

Das Streitbeilegungsverfahren nach FIDIC

RA Dr. Alfons Schulze-Hagen, Mannheim

Einer der markantesten Unterschiede zwischen der VOB/B und den FIDIC-Bedingungen liegt darin, dass die VOB/B im Wesentlichen materiell-rechtliche Regelungen enthält, während die FIDIC-Bedingungen darüber hinaus Verfahrensregeln anbieten. Die VOB/B regelt – wenn man einmal von § 18 VOB/B absieht – die Rechte und Pflichten der Bauvertragsparteien. In den FIDIC-Bedingungen ist zusätzlich ein detailliertes Verfahren geregelt, wie Ansprüche geltend zu machen sind und wie über ihr Bestehen entschieden wird. In Deutschland wird zur Zeit intensiv diskutiert, ob man nicht speziell für Bauverträge ein dem üblichen Gerichtsprozess vorgelagertes – möglichst baubegleitendes – Streitbeilegungsverfahren gesetzlich einführt. Diese Diskussion läuft unter dem Begriff „*Adjudikation*“ und hat den Deutschen Baugerichtstag bereits 2 Mal – 2008 und 2010 – veranlasst, Empfehlungen zur gesetzlichen Regelung einer Adjudikation auszusprechen¹. Für den vertraglichen Bereich haben bereits die Deutsche Gesellschaft für Baurecht im Rahmen der SL-Bau eine Adjudikationsverfahrensordnung² herausgegeben. In gleicher Weise hat die DIS (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.) eine Verfahrensordnung für Adjudikation entwickelt, deren Gegenstand die projektbegleitende Beilegung von Streitigkeiten ist³. Auch jüngste Erfahrungen aus der Vertragsgestaltung und Abwicklung von Großbauvorhaben in Deutschland zeigen, dass die Parteien immer häufiger Wert darauf legen, dass während des Bauablaufs auftretende Konflikte zeitnah gelöst werden. Dabei reicht die Palette möglicher Streitbeilegungsverfahren von der unverbindlichen Schlichtung bis hin zum endgültigen Schiedsgerichtsverfahren.

Vor diesem Hintergrund lohnt es sich, einen Blick auf die FIDIC-Bedingungen zu werfen, die in ihren unterschiedlichen Fassungen schon seit langem für die Geltendmachung von Ansprüchen eine bestimmte Verfahrensstruktur sowie ein Streitbeilegungsverfahren anbieten. Die „*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*“ (FIDIC), mit Sitz in Genf, gibt die weltweit gebräuchlichsten Vertragsmuster zur Regelung internationaler Bauvorhaben heraus. FIDIC-Vertragsmuster werden häufig bei der Vergabe von Aufträgen vorgeschrieben oder empfohlen, die die Weltbank, andere multilaterale Entwicklungsbanken und die EU finanzieren. Die FIDIC ist eine private Organisation, ähnlich dem DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen). Infolge dessen müssen die FIDIC-Vertragswerke zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart werden. Die nach deutschem Recht sich daraus ergebende AGB-Problematik soll hier nicht behandelt werden⁴.

Die verschiedenen FIDIC-Vertragsmuster sind zunächst unterschiedlichen in der Baupraxis vorkommenden Vertragstypen (Einheitspreisvertrag, Pauschalpreisvertrag, Schlüsselfertigbauvertrag, Planungsvertrag u.a.) zugeordnet. Die drei wichtigsten Vertragsmuster bzw. Books sind 1999 neu erschienen. Es handelt sich dabei um das „*Red Book*“, das „*Yellow Book*“ und das „*Silver Book*“. Hier wollen wir uns auf das FIDIC Red Book („*Conditions of Contract for Construction*“) konzentrieren, das dem „*klassischen*“ VOB/B-Vertrag mit auftraggeberseitiger Planung und Einheitspreisvereinbarung am nächsten kommt⁵. Allerdings sind die Unterschiede im Hinblick auf das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen

¹ vgl. Empfehlung des 3. Baugerichtstages an den Gesetzgeber – Arbeitskreis VII: www.baugerichtstag.de

² vgl. SL-Bau in der Fassung vom 01.07.2013, Abschnitt IV, §§ 22 ff.: www.dg-baurecht.de

³ www.dis-arb.de

⁴ vgl. dazu instruktiv: Mallmann, Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen, 2002, S. 57-66; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Auflage, 2012, S. 157 ff.; Kus/Markus/Steding, FIDIC's New „*Silver Book*“ under the German Standard Form Contracts Act, ICLR 1999, 533 ff.

⁵ Das FIDIC Yellow Book („*Conditions of Contract for Plant and Design-Build ...*“) gilt für Pauschalpreisverträge für funktional ausgeschriebene Bauvorhaben. Der Auftragnehmer hat die Ausführungsplanung zu erbringen. Das FIDIC Silver Book („*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*“) bezieht sich auf schlüsselfertig herzustellende Bauvorhaben, wobei dem Auftragnehmer die vollständige Planung übertragen wird.

und zur Streitbeilegung marginal. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings hinsichtlich der Rolle des Engineers, die im Silver Book der Employer (Auftraggeber) selbst ausfüllt, bzw. ein Employers Representative (Vertreter).

Die FIDIC-Bedingungen sehen ein komplexes System der Streitschlichtung und Streitbeilegung vor. Bevor aber überhaupt ein Streit zwischen den Parteien entstehen kann, muss in der Regel der Engineer über Rechte und Ansprüche aus dem Vertrag befunden haben. Daher ist es unabdingbar, zunächst auf die Rolle des Engineers einzugehen.

Der Engineer im FIDIC-Red-Book

Charakteristisch für das FIDIC Red Book (und auch für das Yellow Book, nicht jedoch für das Silver Book) ist die zentrale Rolle eines externen Engineers⁶. Obwohl der Engineer vom Auftraggeber beauftragt wird und damit in seinem Lager steht, kommt ihm nach der Konzeption der FIDIC-Verträge die Rolle eines neutralen Entscheiders und Streitschlichters zu. Der Engineer ist gleichsam ein Zwitterwesen, welches einerseits die Interessen des Auftraggebers zu vertreten hat, andererseits aber als unparteiischer Vertragsadministrator und als „quasi“-Schiedsrichter fungieren soll. Das ist nur vor dem historischen Hintergrund zu verstehen, dass es früher das Berufsbild des von beiden Parteien vollkommen unabhängigen Engineers als einer neutralen Steuerungs- und Entscheidungsinstanz bei der Abwicklung von Bauvorhaben gegeben hat. Dieses Idealbild des Engineers ist aber längst der modernen Baupraxis gewichen, in dem der Engineer als Beauftragter des Auftraggebers auch dessen Interessen vertritt. Gleichwohl ist seine Rolle als neutraler Dritter im FIDIC Red Book 1999 rudimentär erhalten geblieben, indem er gleichsam als Vorinstanz zu einem späteren DAB-Verfahren⁷ mit anschließendem Schiedsgerichtsverfahren fungiert.

Trotz dieser „Entmachtung“ hat der Engineer auch im FIDIC Red Book 1999 immer noch wichtige Aufgaben und Kompetenzen. So ist er u.a. zuständig für:

- Klarstellungen von Doppeldeutigkeiten oder Widersprüchen im Vertrag (Klausel 1.5)⁸
- Entscheidung über Ansprüche des Auftraggebers (Klausel 2.5)
- Entscheidung über Ansprüche des Contractors (Unternehmer) (Klausel 3.5)
- Ausstellung eines sog. Taking Over Certificate, mit welchem die Fertigstellung der Arbeiten festgestellt wird (Klausel 10.1)
- Ausstellung des sog. Performance-Certificate, mit dem die Erfüllung des Vertrages festgestellt wird (Klausel 11.9)
- Aufstellung von Abschlags- und Schlusszahlungsbescheinigungen, ohne die ein Zahlungsanspruch nicht fällig wird (Klausel 14.6 und 14.13)
- Gewährung von Bauzeitverlängerung (Klausel 8.4)
- Feststellung von Mängeln (Klausel 11.4)
- und viele andere mehr.

Neben dieser zentralen administrativen Rolle hat der Engineer darüber hinaus auch die Aufgabe der Streitschlichtung und der – jedenfalls vorläufig verbindlichen – Streitentscheidung. Diese Funktion ist für Ansprüche des Auftraggebers in Klausel 2.5, für Ansprüche des Auftragnehmers in Klausel 3.5 geregelt. Zahlreiche Vorschriften des FIDIC Red Book 1999 verweisen auf diese beiden Regelungen, z.B.:

- Klausel 1.9: Entscheidung über Bauzeitverlängerung im Falle der verspäteten Vorlage von Plänen oder Anordnungen;
- Klausel 8.9: Entscheidung über die Folgen einer Unterbrechung der Bauarbeiten;

⁶ vgl. Klausel 3 FIDIC Red Book

⁷ DAB Dispute Adjudication Board

⁸ Die zitierten Klauseln beziehen sich jeweils auf das FIDIC Red Book 1999.

- Klausel 12.3: Entscheidung über Aufmaßdifferenzen bzw. über die Zuordnung zu Einheitspreisen;
- Klausel 14.4: Entscheidung über eine etwaig erforderliche Anpassung des Zahlungsplans
- und viele andere mehr

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass die Streitlösung bereits auf der Baustelle beginnen muss. In solchen Fällen ist der Engineer gehalten, die Parteien anzuhören und eine Vereinbarung zwischen ihnen herbeizuführen. Falls ihm dies nicht gelingt, muss er eine „*fair determination*“ treffen, und zwar unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände. Eine solche „*determination*“ muss nicht begründet werden und wird gem. Klausel 3.5 Absatz 2 wirksam, solange und soweit sie nicht nach Klausel 20 durch eine Entscheidung des DAB bzw. eines Schiedsgerichts aufgehoben wird.

Das Verfahren nach Klausel 3.5 kommt aber nicht nur in den Fällen zur Anwendung, in denen das Red Book ausdrücklich auf diese Klausel verwiesen hat. Es ist auch bei allen übrigen Entscheidungen zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob explizit auf Klausel 3.5 verwiesen wird oder nicht⁹. Für eine bestimmte Gruppe von Ansprüchen des Auftragnehmers – nämlich solchen auf Bauzeitverlängerung oder Zusatzvergütung – ist ein gesondertes Verfahren in Klausel 20.1 geregelt. Solche Ansprüche billigt das FIDIC Red Book dem Unternehmer jeweils „*subject to Sub-Clause 20.1.*“ zu. Das Verfahren nach Klausel 20.1 ist eine besondere Ausgestaltung des Verfahrens nach Klausel 3.5 für besondere Ansprüche („*claims*“). Bei der Geltendmachung von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung und zusätzliche Vergütung greifen die beiden Klauseln ineinander. Die Vertragsparteien haben die Voraussetzungen beider Klauseln kumulativ zu erfüllen¹⁰.

In der Fassung 1999 regelt das FIDIC Red Book erstmals mit Klausel 2.5 auch ein besonderes Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen des Auftraggebers. Auch hier hat der Engineer entsprechend Klausel 3.5 zu verfahren. D.h. er soll zunächst versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen. Anderenfalls muss er auch hier eine „*fair determination*“ treffen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände. Das hat zum Beispiel zur Folge, dass der Auftraggeber einen vermeintlichen eigenen Anspruch nicht ohne Weiteres gegen einen vom Engineer festgestellten Zahlungsanspruch zur Aufrechnung stellen kann. Hier muss er zunächst das Verfahren gem. Klausel 2.5 durchführen und eine *determination* des Engineers herbeiführen.

Ist eine Partei mit der *determination* des Engineers nicht einverstanden, so kann sie gem. Klausel 20.4 Abs. 1 die Streitigkeit („*dispute*“) dem DAB zur Entscheidung vorlegen.

Aber nicht jede Meinungsverschiedenheit ist bereits ein *dispute*. Erst die Unzufriedenheit über eine Festlegung oder eine andere Maßnahme des Engineers kann einen Streit hervorrufen, der dann vor dem DAB auszutragen ist. Das zeigt abermals die starke Stellung des Engineers, der den Bauvertrag erst durch seine *determinations* bzw. Festlegungen konkretisiert. Die Streitigkeit, die dann vor dem DAB ausgetragen wird, muss sich also grundsätzlich an einer Maßnahme des Engineers entzünden¹¹.

Geltendmachen von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung und Zusatzvergütung

Die Geltendmachung von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung und auf Zusatzvergütung ist in Klausel 20 – Claim, Disputes and Arbitration – geregelt. Das in Klausel 20.1 geregelte Verfahren vor Anrufung eines DAB bzw. eines Schiedsgerichts ist elementarer Bestandteil

⁹ Mallmann, a.a.O., S. 284

¹⁰ Mallmann, a.a.O., S. 284

¹¹ vgl. Hök, FIDIC Red Book Conditions of Contract for Construction – Erläuterungen und Übersetzungen, 2006, S. 143

der Vertragsabwicklung. Gerade hierin liegt ein grundlegender Unterschied zu den Vorschriften der VOB/B.

Wenn der Unternehmer glaubt, einen Anspruch auf Bauzeitverlängerung oder auf zusätzliche Vergütung aus dem FIDIC Red Book oder anderweitig im Zusammenhang mit dem Vertrag – also auch aus gesetzlichen Anspruchsgrundlagen - zu haben, muss er dies nach Klausel 20.1 alsbald nach Kenntnis des Umstandes oder bloßem Kennen-müssen, spätestens 28 Tage danach, dem Engineer anzeigen¹². In dieser ersten Anzeige müssen das Ereignis oder die Umstände beschrieben werden, aus dem der Anspruch hergeleitet wird. An die Darstellung wird man keine überzogenen Anforderungen stellen können, der Unternehmer kann sich auf die wesentlichen Umstände beschränken¹³.

Die 28-Tage-Frist ist eine **Ausschlussfrist**. Lässt der Unternehmer diese verstreichen, ist er mit seinem Anspruch auf Bauzeitverlängerung bzw. auf Zusatzvergütung präkludiert. Das gilt sogar für solche Ansprüche des Unternehmers, die sich aus einer vom Auftraggeber angeordneten Unterbrechung der Bauarbeiten ergeben, vgl. Klausel 8.9. Auf Offenkundigkeit kommt es nicht an.

Schon hier zeigen sich wesentliche Unterschiede zur VOB/B. Zwar gibt es auch dort Anzeigepflichten – z.B. in § 2 Abs. 6 Nr. 1, § 2 Abs. 8 Nr. 2 und § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B. Allerdings ist die Erfüllung dieser Pflichten nicht an Fristen geknüpft. Nach § 2 Abs. 8 Nr. 1 und nach § 6 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B sind die Anzeigen unverzüglich abzugeben, im Falle des § 2 Abs. 6 Nr. 1 muss die Ankündigung der Zusatzvergütung wenigstens „vor Ausführung“ erfolgen. Bei Offenkundigkeit der Behinderung besteht überhaupt keine Anzeigepflicht. Der größte Unterschied besteht allerdings in der Präklusion. Hält der Unternehmer die Anzeigefrist von 28 Tagen nicht ein, ist die Geltendmachung von Bauzeitverlängerungs- und zusätzlichen Vergütungsansprüchen von vornherein ausgeschlossen und der Auftraggeber wird von jedweder Haftung für etwaige Folgen befreit, vgl. Klausel 20.1 Abs. 2. Das wird in VOB/B-Verträgen vor dem Hintergrund der aktuellen BGH-Rechtsprechung wesentlich milder behandelt, weil die Verletzung der Anzeigepflicht zum Schadensersatz, nicht jedoch zum Anspruchsverlust führt. Jedenfalls im Vergütungsbereich hat die Anzeigepflicht des § 2 Nr. 6 VOB/B nicht die Bedeutung einer anspruchsbegründenden Voraussetzung, sondern die einer vertraglichen Pflicht, bei deren Verletzung es zu Schadensersatzansprüchen kommt¹⁴. Auch bei § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B ist das Unterlassen der unverzüglichen Anzeige folgenlos, soweit sich der Unternehmer auf die gesetzlichen Anspruchsgrundlagen der §§ 677 ff. BGB bzw. der §§ 812 ff. BGB berufen kann.

Mit der Anzeige gem. Klausel 20.1 Abs. 1 ist das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung und Zusatzvergütung keineswegs abgeschlossen, die Anzeige ist erst der Auftakt zu einem detailliert geregelten Verfahren. Gem. Klausel 20.1 Abs. 3 und 4 muss der Unternehmer nunmehr seinen Anspruch substantiiert begründen. Dazu gehört, dass er alle erforderlichen Schreiben und sonstigen Unterlagen einreicht, soweit diese zur Begründung des Anspruches von Bedeutung sind.

Neben dieser Substantiierungspflicht trifft den Unternehmer auch eine Dokumentationspflicht. Er muss insbesondere die zeitnahen Aufzeichnungen („*contemporary records*“) entweder auf der Baustelle selbst oder an einem vom Engineer akzeptierten Ort vorhalten. Diese Dokumentation muss dem Engineer zugänglich sein, sie müssen ab Empfang der Anzeige ggf. auf Weisung des Engineer ergänzt werden oder durch den Engineer überprüft werden können. Der Unternehmer ist verpflichtet, eine Überprüfung der Aufzeichnungen zu erlauben und ggf. auch Kopien dem Engineer zu überlassen.

Damit werden dem Unternehmer im vertraglichen Anmeldeverfahren Darlegungslasten auferlegt, die er auch in einem gerichtlichen Klageverfahren hätte. Die Verpflichtung, die

¹² Die Regelung ist im Yellow Book identisch, im Silver Book muss die Anzeige an den Auftraggeber („*Employers Representative*“) gerichtet werden.

¹³ Jaeger/Hök, FIDIC-A Guide for Practitioners, 2010, S. 376

¹⁴ Fußnote: BGH, Urteil vom 8.11.2001, VII ZR 111/00

eigene Dokumentation, insbesondere die zeitnahen Aufzeichnungen („*contemporary records*“) offenzulegen, erinnert an eine Amtsermittlung. Der Engineer hat das Recht, die substantiierten Angaben des Unternehmers anhand der von ihm offenzulegenden Dokumentation zu überprüfen.

Diese Pflicht zur Substantiierung und Offenlegung der Dokumentation hat der Unternehmer binnen 42 Tagen zu erfüllen, nachdem er Kenntnis von dem anspruchsbegründenden Sachverhalt erlangt hat oder hätte erlangen müssen. Sobald der Sachverhalt fortdauernde Auswirkungen auf die Bauausführung hat, wird das substantiierte Anspruchsbegründungsschreiben als vorläufig betrachtet, weitere Schreiben sind dann monatlich einzureichen. Die endgültige Anspruchsbegründung muss in einem solchen Fall spätestens 28 Tage nach Beendigung der negativen Auswirkungen bei dem Engineer eingehen (Klausel 20.1 Abs. 4 lit. c)).

Anders als die erste 28-tägige Anzeigepflicht gem. Klausel 20.1 Abs. 1 ist die 42-tägige Begründungsfrist jedoch nicht präkludierend¹⁵. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Klausel 20.1. Der letzte Absatz dieser Klausel ordnet an, dass der Engineer bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss, inwieweit eine verspätete oder mangelhafte Substantiierung eine ordnungsgemäße Untersuchung der Anspruchsvoraussetzungen verhindert hat. Der Anspruch soll dann um den Betrag gemindert werden, der den Auftraggeber möglicherweise als Schaden durch die Säumnis des Unternehmers entstanden ist¹⁶.

Während man sich weitgehend einig ist, dass bei Versäumung oder mangelhafter Erledigung der Anspruchsbegründung keine Präklusion eintritt, bleibt jedoch offen, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben. Insbesondere wird überwiegend angenommen, dass dem Unternehmer ein Nachschieberecht nicht mehr zusteht¹⁷. Für abgeschlossene Sachverhalte wird es daher auf die Anspruchsbegründung ankommen, die zum Zeitpunkt des Fristablaufes vorlag. Auf deren Grundlage führt der Engineer seine Konsultationen mit den Parteien gem. Klausel 3.5 und trifft ggf. seine „*fair determination*“.

Ähnlich führt das Fehlen der Dokumentation, insbesondere der zeitnahen Aufzeichnungen („*contemporary records*“) noch nicht zu einem völligen Anspruchsverlust¹⁸. Zu dieser Frage liegt eine der wenigen Gerichtsentscheidungen vor, die sich mit FIDIC-Themen beschäftigen, nämlich die Entscheidung des High Court of Justice Trinidad and Tobago vom 21.10.2009¹⁹. Danach beinhaltet der Begriff „*contemporary records*“ aus Klausel 20.1. Aufzeichnungen und Dokumente, die in der Zeit errichtet, erlangt oder hergestellt wurden, als sich das Ereignis zutrug, das den Anspruch begründet. Fehlen zeitnahe Aufzeichnungen, geht damit der Anspruch nicht automatisch unter. Der Satz, wonach der Auftragnehmer nur Zahlung für den Teil seines Anspruches verlangen kann, den er substantiiert darlegen kann, regelt nur die Beweislast und stellt keine weiteren Anforderungen an den Unternehmer. Versäumt also der Unternehmer, nachdem er einen Anspruch angemeldet hat, zeitnahe Aufzeichnungen zu sammeln und diese dem Engineer am vereinbarten Ort zugänglich zu machen, kann dieser und ihm nachfolgend ein DAB oder Schiedsgericht den Anspruch kürzen oder auch ganz abweisen, wenn keine anderen Beweismittel vorliegen.

Was den Inhalt der Dokumentation angeht, scheidet allerdings die Zeugenvernehmung als Beweismittel aus. Das ergibt sich aus der Zielstellung der FIDIC-Vertragsbedingungen. Diese liegt darin, Ansprüche der Parteien in einem geordneten Verfahren zu klären, und

¹⁵ Brück in: Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Auflage, F II, Rdnr. 240; Malmann, S. 288; Hilders in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 4. Auflage, 2010, FIDIC Red Book, Rdnr. 211

¹⁶ Insoweit handelt es sich bereits um eine erhebliche Abmilderung der Sanktion im Vergleich zu den 1998 herausgegebenen Testversionen des FIDIC Red Books, denn auch dort wurde die Obliegenheitsverletzung mit einer Präklusion bestraft (vgl. Kus/Markus/Steding – Die neuen FIDIC-Verträge, Jahrbuch Baurecht 2002, S. 250)

¹⁷ Kus/Markus/Steding, a.a.O., S. 250

¹⁸ Kus/Markus/Steding, a.a.O., S. 250

¹⁹ CV 2008, 04881-IBR 2011, 1112 (Hök)

zwar möglichst zeitnah. Dies schließt es aus, dass sich der Unternehmer auf Zeugen berufen darf. Zu verlangen sind zeitnahe Aufzeichnungen, die nicht länger als einige Wochen nach dem jeweils relevanten Ereignis erstellt wurden²⁰. Zeugen dürfen nur ausnahmsweise gehört werden, und zwar um aufzuzeigen, wie und wann die Aufzeichnungen erstellt wurden und um Unklarheiten in den Aufzeichnungen aufzuklären²¹.

Im Ergebnis führt eine unzureichende oder verspätete Dokumentation bzw. Substantiierung zwar nicht zur Präklusion, wohl aber zu Folgen bei der inhaltlichen Bewertung der Ansprüche. Denn nunmehr wird materiell geprüft, ob die fehlende Substantiierung oder fehlende Dokumentation, letztlich eine Obliegenheitsverletzung, eine inhaltliche Bewertung der Ansprüche erschwert²². Auch wenn man also nicht von einer echten Präklusion sprechen kann, wird faktisch häufig eine Art Teilpräklusion vorliegen. Denn die Substantiierung und Dokumentation muss sich auf Grund und Höhe des Anspruches beziehen, insoweit wird der Unternehmer bei Mängeln oder Fehlen der Substantiierung und Dokumentation häufig eine Kürzung hinnehmen müssen.

Neu aufgenommen in das FIDIC Red Book 1999 ist allerdings eine Handlungspflicht des Engineer. Dieser muss spätestens 42 Tage nach Eingang der Anspruchsbegründung über die Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche entscheiden. Damit wurde einer für die Unternehmer sehr nachteiligen Erfahrung mit früheren Fassungen des FIDIC Red Book in der Vergangenheit Rechnung getragen. Denn wenn der angerufene Engineer untätig geblieben ist, war dem Unternehmer damit der Weg zum Schiedsgericht versperrt. Nunmehr muss der Engineer in dem Verfahren nach Klausel 3.5 aktiv werden. Lässt der Engineer diese Frist verstreichen, so wird der Unternehmer – ebenso wie bei Unzufriedenheit mit einer „*determination*“ des Engineer, das DAB anrufen können.

Das in Klausel 20.1 vorgesehene Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung und Zusatzvergütung bürdet dem Unternehmer einen erheblichen Aufwand mit erheblichen Risiken auf. Er muss von Anfang an den Bauverlauf detailliert und zeitnah dokumentieren, einmal um etwaige nachtragsrelevante Sachverhalte zu erkennen und innerhalb der Präklusionsfrist von 28 Tagen anzuzeigen. Darüber hinaus ist er auf die zeitnahe Dokumentation angewiesen, um seinen Anspruch wiederum zeitnah innerhalb einer weiteren Frist von 14 Tagen (also max. 42 Tage ab Kenntnis bzw. Kennen-müssen des Ereignisses bzw. der Umstände) substantiiert zu begründen und die Dokumentation zur Einsichtnahme bereitzuhalten. Das verlangt von Anfang an eine professionelle Projektorganisation, die allerdings nicht nur Risiken, sondern auch Chancen bietet. Denn der Unternehmer muss, um seine Ansprüche zu wahren, eine Art Frühwarnsystem einrichten, um überhaupt die vertraglichen Verfahrensbedingungen erfüllen zu können. Damit ist der FIDIC-Unternehmer vielen deutschen Unternehmen weit überlegen, die oftmals ihre Zahlungsansprüche aus gestörten Bauabläufen bzw. auf Zusatzvergütung erstmals in der Klageschrift substantiiert begründen und ihre Ansprüche nachträglich von einem sog. Claim Manager aufbereiten lassen – nicht immer mit dem gewünschten Erfolg.

Vertragsbegleitendes Streitbeilegungsverfahren

Ist eine Partei mit der Engineer-Entscheidung nicht einverstanden, so kann sie nicht unmittelbar ein Gerichts- bzw. Schiedsverfahren einleiten. Sie ist nach Klausel 20 zunächst auf zwei weitere Stufen der Streitbeilegung verwiesen:

- Einleitung und Durchführung eines Adjudication-Verfahrens, Klausel 20.4, und
- bei Unzufriedenheit mit der Adjudication-Entscheidung nochmaliger Versuch einer gütlichen Einigung („*attempt to settle the dispute amicably*“), Klausel 20.5

²⁰ Islands Supreme Court, Urteil vom 14.03.2003, IBR 2006, 1107 (Hök)
(Diese Entscheidung ist allerdings zum FIDIC Red Book 1989 ergangen!)

²¹ Islands Supreme Court, Urteil vom 14.03.2003, IBR 2006, 1107 (Hök)

²² Mallmann, S. 288, Kus/Markus/Steding, S. 250

Über Sinn und Zweckmäßigkeit solcher DAB-Verfahren gibt es unterschiedliche Auffassungen. Überwiegend genießen sie international eine hohe Akzeptanz aufgrund ihrer Einsetzbarkeit schon während des Baugeschehens und wegen ihrer Kompetenz, die eine Zusammenfassung aus Schlichtung und gutachterlicher Tätigkeit darstellt²³. Aber es gibt auch Gegenstimmen, die das FIDIC-DAB-Verfahren für schlichtweg überflüssig halten und daher empfehlen, in FIDIC-Verträgen die Regelung über die Adjudication zu streichen und nur ein Schiedsgericht zu vereinbaren²⁴.

Als erste Stufe ist ein ein- oder dreiköpfiges Dispute Adjudication Board (DAB) zur Entscheidung berufen²⁵. Die Anzahl der Mitglieder wird üblicherweise im Anhang zum Angebot („Appendix to tender“) festgelegt. Sie ist abhängig von dem Umfang und der Dauer des Projektes und auch von den Sachgebieten, die möglicherweise angesprochen werden. Bei großen und komplexen Projekten wird das DAB aus drei Mitgliedern bestehen.

Die Bestellung des DAB erfolgt gem. Klausel 20.2 und 20.3. Je nachdem, ob ein permanentes oder ein ad-hoc-DAB vereinbart ist, geschieht dies entweder zu den im Anhang zum Angebot vorgesehenen Tag oder dann, wenn eine der Parteien ihre Absicht anzeigt, einen Streit vor das DAB zu bringen. Soll das DAB drei Mitglieder haben, so benennt jede Partei zunächst einen Adjudicator. Der Vorsitzende wird sodann einvernehmlich zwischen den Parteien und in Abstimmung mit den beiden DAB-Mitgliedern ernannt. In der Auswahl der DAB-Mitglieder sind die Parteien frei. Oft sind die beiden Beisitzer Ingenieure, während der Vorsitzende Jurist ist. In den Vertragsunterlagen ist häufig eine Liste mit in Betracht kommenden DAB-Mitgliedern enthalten, aus denen dann im konkreten Fall die jeweiligen Mitglieder unter den dort bezeichneten Personen ausgewählt werden. Treten bei der Konstituierung des DAB Schwierigkeiten auf, z.B. weil die Parteien sich nicht auf einen Einzel-Adjudicator oder auf einen Vorsitzenden einigen können, so ist die entsprechende Person durch eine Stelle oder eine Person („appointing entity or official“) zu benennen, die im Anhang zum Angebot für diese Aufgabe genannt ist (Klausel 20.3).

Das DAB-Verfahren selbst ist in Klausel 20.4 sowie in den im Annex zum FIDIC Red Book abgedruckten Procedural Rules geregelt. Beide Parteien haben unverzüglich nach Einleitung des Verfahrens alle maßgeblichen Dokumente und Informationen vorzulegen und auch den Zugang zur Baustelle zu gewähren. Die FIDIC Books verstehen das DAB jedoch nicht als Schiedsgericht („The DAB shall be deemed to be not acting as arbitrator(s)“). Das bedeutet zunächst, dass die Entscheidungen eines DAB nicht vollstreckungsfähig sind. Weiter ist daraus abzuleiten, dass die prozessualen Mindestanforderungen, die an ein Schiedsverfahren zu stellen sind, für ein DAB nicht gelten. Das DAB ist in der Ausgestaltung seiner Entscheidungsfindung frei. Das hat den Vorteil einer schnelleren und flexibleren Entscheidungsfindung. Die für das DAB-Verfahren geltenden Mindestanforderungen ergeben sich aus den Procedural Rules. Nach deren Ziff. 2 muss das DAB fair und unparteiisch handeln und den streitenden Parteien ausreichend Gelegenheit gewähren, zur Sache vorzutragen. Es ist also rechtliches Gehör zu gewährleisten. Eine mögliche Verhandlung ist nicht zwingend. Die weiteren Verfahrensvorschriften geben dem DAB eine weitgehende Freiheit, das Verfahren zu gestalten. So kann es inquisitorisch ermitteln und auch in Abwesenheit einer Partei verhandeln, wenn diese ordnungsgemäß geladen wurde.

Das DAB hat gem. Klausel 20.4 Abs. 4 innerhalb eines Zeitraums von 84 Tagen nach seiner Anrufung seine Entscheidung einschließlich Begründung den Parteien zukommen zu lassen. Angesichts des bereits vorausgegangenen Verfahrens zur Anmeldung und Begründung der Ansprüche gem. Klausel 20.1 i.V.m. Klausel 3.5 erscheint diese Frist sehr lang. Die Parteien haben jedoch die Möglichkeit, im Rahmen der Particular Conditions (Besondere

²³ Brück, a.a.O., Rdnr. 245; Goedel IBR 2000, 298; Haghsheno/Kilian, Jahrbuch Baurecht 2004, S. 317 ff.; Gralla/Sundermayer, BauR 2007, 1961 ff; Diederichs, Gesetzliche Adjudikation, in: FS Udo Blecken, 2011, S. 431 ff.

²⁴ Haupt, Praktikerkommentar zum FIDIC-Yellow Book, 2012, S. 84

²⁵ Bemerkenswert ist, dass im alten Red Book und Yellow Book die Aufgabe des DAB ebenfalls dem Engineer zukam. Dieser hatte also die Aufgabe und Kompetenz, über die Richtigkeit seiner eigenen Determination zu entscheiden! (vgl. Mallmann, S. 289)

Vertragsbedingungen) – also bei Vertragsschluss – abweichende Verfahrensbestimmungen zu treffen. Während des laufenden Verfahrens kann auf Vorschlag des DAB, dem beide Vertragsparteien zustimmen müssen, die Entscheidungsfrist verlängert oder verkürzt werden.

Die Kosten eines DAB-Verfahrens tragen gem. Klausel 20.2 Abs. 6 grundsätzlich beide Parteien je zur Hälfte.

Fristen für die Anrufung des DAB gibt es im Übrigen nicht. Auch dies könnte man in den Particular Conditions abweichend regeln. Denn ein großer Vorteil des DAB-Verfahrens liegt darin, dass Konflikte zeitnah und gleichsam vor Ort mit Zugriff auf die Wissensträger und die vorliegende Dokumentation verhandelt und entschieden werden können. So wird vermieden, dass die Konflikte sich weiter aufbauen und den Projektverlauf belasten. Kontraproduktiv wäre es dagegen, viele Konflikte „zu sammeln“ und in einem einzigen DAB-Verfahren entscheiden lassen zu wollen. Für solche Groß-Verfahren ist das DAB mit seinen kurzen Fristen geradezu ungeeignet.

Die Entscheidung des DAB ist gem. Klausel 20.4 Abs. 4 Satz 2 für beide Parteien vorläufig verbindlich. Sie müssen diese Entscheidung beachten, bis sie entweder im Rahmen einer Vereinbarung oder durch einen Schiedsspruch abgeändert worden ist. Auch wenn der Unternehmer mit der Adjudikationsentscheidung nicht einverstanden ist und das Schiedsgericht anrufen will, steht ihm ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zu (Klausel 20.4 Abs. 4 Satz 3). Weil die Rechtsqualität einer Adjudikationsentscheidung einem Schiedsspruch nicht gleichzusetzen ist, scheidet eine Vollstreckbarkeit aus. Die Entscheidungen haben lediglich schuldrechtliche Verbindlichkeit. Für den Fall, dass eine Partei den Adjudikationsspruch nicht befolgt, hat die andere Partei die Möglichkeit, zur Herbeiführung der Vollstreckbarkeit ein Schiedsgerichtsverfahren gem. Klausel 20.7 einzuleiten.

Sofern eine der Parteien mit der Entscheidung des DAB nicht einverstanden ist, hat sie das Recht, dies der anderen Partei innerhalb einer Frist von 28 Tagen mitzuteilen („*notice of dissatisfaction*“, Klausel 20.4 Abs. 5). Wird die notice jedoch nicht rechtzeitig der anderen Partei zugestellt, wird die DAB-Entscheidung für beide Parteien endgültig bindend (Ziff. 20.4 Abs. 7). Das ändert aber nichts daran, dass die Entscheidung nicht vollstreckbar ist.

Erfolgt die notice of dissatisfaction fristgerecht, so müssen beide Parteien einen weiteren Versuch einer „*freundschaftlichen*“ Einigung („*amicable settlement*“) innerhalb einer Frist von 56 Tagen unternehmen. Für dieses amicable settlement stellt die FIDIC jedoch keine Verfahrensordnung zur Verfügung, so dass es häufig gar nicht zu derartigen Einigungsversuchen kommt. Gleichwohl muss die 56-Tages-Frist gem. Klausel 20.5 abgewartet werden, bis die Einleitung eines Schiedsgerichtsverfahrens zulässig ist. Dies verzögert den Rechtsschutz in einem unnötigen Umfang, zumal die Einleitung eines Schiedsgerichtsverfahrens ohnehin regelmäßig viel Zeit in Anspruch nimmt. Die Parteien sollten daher erwägen, in den Particular Conditions die Klausel 20.5 („*amicable settlement*“) abzubedingen.

Endgültige Streitentscheidung

Als letzte Stufe der Konfliktentscheidung und als Kontrollinstanz zum DAB sieht Klausel 20.6 ein Schiedsgerichtsverfahren vor. Ein solches Verfahren kann nicht nur nach einer notice of dissatisfaction mit anschließendem Einigungsversuch („*amicable settlement*“) eingeleitet werden. Gleiches gilt, wenn ein DAB nicht eingerichtet wurde (Klausel 20.8) oder sich eine Partei nicht an die bindend gewordene Entscheidung des DAB hält (Klausel 20.7).

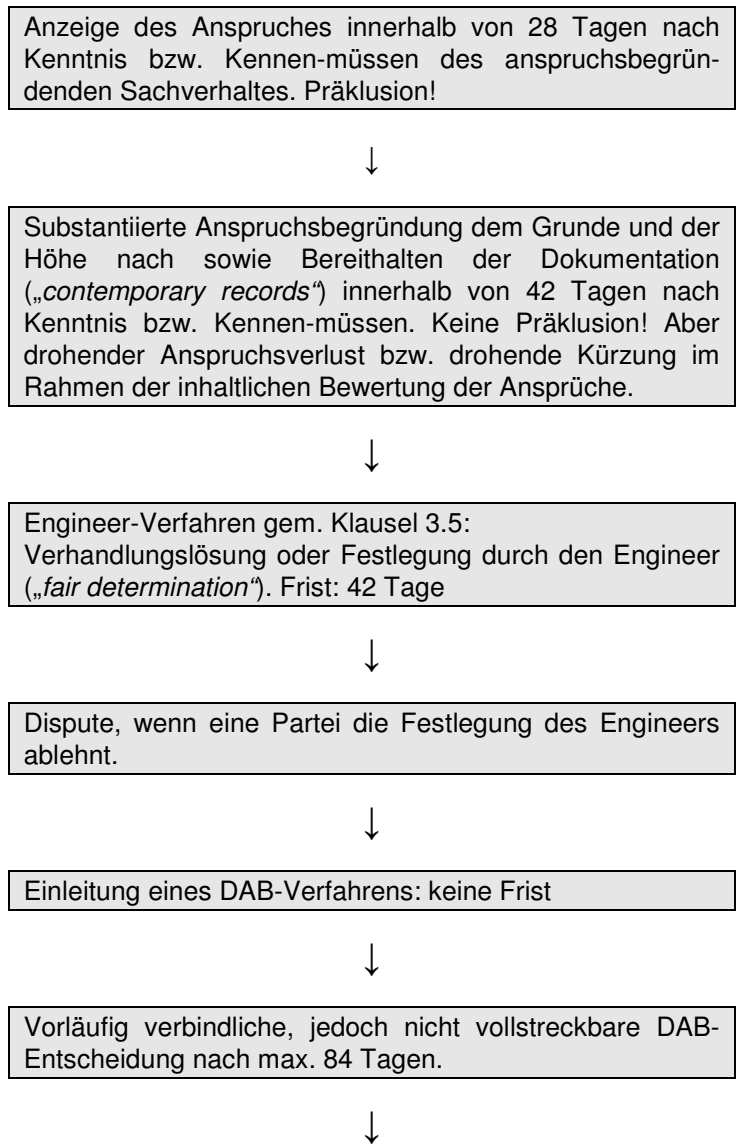
Grundsätzlich sind die Parteien frei, welche Schiedsgerichtsordnung sie in den Particular Conditions vereinbaren. Soweit eine Vereinbarung fehlt, richtet sich das Verfahren gem. Klausel 20.6 Abs 1 lit. a) nach der Schiedsordnung des International Chamber of Commerce (ICC).

Im Unterschied zu früheren Fassungen des FIDIC Red Book²⁶ kann das Schiedsverfahren auch vor Fertigstellung der Bauausführung eingeleitet werden (Ziff. 20.6 Abs. 4).

Bei ihrer Entscheidung sind die Schiedsrichter nicht an vorangegangene Feststellungen, Entscheidungen oder sonstige Akte des Engineer oder des DAB gebunden. Das Schiedsgericht ist auch nicht auf bestimmte Tatsachengrundlagen beschränkt. Eine Präklusion dergestalt, dass nur Tatsachen vorgetragen und durch das Schiedsgericht berücksichtigt werden dürfen, die bereits im Verfahren vor dem DAB eingeführt oder Gegenstand der notice of dissatisfaction waren, kennen die FIDIC-Regelwerke nicht (Klausel 20.6 Abs. 2 und 3). Insbesondere ist das Schiedsgericht nicht gehindert, den Engineer als Zeugen zu vernehmen. Entscheidender Unterschied zum DAB-Verfahren ist schließlich, dass die Entscheidung endgültig und vollstreckbar ist.

Zusammenfassung

Das Streiterledigungsverfahren nach dem FIDIC Red Book ist mehrstufig und bereits im Vertrag angelegt. Soweit es um die Geltendmachung von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung und Zusatzvergütung geht, sind folgende Verfahrensschritte zu beachten:



²⁶ so z.B. die 1. Auflage des Red Book von 1957

Ablehnung der DAB-Entscheidung durch eine Partei („*notice of dissatisfaction*“) innerhalb von 28 Tagen: nach Fristablauf wird DAB-Entscheidung endgültig verbindlich, jedoch weiterhin nicht vollstreckbar.



Einigungsversuch gem. Klausel 20.5 („*amicable settlement*“): Zeitraum 56 Tage.



Einleitung eines Schiedsgerichtsverfahrens.

Hervorzuheben ist, dass es sich hierbei um einen vertraglich vereinbarten Verfahrensablauf handelt, der von den Parteien jederzeit abweichend geregelt werden kann. Davon machen die Parteien in der Praxis auch häufig Gebrauch, indem sie Fristen abändern oder auch einzelne Zwischenschritte, z.B. das *amicable settlement*, ganz herausnehmen. In der Wahl der Schiedsgerichtsordnung sind sie frei, sie können auch die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte vereinbaren.

Das Bemerkenswerte der FIDIC-Regeln besteht darin, dass die Streiterledigung bereits mit der Kenntnis bzw. mit dem Kennen-müssen des anspruchsbegründenden Sachverhalts beginnt. Die Anzeige, die innerhalb einer Präklusionsfrist von 28 Tagen abgegeben werden muss, hat anspruchsbegründende Funktion. Daran schließt sich die Pflicht zur Substantiierung des Anspruchs dem Grunde und der Höhe nach an, mit Offenlegung der Dokumentation, wiederum fristgebunden. Dieser Zwang zur frühen Anzeige und frühen Begründung („Frühwarnsystem“) dürfte für beide Seiten heilsam sein. Der Unternehmer kann sich keine Nachlässigkeit erlauben, anderenfalls er seine Ansprüche verliert. Der Auftraggeber erhält frühzeitig begründete Informationen über die Kosten- und Terminentwicklung. Dieses Verfahren bringt eine Klarheit und Wahrheit in das Projekt, die letztlich konfliktvermeidend wirken.

Das sich anschließende DAB-Verfahren sorgt dafür, dass die Konflikte aus dem Tagesgeschäft – zumindest vorläufig verbindlich – geregelt werden, was dem Projektverlauf zugute kommt. Für den Unternehmer ist dies mit der wichtigen Konsequenz verbunden, dass das aufgrund seiner Vorleistungspflicht bestehende Liquiditätsrisiko durch ein DAB-Verfahren erheblich gemindert werden kann.

All diese Vorstufen zum letztendlichen Schieds- oder Gerichtsverfahren haben eine wichtige Filterfunktion. Dadurch werden nicht nur eine Reihe von Konflikten vorher erledigt, sondern die Konflikte, die schließlich in das Schieds-/Gerichtsstadium münden, dürften eher justitiabel sein als solche, die „*ungefiltert*“ beim Schieds-/Gericht ankommen.