbarem Verhalten zum Chaos beschreibt.²⁶ Aufgrund ihrer Empfindlichkeit gegenüber den Ausgangsbedingungen ist deshalb beim Anlagenvertrag eine umfassendere Betrachtung als beim »einfachen« Werkvertrag geboten.

Die vielen sich im Netzwerk abspielenden Einzelsvorgänge bringen es mit sich, dass es entsprechend viele Störungen gibt, die sich reduzieren, aber nicht gänzlich vermeiden lassen. So, wie sich keine absolut störungsfrei arbeitende Computersoftware herstellen lässt, sind auch beim Anlagenvertrag Störungen unvermeidbar. Dementsprechende Erfahrungen mit der Netzplantechnik zeigen, dass die Aussagekraft der Terminplanung mit zunehmender Komplexität abnimmt.²⁷

1. Planungsphase

Eine der Hauptstörungsursachen ist die meist fehlende Planungstiefe, die alle Beteiligten zur Fortschreibung und intensiven Kooperation zwingt. Genehmigungen sind oftmals noch nicht erteilt, die darin enthaltenen Auflagen vielfach unbekannt. Auch bei Großprojekten sind dennoch die vom Kunden zur Verfügung gestellten Pläne als Grundlage zu beachten.²⁸ Was die Parteien als »Fortschreibung der Planung im Sinne einer Detaillierung« verstehen, ist zu definieren, um spätere Änderungen abgrenzen zu können.²⁹

Die in der HOAI vorgegebenen Leistungsphasen mit der Festlegung bestimmter Planungsentscheidungen in jeder Leistungsphase sind ideal, werden aber als nicht in jedem Fall praktikabel eingestuft. Bei Großprojekten handelt es sich fast immer um »Fast Track Projekte«, d.h.: die Planung hat einen kurzen Vorlauf gegenüber der parallel verlaufenden Ausführung. Damit ähnelt der Planungsteil einem »Just in Time Vertrag«, bei dem die Rechtsnatur gleichermaßen diskutiert wird.³⁰

Der Unternehmer ist grundsätzlich in der Planung frei, soweit der Vertrag keine Festlegungen trifft. Diese Freiheit wird durch Genehmigungsvorbehalte und Abstimmungsverpflichtungen in den Anlagenverträgen beschränkt. Die einzelnen Planungsschritte und die Materialauswahl bedürfen beispielsweise regelmäßig der Genehmigung des Kunden.

Auch die Leistungsprogramme konkretisieren meist den Leistungsinhalt und -umfang nicht ausreichend.³¹ Die Parteien müssen deshalb während der Ausführung gemeinsam den Vertragsinhalt untereinander, aber auch mit den Behörden abstimmen.

Werden die Anlagen in einem Land errichtet, das über keine ausreichende Normendichte verfügt, so wird zur Reduzierung des Diskussionsstoffes auf die Standards eines anderen Landes zurückgegriffen, wobei aber zugleich die zwingenden örtlichen Normen, z.B. bezüglich des Brand- und Arbeitsschutzes³² einzuhalten sind; zusätzlicher Abstimmungsbedarf zur Klärung der Widersprüche sind die Folge.

Viele Kundenwünsche betreffen die »weichen« Faktoren, wie z.B. eine wartungsfreundliche Ausführung, die Berücksichtigung interner Betriebsabläufe und vieles mehr. Weitere Abstimmungsnotwendigkeiten innerhalb der Kundenorganisation seitens des Sicherheitsdienstes, der Betriebsfeuerwehr etc. können erschwerend hinzukommen.

25 Korbion, a.a.O., Anh. 2 Rdnr. 185.

26 Rademacher, Die Vernetzung der Netze, FAZ 07.10.2003.

27 Eschenbruch, BauR 2004, 1, 3.

28 BGH, Urteil v. 26.07.2007 – VII ZR 42/05 –.

29 BGH, Urteil v. 26.07.2007 – VII ZR 42/05 –.

30 MünchKomm.-Westermann, BGB, 5. Aufl., Vor § 433 Rdnr. 13.

31 Schumann, ZfBR 2002, 739.

32 So gibt es im österreichischen Arbeitsstättenrecht z.B. eine besondere Vorschrift über die Höhe von Treppenstufen.

Falls der Auftragnehmer das Ergebnis der Klärung nicht abgewartet hat, riskiert er, sich vertragswidrig zu verhalten, wenn er ohne einen Auftrag eine verfrühte Planung erbringt.³³ Wartet er ab und handelt nicht, so vergrößert er sein Risiko der Terminüberschreitung.

Erhebliche Schwierigkeiten gibt es bei Leistungsprogrammen oftmals auch dann, wenn Änderungen in der Planung und Ausführung zu ermitteln und zu verhandeln sind. Beispielsweise: Wie lässt sich das konkrete physische Bausoll bestimmen, wenn es mangels Ausführungsplanung und konkreter Beschreibung keine Vergleichsgrundlage für die Bemessung der Änderungsfolgen gibt? Ist die fehlende Ausführungsplanung oder Tragwerksplanung zur Ermittlung des Bau-Solls und damit zur Nachtragsbegründung fiktiv nachzuholen?

Anlässlich der Genehmigung der Planung und Materialien verlangt der Kunde häufig Modifikationen, die er als Leistungsinhalt ansieht, der Auftragnehmer jedoch als Änderung einstuft. Auch wenn eine Leistung als Vertragsinhalt anerkannt wird, kann es zu langwierigen und schwierigen Diskussionen kommen, da der Kunde zur teuren und der Auftragnehmer zur kostengünstigen Variante neigt.

Solche Diskussionen können sich während der gesamten Ausführungszeit ergeben. Die Parteien befinden sich demzufolge bei der Konkretisierung des Leistungsinhalts permanent im Spannungsfeld der Freiheit des Planers und dem vereinbarten Genehmigungsvorbehalt des Kunden.

Dieser Klärungsbedarf setzt sich sodann im »Netzwerk« fort. Da die Subunternehmer meist nur Teile der beauftragten »1 Stück« Anlage zu erbringen haben und zum Zeitpunkt des Abschlusses des Subunternehmervertrages, dessen auszuführender Teil mangels der konkreten Planung noch nicht feststeht, muss auch im Verhältnis zum Subunternehmer das Vertragssoll möglichst frühzeitig konkretisiert werden.³⁴ Aber solange die Verhandlungen mit dem Kunden dauern, lassen sich die Verhandlungen mit dem Subunternehmer nicht endgültig abschließen. Sie dauern zwangsläufig länger, da sie erst beendet werden können, wenn das Ergebnis mit dem Kunden feststeht. Während der Auftragnehmer innerhalb seiner Bauzeit mit dem Kunden verhandelt, kann bei einer längeren Verhandlungsdauer die in der Regel kürzere Ausführungs-

zeit für die Subunternehmerleistung schnell überschritten werden.

2. Ausführungsphase

Am Anfang eines Projektes lassen sich die Störungen meist noch eindeutig erkennen und bestimmten Verursachern zuordnen. Eine Steuerung ist möglich, verbraucht aber nicht selten die im Zeitplan vorsorglich eingeräumten Puffer. Mit dem Fortschreiten des Projekts arbeiten aber immer mehr Firmen auf der Baustelle, sodass die Abhängigkeiten und Störungen zunehmen. Zugleich verringert sich die Reaktionszeit, weil Störungen in Bezug auf den Verbrauch der Puffer den kritischen Pfad berühren und sich letztendlich auf den Fertigstellungstermin auswirken. In dieser Phase lassen sich nur äußerst schwierig einzelne Störungsursachen ermitteln und der oder den Firmen, die dies zu verantworten haben, zuordnen, da oftmals aufgrund der beschriebenen Komplexität der Abstimmungs- und Kooperationsprozesse die Abhängigkeiten und Pflichten der Beteiligten nicht mehr klar erkannt bzw. getrennt werden können. Die Ursachen überlagern sich in vielfältiger Weise und lassen sich meist nicht mehr auseinander halten. An die Projektsteuerung werden in einer solchen Situation höchste Ansprüche gestellt.

Diese Projektphase lässt, wie eine Art »Blackbox«, kaum noch eine Isolierung von Kausalitätsverläufen zu. Es ist praktisch unmöglich, Ursache und Wirkung im Einzelfall objektiv – insbesondere im Zusammenwirken aller Störungen – auseinander zu halten und etwaige Schadenersatzansprüche substantiiert zu begründen.³⁵ Die für einen Schadenersatzanspruch erforderliche Feststellung eines Verschuldens lässt sich demnach nicht einwandfrei nachweisen, und folglich stellt sich die Frage, ob nicht bei größtmöglich angewandter Sorgfalt aufgrund der Unvermeidbarkeit von Störungen das Verschulden in Einzelfällen gänzlich fehlt.

Eine vergleichbare Situation findet sich auch bei zu liefernden, einzelnen Anlagenteilen, die in ein

33 Vgl. OLG Hamm, BauR 1994, 536; OLG Düsseldorf, BauR 1994, 534; OLG Frankfurt, BauR 1992, 763; Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, HOAI, 8. Aufl., § 64 Rdnr. 39.

34 Schumann, BauR 1998, 228.

35 Vergleiche Schubert, Festschrift für Schiffers, 265, 278; Reister, Festschrift für Vygen, 251, 257.

Gesamtsystem einzubinden sind. Denn diese werden zum Bestandteil eines laufenden dynamischen Gesamtbetriebsprozesses, den der Auftragnehmer nur bedingt kennt, und den er nicht beeinflussen kann.

»The Society of Construction Law« hat für die Bauzeitnachteile, die oftmals schwierig zu beurteilen und zu handhaben sind, ein »Delay and Disruption Protocol« zur zeitnahen Dokumentation der Behinderungsfolgen entwickelt, das als Basis für solcherart spätere Ansprüche dienen soll.³⁶ In Deutschland hat sich dies allerdings bislang nicht durchgesetzt.

VI. Eigenes Haftungssystem

Die Störanfälligkeit von Anlagenverträgen führt häufig zu Fristüberschreitungen und Mängeln mit bekannter bzw. unbekannter Ursache. Kommt es dadurch zu Produktionsausfällen, entstehen in der Regel hohe Schäden, die sogar mehrere Millionen Euro pro Tag betragen und den gesamten Auftragswert übersteigen können.³⁷

Wegen dieses kaum kalkulierbaren Haftungsrisikos hat sich in der Anlagenbranche ein eigenes Haftungssystem durchgesetzt.³⁸ So haftet der Auftragnehmer für die technische Fertigstellung der Anlage unbeschränkt. Die Gesamthaftung aus Verzug wird auf ca. 5 bis 10 % des Vertragswertes beschränkt.³⁹ Die Basis für Pönalen muss nicht zeitbezogen sein, sondern kann auch an die Minderproduktion anknüpfen.⁴⁰

Mittelbare, indirekte oder Mangelfolgeschäden werden dabei generell ausgeschlossen, um nicht für Vermögensschäden – wie Produktionsausfall, mangelhafte Produktqualitäten und möglicherweise einen entgangenen Gewinn – zu haften.⁴¹ Wegen der hohen Risiken wird die vertragliche Gesamthaftung zusätzlich beschränkt, und zwar auf etwa 15 bis 30 % des Vertragspreises.⁴² Diese Haftungslimitierung kann bei sehr hohen Auftragssummen und branchenüblichen Besonderheiten bis auf 10 % des Auftragswertes sinken.⁴³ Bei Betreibermodellen finden sich aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage höhere Werte.⁴⁴

VII. Eigenes Abnahmeverfahren

1. Abnahmeprozedere

Anlagen werden regelmäßig förmlich abgenommen. Der Abnahmevergang weist gegenüber dem

Werkrecht eine Vielzahl von Besonderheiten auf und erfolgt in mehreren Phasen über einen längeren Zeitraum, abweichend von der punktuellen Übergabe und Billigung des Werkes nach dem allgemeinen Werkrecht. Der Abnahmeprozess dauert häufig mehrere Monate.

Diese Besonderheit ergibt sich daraus, dass bei Investitionsgütern das geschuldete Werk nicht die Anlage als solche, sondern die Lösung der produktionstechnischen Aufgabe ist – d.h.: dies betrifft die Fähigkeit der Anlage, die funktional beschriebenen Produktziele zu erreichen.

Die für die Abnahme maßgebliche Übergabe und Billigung passen nicht recht in das übliche Abnahmekonzept. Die Anlage als solche ist nämlich nicht der angestrebte Erfolg, sondern sie stellt nur das Mittel dar, um den zu erreichen. Das geschuldete Produktziel kann demnach nicht als »sichtbares Element« übergeben werden. Die Übergabe der Anlage, und damit der Gefahrübergang, findet oft lange vor der Abnahme, z.B. mit der Fertigstellung der Montage (der mechanischen Fertigstellung) statt.

An die mechanische Fertigstellung schließt sich dann noch die Inbetriebnahme an. Auch diese Phase wird von dem intensiven Zusammenwirken der Vertragsparteien geprägt. Der Kunde stellt das künftige Betriebspersonal, das meist schon in dieser Phase mit der Anlage vertraut gemacht und dabei gleichzeitig geschult wird und die Anlage dann weiter unter der Aufsicht des Auftragnehmers betreibt.⁴⁵

Nach der Inbetriebnahme der Anlagenteile kommt es erst noch zum Produktionsbeginn. Der Kunde liefert die für die Tests erforderlichen Materialien

36 Delay and Disruption Protocol, October 2002, www.eotprotocol.com.

37 Lotz, ZfBR 2003, 424; www.tageschau.de vom 18.09.2003: so hat Toll Collect rund 730 Mio. € in den Aufbau des Systems investiert und soll nun mehr als 4 Mrd. € Schadenersatz zahlen.

38 Lotz, ZfBR 2003, 424 ff.

39 Jousen, a.a.O., S. 201; Lotz, ZfBR 424, 428.

40 Lotz, ZfBR 2003, 424, 427 ff.

41 Jousen, a.a.O., S. 203; Lotz, ZfBR 2003, 424, 429.

42 Groß, Liefer- und Leistungsverträge für internationale Infrastrukturprojekte aus der Sicht des Deutschen Exportkreditgebers, Schriftenreihe Technologie und Recht, Band 17, S. 24; Lotz, ZfBR, 2003 424, 429.

43 Jousen, a.a.O. S. 20; Lotz, ZfBR 2003, 424, 429 ff.

44 Lotz, ZfBR 2003, 424, 427.

45 Dies gilt nicht für Betreiberverträge (BOT).

bzw. Stoffe. Die bereits in dieser Phase hergestellten Produkte vermarktet der Kunde bei einem erfolgreichen Produktionsverlauf selbst. Obgleich die Anlage zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht förmlich abgenommen ist, wird sie also bereits von dem Kunden praktisch betrieben und genutzt. Bei einer nennenswerten Produktion hat der Kunde allerdings anschließend kaum noch ein Interesse daran, die Anlage förmlich abzunehmen und die damit verbundenen Rechtsfolgen auszulösen. Der im Werkrecht verankerte Anreiz, den Besitz des Werkes gegen eine formale Erklärung der Abnahme zu bekommen, fehlt somit.

Die nach dem Produktionsbeginn und nach der Feineinstellung der Gesamtanlage gefahrenen Leistungstests werden mit den Materialien bzw. Stoffen und dem Personal des Kunden unter Aufsicht des Auftragnehmers durchgeführt. Dabei wird u.a. überprüft, ob die Anlage bei einer Vollauslastung über einen längeren Zeitraum alle vertraglich zugesicherten Leistungswerte erreicht. Erst dann kommt es zur Billigung und zum Ausstellen des förmlichen Abnahmeprotokolls.

Der Erfolg der Tests hängt mitunter also auch davon ab, dass der Kunde das für die Zwecke ausgebildete Betriebspersonal, die Rohstoffe und die Ausgangsstoffe in der vertraglich zugesicherten Spezifikation und Menge während der Testphase zur Verfügung stellt. Das heißt auch, dass das Personal die Einstellungen der einzelnen Maschinen und Anlagenteile nicht verändert und die Anlage fachgerecht bedient. Anders als im Werkrecht hängt der Erfolg der Abnahmetests hier in erheblichem Umfang von der Mitwirkung des Kunden ab.

Aber auch in dieser Testphase kann sich die Anlage durchaus als störanfällig erweisen, beispielsweise wenn die Rohstoffe oder die zu bearbeitenden Ausgangsstoffe von der vertraglich vereinbarten Spezifikation abweichen, weil z.B. die Zusammensetzung der Rohstoffe schwankt, sich verändert hat oder nicht mehr in der spezifizierten Menge anfällt. Dann kann es passieren, dass der Auftragnehmer trotz Fertigstellung die Leistungsfähigkeit seiner Anlage nicht mehr unter Beweis stellen kann. Während der Montagefertigstellung bis zur endgültigen Abnahme, die sich über mehrere Monate erstrecken kann, kann es passieren, dass der Kunde in den Ablaufprozess der Anlage eingegriffen und die-

sen verändert hat. Diese Fälle lassen sich meist nur auf dem Kooperationsweg vernünftig lösen.

Nicht selten kommt es während dieser Phase zu wechselseitigen Hilfeleistungen, wenn das Personal des Kunden dem Auftragnehmer bei Verbesserungen und Mängelbeseitigungen gegen Vergütung behilflich ist. Solche Hilfsdienste »auf dem kleinen Dienstweg« führen zur Umkehr der Auftraggeber- und Auftragnehmerrolle in Teilbereichen.

2. abgestufte Abnahmeregung

Werden die vereinbarten Werte erreicht, ist das Abnahmeprotokoll auszustellen.

Sind die Werte nicht oder nur unzureichend erreicht worden, muss nachgebessert werden. Ist die Nachbesserung fehlgeschlagen, wird nicht etwa – wie bei einem Werkvertrag – die Abnahme verweigert, oder es erfolgt eine Ersatzvornahme, sondern nun wird ein für Anlagenverträge typisches abgestuftes Regelwerk eingesetzt. Dies definiert den geschuldeten Erfolg fließend im Zusammenspiel mit den von Anfang an vereinbarten so genannten technischen Pönalen, und nicht punktuell, wie es bei einem Werkvertrag üblich wäre.

Folgende Grundstruktur ist den unterschiedlichsten Definitionen des geschuldeten Erfolgs gemein:⁴⁶ Das Überschreiten der Werte (der sog. Überleistungen) führt oft zu entsprechend vereinbarten Bonuszahlungen. Abweichungen im definierten Toleranzbereich bleiben sanktionslos. Darüber hinaus gehende Abweichungen (sog. Minderleistungen) führen zu einem Nachbesserungsversuch und bei einer bereits erfolgten, fehlgeschlagenen Nachbesserung zu einer Pönale oder Minderung des Vertragspreises mit pauschalen Preisabschlägen pro nicht erreichter bzw. überschrittener Einheit. Das abgestufte Sanktionsmodell regelt die abschließende Kompensation im Falle des Nichterreichens der vereinbarten Werte. Unterhalb dieser Toleranzwerte (den sog. Unterleistungen)⁴⁷ hat der Unternehmer zwingend Nachbesserungsleistungen zu erbringen. Falls die Nachbesserung ergebnislos verläuft, sehen die Verträge Verhandlungslösungen vor, oder sie berechtigen den Auftraggeber zur Ersatzvornahme bzw. sogar dazu, den Rückbau der

⁴⁶ Siehe Lotz, ZfBR, 424, 428.

⁴⁷ Fischer, DB, 1984, 2125, 2129.

Anlage zur verlangen.⁴⁸ Letzteres gilt im Anlagen-geschäft als größte Katastrophe.

Der Hintergrund für diese Flexibilität bei der Abnahme ist der, dass bei Bau- und Anlagenverträgen eine Rückabwicklung technisch und wirtschaftlich meist nicht sinnvoll und daher unangemessen ist.⁴⁹

VIII. Geistiges Eigentum

Beim Bestehen von Patent- und Lizenzrechten behält sich der Auftragnehmer auch nach der Erfüllung des Vertrages meist ein Mitspracherecht in bestimmten Fällen vor, z.B. bei der Veräußerung. Besitzt nur eine einzige Firma die gewerblichen Schutzrechte für eine zu errichtende Anlage oder die zu produzierenden Produkte, so ist der Anlagenvertrag praktisch unkündbar.

C. Zusammenfassung

Der Anlagenvertrag bewegt sich im Spannungsfeld des Werklieferungsvertrags, des Werkrechts und einer Zweckgesellschaft mit einer Vielzahl von Besonderheiten. Charakteristisch für den eigentlichen Anlagenvertrag sind hauptsächlich die permanenten Kooperationspflichten bis hin zur Durchführung der Abnahmetests, die speziellen Haftungsregelungen und der fließende Abnahmeprozess.

Die Kooperationspflichten bei einem Anlagenvertrag sind im Vergleich zum statischen – und damit eher berechenbaren – Werkvertrag viel umfangreicher. Die intensive Kooperation beruht auf der

abzustimmenden Konkretisierung des als Lösung einer produktspezifischen Aufgabe beschriebenen Leistungsinhalts in einem dynamischen und damit besonders sensiblen und störanfälligen Prozess. Der lässt sich in der Regel nicht in dem im Werkrecht üblichen Über- und Unterordnungsverhältnis realisieren, sondern ist auf ein partnerschaftliches Zusammenwirkens ausgerichtet.

Während der Auftragnehmer im Werkrecht nach dem gesetzlichen Leitbild unbeschränkt haftet, wird die Haftung im Anlagenbau im Interesse der Finanzierbarkeit von Anlagen branchenüblich in mehrfacher Hinsicht beschränkt.

Der dem Kaufrecht unterliegende Werkliefervertrag – wie auch der Werkvertrag – sehen eine punktuelle Übergabe und Abnahme des Werks vor, während im Anlagenvertrag die Abnahme differenzierter geregelt wird, nämlich als kooperativer, länger andauernder Prozess unter Mitwirkung des Kunden, wobei das Vertragsziel als »Korridor« definiert ist, verbunden mit einem finanziellen abschließenden Kompensationssystem.

Damit weicht ein so ausgestalteter Anlagenvertrag erheblich von den in Frage kommenden gesetzlichen Vertragstypen ab und hat einen von den Parteien gewollten eigenen, atypischen Inhalt.

⁴⁸ Schumann, NZBau 2003, 602.

⁴⁹ Erman-Seiler, BGB Handkommentar, 1. Bd., 9. Aufl., § 634 Rdnr. 16; Jousen, a.a.O., § 5 Rdnr. 50.

Gemeinkosten-Trennung

von Prof. Dr.-Ing. Lothar Ruf, Kleinostheim

Die gebräuchlichen unternehmerischen Umlage-/ Zuschlags-Kalkulationsverfahren zur Ermittlung der Angebotspreise sind hinsichtlich verschiedener Konfliktfelder der Bauplanung und Bauabwicklung (z.B. Vergabewertung, Nachträge, Kostenplanung) nicht problemfrei. Eine Verbesserung wird von der getrennten Ausschreibung und Abrechnung der Gemeinkosten (GK-Trennung) erwartet. Umlagen und Zuschläge würden teilweise oder vollständig entfallen. Ein zweistufiges Verfahren wird als Modell 1 und Modell 2 vorgestellt.

A. Status quo der unternehmerischen Baupreisermittlung – Umlagekalkulation

Die Ermittlung von Baupreisen durch den Unternehmer als Berechnungsmethode seines Angebotspreises erfolgt im Rahmen der so genannten »Kalkulation« als Vorausschätzung von zu erwartenden Kosten und sonstigen Preisbestandteilen.