

Rechtsprobleme des Anlagenvertrages

Von Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von WESTPHALEN, Köln

Die Vielzahl der rechtlichen Probleme, die sich bei der Erstellung technisch anspruchsvoller und mitunter sehr kostspieliger industrieller Großanlagen ergibt, ist bislang so gut wie nicht erforscht¹. Für Anlagenverträge gibt es bislang in Deutschland noch keinen eigenen Mustervertrag. Hingegen findet sich sowohl in Großbritannien als auch in den Vereinigten Staaten ein Standardvertrag, und zwar für Großbritannien die „General Conditions of Contract for Use in Connection with Home Contracts — with Erection“² und für die Vereinigten Staaten „The General Conditions of the Contract for the Construction of Buildings“³. Beide sind im wesentlichen der VOB (Teil B) vergleichbar, wobei allerdings anzumerken ist, daß die VOB selbst im Anlagengeschäft so gut wie nicht verwendet wird. Die englischen Bedingungen haben sich jedoch in der Praxis durchaus bewährt, wenngleich jeweils spezifische Ergänzungen beim Abschluß eines Anlagenvertrages erforderlich sind, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Demgegenüber ist bemerkenswert, daß die amerikanischen Vertragsbedingungen bisher nicht den Segen der American Bar Association (Amerikanischer Anwaltverein) erhalten haben — wohl aus der richtigen Perspektive, daß die Errichtung eines Bauwerks und die Erstellung einer industriellen Anlage sehr verschiedene Probleme aufwerfen, die jeweils fallgerecht zu bewältigen sind.

Für den europäischen Bereich gibt es daneben noch die „Allgemeinen Liefer- und Montagebedingungen für den Import und Export von Maschinen und Anlagen“, die von der Wirtschaftskommission der Vereinigten Nationen für Europa (ECE) erarbeitet worden sind. Wesentliche, dort angeführte Bedingungen haben sich in der Praxis bereits durchgesetzt, wenngleich sie einen spezifischen Anlagenvertrag im Einzelfall nicht ersetzen⁴. Einem deutlichen Bedürfnis der Praxis folgend, hat vor einiger Zeit die ECE einen Leitfaden-Entwurf über die „Abfassung von Verträgen über die Erstellung großer Industrie-Anlagen“ erarbeitet⁵, der freilich nur grobe Grundsätze aufstellt. Im folgenden soll bei der Erörterung verschiedener Rechtsprobleme jeweils auf diese vorstehend aufgeführten Bedingungen Bezug genommen werden.

Mit Kirchner⁶ ist vorab festzustellen, daß in der Regel auf die Abfassung von Anlagenverträgen zu wenig Sorgfalt verwandt wird. Es ist immer wieder zu beobachten, daß Millionenverträge über die Erstellung einer Anlage abgeschlossen werden, die nicht von einem sachkundigen Juristen überprüft worden sind. Das mag zu einem Teil darin begründet sein, daß es hierzulande immer noch keinen brauchbaren Mustervertrag oder verwendbare Grundsätze gibt. Ein anderer Grund besteht sicherlich darin, daß es nur wenige Juristen gibt, die sich in die besonderen technischen und juristischen Probleme des Anlagengeschäfts eingearbeitet haben und die in der Lage sind, einerseits technische Probleme zu erfassen und andererseits zu verstehen, den beteiligten Technikern und Kaufleuten mitunter sehr komplizierte rechtliche Probleme zu erläutern, ohne sich im juristischen Detail zu ergehen. Ohnedies ist das Verhältnis zwischen Technikern und Juristen — und das heißt ja: zwischen Natur- und Geisteswissenschaften — ein gebrochenes, und es besteht begründetes unbegründetes Mißtrauen auf beiden Seiten, das nur schwer abzutragen ist. Als Faustregel sollte indessen bei der Abfassung von Anlagenverträgen gelten: Der Jurist sollte grundsätzlich ungefähr die gleiche Zeit zur Verfügung haben, um die entscheidenden juristischen Probleme zu erörtern, wie der Kaufmann Zeit hat, über den Preis zu verhandeln und der Techniker über die noch offenen technischen Fragen zu diskutieren. Erst wenn diese Dreiteilung beachtet ist, dürfte sichergestellt sein, daß das

im Anlagengeschäft immer sehr erhebliche technisch-kommerzielle Risiko angemessen berücksichtigt ist — ein Aufgabe, die ohnedies ein mitunter beängstigend voluminöses Vertragswerk erfordert.

1. Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage

Bei der Erstellung industrieller Großanlagen gibt es naturgemäß eine Fülle von möglichen Vertragskonstruktionen, von denen einige wesentliche im Leitfaden-Entwurf der ECE aufgeführt sind⁷. Auf Einzelheiten kann hier jedoch nicht eingegangen werden, weil dies den vorgegebenen Rahmen bei weitem sprengen würde. Es sollte indessen klar sein, daß das technisch-kommerzielle Risiko des Anlagenvertrags ganz erheblich durch die Wahl der Vertragskonstruktion beeinflusst wird, davon nämlich, welche Leistungen im einzelnen vom Bauherrn, einem oder mehreren Unternehmern und Subunternehmern erbracht werden und welche Vertragsbeziehungen zwischen ihnen jeweils festgelegt sind. Das hier zur Diskussion gestellte Thema soll jedoch ausschließlich darauf beschränkt sein, einige ausgewählte Probleme des Anlagenvertrags bei der Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage zu untersuchen, weil die hierbei auftretenden Rechtsfragen die Besonderheiten des Anlagenvertrags am eindrucklichsten beleuchten und weil diese Vertragskonstruktion („turn key“) in der Praxis durchaus nicht selten vorkommt.

Der Begriff „Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage“ bedeutet nach dem Sprachgebrauch der Praxis, daß ein einziger Unternehmer (Generalunternehmer) oder ein Konsortium als Gesamtschuldner dem Bauherrn gegenüber allein verantwortlich ist, die gesamte Anlage innerhalb einer vertraglich bestimmten Frist zu erstellen und ihren fehlerfreien Betrieb dem Bauherrn nachzuweisen⁸. Dabei gilt es — bislang — als feststehend — und das rechtfertigt, wie *Ballerstedt* zu Recht bemerkt, den Schluß, es handele sich beim Anlagenvertrag um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter⁹ —, daß der Unternehmer etwaige

1 Lediglich *Soergel/Ballerstedt*, BGB, 10. Aufl., vor § 631 Anm. 62 f., erwähnt den Anlagenvertrag besonders. In der einschlägigen Literatur findet sich im übrigen nicht einmal ein Hinweis auf diesen Vertragstyp; vgl. hierzu *Herding/Schmalz*, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Aufl.; *Schmalz*, Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers; *Ingenstau/Korbion*, VOB Teil A und B, Kommentar, 5. Aufl.; *Kirchner*, Rechtliche Probleme bei Ingenieurverträgen, BB 1971 S. 67, behandelt das dem Anlagenvertrag sehr verwandte Problem des Ingenieurvertrags, beschränkt aber diesen Vertragstypus — m. E. zu Recht — auf die Fälle, in denen „keine eigene Lieferung oder Aufbauleistung (Montage)“ erfolgt.

2 1966 Edition herausg. von „The Joint Committee on Model Forms of General Conditions of Contract by the Institution of Electrical Engineers“.

3 Hrsgg. von „The American Institute of Architects“, 1963.

4 574 A und 188 A — zwei im einzelnen geringfügig unterschiedliche Dokumente, Genf 1957.

5 TRADE/WP 5/8 und 5/9 vom 17. 7. bzw. 28. 12. 1970. Daneben gibt es noch das von *Dostrasil* erarbeitete Dokument (TRADE/WP 5/3 vom 11. 11. 1969), das sich ausschließlich mit dem Rechtsproblem des Anlagenvertrags zur Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage befaßt.

6 *Kirchner*, BB 1971 S. 67.

7 Hierzu TRADE/WP 5/9.

8 So auch *Dostrasil*, a.a.O., S. 3.

9 *Soergel/Ballerstedt*, a.a.O.

Verzögerungen oder sonstige Schlechterfüllungen seiner Subunternehmer gegenüber dem Bauherrn nicht einredeweise geltend machen kann. Vielmehr haftet er unter der strengen Regel des § 278 BGB unbedingt und ohne Einschränkungen für die ordnungsgemäße und rechtzeitige Erfüllung aller übernommenen vertraglichen Verpflichtungen. Rein oberflächlich betrachtet unterscheidet sich demnach die vertragliche Verpflichtung des Unternehmers bei der Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage nicht von der eines Architekten als Generalunternehmer bei dem Bau eines schlüsselfertigen Hauses. Für den Rahmen der hier interessierenden Diskussion können wir uns daher der Ansicht von Ballerstedt nicht anschließen¹⁰. Seiner Meinung nach besteht nämlich ein typisches Element des Anlagenvertrags darin, daß der Unternehmer die Materialbeschaffungen lediglich als Beauftragter des Bauherrn und nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchführt, so daß sich die Parallele schlüsselfertige Anlage — schlüsselfertiges Haus verbiete. Bei dem von Ballerstedt angesprochenen Fall handelt es sich jedoch lediglich um einen Sonderfall, eine im Anlagengeschäft mögliche Vertragskonstruktion. Sie unterscheidet sich grundsätzlich von dem Vertrag über die Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage, weil in der von Ballerstedt angesprochenen Vertragskonstruktion das Risiko von Fabrikationsfehlern im Vertragsverhältnis Materiallieferant — Bauherr abgewickelt wird und hinsichtlich von Gewährleistungs- und sonstigen Ersatzansprüchen das Vertragsverhältnis Bauherr — Unternehmer nicht berührt.

Der Umfang der vom Unternehmer im Hinblick auf die Materialbeschaffung zu erbringenden Dienstleistungen (Auswahl der Lieferanten, Anfragen unter Berücksichtigung der verfahrenstechnischen Spezifikationen, Vorbereitung der Bestellung und Empfehlung an den Bauherrn, Terminverfolgung, Werkstattbesichtigungen, Abnahmeprüfungen, Rechnungsprüfung und Zahlungsfreigabe) ist mit Ausnahme der rechtstypischen Bestellung und der Geltendmachung etwaiger Ersatzansprüche, die ja durch den Bauherrn erfolgen, der gleiche wie bei Bestellungen des Unternehmers im eigenen Namen. Allerdings trifft den Unternehmer — wie bei einem Vertrag über die Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage — auch bei der von Ballerstedt angesprochenen Vertragskonstruktion die Beweisführungslast für die Ursachen aller möglichen auftretenden Fehler, einschließlich reiner Fabrikationsfehler. Demgegenüber ist der personelle und organisatorische Aufwand in diesen Fällen mitunter schwieriger zu kalkulieren als bei einem „turn key“-Vertrag, weil nicht klar vorauszusehen ist, ob und inwieweit die Koordination der angeführten Dienstleistungen zwischen Bauherrn und Unternehmer reibungslos erfolgt — eine Tatsache, die sich bei Exportgeschäften im Rahmen dieser Vertragskonstruktion als sehr nachteilig herausgestellt hat. Dies sei hier nur der Vollständigkeit halber angemerkt.

2. Leistungskatalog des Bauherrn

Grundsätzlich richtet sich der Leistungskatalog beim Anlagenvertrag nach der Ausschreibung oder der speziellen Anfrage des Bauherrn. Aber auch bei der Erstellung schlüsselfertiger Anlagen obliegen bestimmte Leistungen dem Bauherrn: so vor allem die Auswahl des geeigneten Standorts unter Berücksichtigung klimatischer, geologischer und physikalischer Besonderheiten, Zurverfügungstellung der erforderlichen Roh- und Hilfsstoffe für den Betrieb der Anlage, insbesondere für die Zeit des Garantienachweises entsprechend den vertraglichen Mengen und den vereinbarten chemischen Zusammensetzungen, Zurverfügungstellung ausreichenden und genügend qualifizierten Betriebspersonals für die Zeit der Inbetriebnahme und des Garantienachweises, wo ja der Unternehmer lediglich eine Aufsichtstätigkeit erbringt und last, but not least: die Zahlung entsprechend den vertraglich festgelegten Zahlungsbedingungen. In vielen Fällen wird der Bauherr darüber hinaus auch noch andere wesentliche Leistungen erbringen: etwa die Stellung ausreichender Zahlungssicherheiten¹¹, die Beschaffung erforderlicher amtlicher Genehmigungen, wie sie vor allem im Exportgeschäft vorkommen (Genehmigung des Vertrages, Betriebslizenz, Importgenehmigung, Devisentransfergenehmigung u. a.¹²). Außerdem wird der Bauherr in der Regel dafür Sorge tragen müssen, daß der Unternehmer die am Aufstellungsort gültigen und zu beachtenden technischen Normen^{13*} und behördlichen

Vorschriften ihm mitteilt, so daß er sie nur insoweit zu beachten verpflichtet ist, während der Bauherr das Risiko der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Mitteilung trägt.

Vor allem an der Erfüllung der zuletzt genannten Verpflichtungen (Normen und amtliche Genehmigungen sowie behördliche Auflagen) durch den Bauherrn wird der Unternehmer ein vitales Interesse haben, weil er selbst nur sehr schwer in der Lage sein dürfte, sich die erforderlichen Informationen lückenlos zu verschaffen und die notwendigen Genehmigungen zu besorgen. Gerade in diesem Punkt — aber auch darüber hinaus —, bei der exakten Erfassung des Leistungskataloges des Bauherrn, ergeben sich in Anlagenverträgen nicht leicht zu lösende Probleme, zumal dann, wenn eine ausländische Rechtsordnung berührt wird. Es empfiehlt sich auf jeden Fall, folgende Grundsätze in diesem Zusammenhang zu beachten:

1) Die Leistungen des Unternehmers und die des Bauherrn sind dergestalt miteinander zu verbinden, daß dem Unternehmer in den Fällen ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, in denen der Bauherr seine Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß oder nicht rechtzeitig erfüllt;

2) die Freigabe eventueller Erfüllungssicherheiten des Unternehmers (in der Regel Bankgarantien) sowie Zahlung und Abnahme der Anlage sind zweckmäßigerweise an eine Spätestfrist zu binden, so daß die jeweiligen Leistungen des Bauherrn als erbracht gelten (Abnahme) oder unbedingt fällig sind (Zahlungen und Freigabe von Erfüllungssicherheiten), falls eine bestimmte Frist verstrichen ist und die eingetretene Verzögerung auf Umständen beruht, die der „Unternehmer nicht zu vertreten“ hat; und

3) sollte, wie bereits ausgeführt, das gesamte Risiko der Beschaffung und Mitteilung behördlicher Auflagen und amtlicher Genehmigungen sowie das der anzuwendenden technischen Normen (einschließlich etwa erforderlicher Materialprüfungen und Abnahmen, z. B. vergleichbar mit TÜV) auf den Bauherrn übergewälzt werden.

Auf weitere Einzelheiten kann in diesem Zusammenhang allerdings nicht eingegangen werden, obwohl sich gerade im Exportgeschäft hier noch weitere, oft sehr erhebliche Schwierigkeiten stellen, so z. B. das Problem der Quellensteuern¹⁴, des ausländischen ordre public¹⁵, des deutschen Internationalen Privatrechts, des ausländischen Internationalen Privatrechts und des materiellen ausländischen Privatrechts¹⁶, der Schiedsgerichtsbarkeit, um nur die wichtigsten zu nennen — vom Kalkulationsrisiko, dem Zahlungs-, Transfer- und Moratoriumsrisiko und den sich daraus ergebenden Besonderheiten im Hinblick auf etwaige Sicherheiten soll hier auch nicht die Rede sein¹⁶.

3. Leistungskatalog des Unternehmers

Umfang und Inhalt der technischen und kommerziellen Leistungen bei der Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage sind naturgemäß von Anlage zu Anlage verschieden, je nach-

¹⁰ Ebenda.

¹¹ Hierzu Finger, Bankgarantien und deutsches Internationales Privatrecht, AWD 1969 S. 486.

¹² Eine sehr brauchbare Übersicht findet sich in Ratschläge für die Ausfuhr, herausgg. von der Commerzbank, April 1971.

^{13*} Hierzu statt vieler Regeln der Technik und Schadensersatz, herausgegeben von Börner, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln. Auf dieses Problem kann im Rahmen dieser Abhandlung jedoch — wie auf viele andere — nicht eingegangen werden.

¹³ Hierzu Feuerbaum, Steuerliche Erfahrungen im In- und Ausland beim Anlagengeschäft sowie bei Ingenieurleistungen, DB 1968 S. 1501, 1548.

¹⁴ Um dieses Problem auszuschalten, wird in den meisten Anlagenverträgen Zuflucht zur salvatorischen Klausel genommen. Ich persönlich neige jedoch der Ansicht zu, daß es vorzuziehen ist, die Erstellung eines Rechtsgutachtens von jeder Partei eines Anlagenvertrags in der Weise vorzusehen, daß dieses Gutachten — gerade im Hinblick auf die sich aus dem ordre public ergebenden Fragen — mit verbindlicher Wirkung für jede Partei abgegeben werden muß und die Tatsache des erstellten Gutachtens eine von mehreren Bedingungen für das Inkrafttreten des Vertrages ist. Diese Lösung hat den unmittelbaren Vorteil, den Parteien entsprechend dem Ergebnis des Gutachtens eventuell noch die Möglichkeit zur Revision des Vertragstextes zu geben. Der weitere Vorteil besteht darin, daß möglicherweise die Partei sich schadensersatzpflichtig macht, die ein fehlerhaftes Gutachten abgegeben hat.

¹⁵ Eine auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnittene Übersicht findet sich in der Sonderveröffentlichung 3/67 des VDMA.

¹⁶ Hierzu Schallehn, Garantien und Bürgschaften der Bundesrepublik Deutschland zur Förderung der deutschen Ausfuhr.

dem, ob es sich um einen Sluiddamm, ein Kraftwerk, eine petrochemische oder eine chemische Anlage, um eine Anlage des Maschinenbaus oder der Atomindustrie handelt¹⁷, ganz abgesehen davon, daß in der Regel auch Anlagen des gleichen Typs miteinander nicht notwendigerweise identisch sind. Ungeachtet dieser Vielfalt und der zwischen Bauherrn und Unternehmer vereinbarten Vertragskonstruktion ergeben sich einige rechtliche Grundtatbestände, die hier vertieft werden sollen, weil sie in der einen oder anderen konkreten Ausgestaltung für den Anlagenvertrag charakteristisch sind. Infolge der praktischen Erfahrungen des Verfassers im chemischen Anlagenbau sollen sich jedoch die Beispielfälle und auch die notwendigen technischen Bemerkungen auf diesen Bereich beschränken.

Zum Leistungskatalog des Unternehmers gehören bei einer schlüsselfertigen Anlage im wesentlichen folgende Leistungen: Beratung des Bauherrn über Standortauswahl, Kapazität und Funktionsweise der Anlage, allgemeine Planung („engineering“), verfahrenstechnische Berechnungen („basic engineering“), Statik, Elektrotechnik, Meß- und Regeltechnik, Stahlbau, Hoch- und Tiefbau, Apparatebau, Maschinenbau, Vorbereitung und Tätigung von Materialbestellungen, einschließlich Werkstattbesichtigungen und Abnahmeprüfungen, Transport, Montage nebst Montageaufsicht, Inbetriebnahme und Durchführung der Garantietests; darüber hinaus ist auch mitunter die Erstellung von Bauwerken erforderlich. Es liegt auf der Hand, daß diese Fülle vertraglicher Einzelleistungen von einem einzigen Unternehmer nicht in eigener Person erbracht werden kann. Vielmehr ist eine sehr ins einzelne gehende „Kombination verschiedenartiger Verrichtungen des Unternehmers“ erforderlich, und eine „große Anzahl von Firmen“¹⁸ ist an der Vorbereitung und Ausführung des Baus einer Anlage zu beteiligen.

Während es dem Regelfall entspricht, daß schlüsselfertige Anlagen von einer Ingenieurgesellschaft als „Generalunternehmer“ abgewickelt werden, kommt es andererseits nicht selten vor, daß ein „Generalunternehmer“ allein aus dem Grund gewählt wird, weil er in der Lage war, die „Finanzierung auf die Beine zu stellen“ und des weiteren über Möglichkeiten der Materialbeschaffung verfügt. In diesen Fällen erhöht sich jedoch das ohnehin im Anlagenbau sehr erhebliche technische und kommerzielle Risiko nicht unbeträchtlich, sofern es sich nicht um eine technisch nicht sonderlich anspruchsvolle Anlage handelt, oder sofern es nicht gelingt, das gesamte technische „Paket“ an einen einzigen Subunternehmer zu vergeben, der dann in die vertraglichen Bedingungen zwischen Bauherrn und Unternehmer „einsteigt“. Sind diese Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt, so führt die Einschaltung eines solchen Unternehmers leicht zu Ergebnissen, die für alle Beteiligten wenig zuträglich sind. Man denke in diesem Zusammenhang nur an die Schwierigkeiten, die sich bei Vorliegen eines versteckten, technisch unbekanntem Mangels in der Anlage in bezug auf die dem Unternehmer obliegende Beweisführungspflicht ergeben, nämlich nachzuweisen, auf welche technische Ursache der Mangel zurückzuführen ist und welcher Subunternehmer ihn zu vertreten hat. Wie aber soll ein technisch nicht ausreichend qualifizierter Unternehmer dieses Risiko in befriedigender Weise tragen — ganz abgesehen von den anderen, hier noch näher zu behandelnden allgemeinen Risiken des Anlagenvertrags —, ohne daß kaum sehr angenehme Schwierigkeiten im Verhältnis zum Bauherrn einerseits und im Verhältnis zum betroffenen Subunternehmer andererseits auftreten? Im Anlagengeschäft ist es daher nicht empfehlenswert, das technische und kommerzielle Risiko voneinander abzuspalten, ohne — sofern die oben angeführten tatsächlichen Gegebenheiten nicht vorliegen — ein gesamtschuldnerisch haftendes Konsortium zu bilden.

4. Der Regelfall: eine Ingenieurgesellschaft als Generalunternehmer

Anlagenverträge werden daher im allgemeinen von Ingenieurgesellschaften abgewickelt. Eine im Anlagenbau erfahrene Ingenieurgesellschaft ist auch grundsätzlich in der Lage, alle wesentlichen planungstechnischen Arbeiten, einschließlich örtlicher Bauaufsicht und Inbetriebnahme, selbst durchzuführen; außerdem verfügt sie regelmäßig über Abteilungen, die die gesamte Materialbeschaffung bewerkstelligen können. Für gewöhnlich besitzen diese Gesellschaften auch Patentrechte, Know How oder — das dürfte der Regelfall sein — eine Mischform von beiden, die sich auf das in der Anlage

zur Anwendung kommende chemisch-technische Verfahren beziehen. Sofern die Ingenieurgesellschaften jedoch nicht unmittelbar Träger der Verfahrensrechte sind, verfügen sie oft über entsprechende Lizenzen¹⁹, die ihnen Vertrieb und Bau von Anlagen nach bestimmten Verfahren ermöglichen.

Man wird aber auch dann vom Bau einer schlüsselfertigen Anlage sprechen, wenn das anzuwendende Verfahren vom Bauherrn selbst (z. B. von einem chemischen Unternehmen) oder einem Dritten — sei es als Vertragspartner des Bauherrn oder als Vertragspartner des Unternehmers, was der Regelfall sein dürfte — erbracht wird, sofern nur der Unternehmer für alle übrigen Leistungen (ausgenommen natürlich die Leistungen des Bauherrn) allein oder als Konsortium gesamtschuldnerisch verantwortlich ist. Die rechtliche Problematik, die sich aus dieser Konstellation ergibt, ist in beiden Fällen der vergleichbar, die sich beim Abschluß eines Lizenzvertrags betreffend ein chemisch-technisches Verfahren ergibt: genaue Abgrenzung der Leistungen des Verfahrensgebers gegenüber den allgemein planerischen Leistungen der Ingenieurgesellschaft, exakte Abgrenzung der dadurch entstehenden Haftungsvoraussetzungen und der jeweiligen Rechtsfolgen, weil ja eine fehlerhafte verfahrenstechnische Berechnung des Verfahrensgebers — sei es als fehlerhafte Werkstoffspezifikation, fehlerhafte Dimensionierung oder falsche Ermittlung allgemeiner verfahrenstechnischer Daten, einschließlich der „garantierten“ Leistungs- und Verbrauchszahlen der Anlage — sich unmittelbar als Mangel der Anlage auswirkt. Freilich trifft beim Anlagenvertrag über die Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage auch in diesen Fällen den Unternehmer in aller Regel die Beweisführungslast, entweder gegenüber dem Bauherrn oder gegenüber dem Dritten, dem schlußfolgernd von dem in der Anlage aufgetretenen Mangel ein Fehler innerhalb seines Leistungskatalogs nachgewiesen werden muß. Daß dies — natürlich vor allem bei nicht oder nur unzulänglich erprobten Verfahren — eine schwere Bürde ist, leuchtet ohne weiteres ein, ganz abgesehen von den Fällen, in denen die Gewährleistungspflichten des Verfahrensgebers weniger weit reichen, als seinerseits vom Bauherrn gegenüber dem Unternehmer verlangt²⁰.

5. Das Verhältnis Subunternehmer — Unternehmer

Eine der entscheidenden kommerziellen und juristischen Schwierigkeiten des Anlagenvertrags — besonders bei der Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage — liegt in dem Vertragsverhältnis der jeweils beteiligten Subunternehmer zum Unternehmer begründet. Typischerweise enthalten Anlagenverträge sehr weitreichende Erfüllungs- und Gewährleistungsverpflichtungen, außerdem sind für verschiedene Fälle nicht rechtzeitiger oder nicht ordnungsgemäßer Erfüllung der dem Unternehmer obliegenden Leistungspflichten Vertragsstrafen vorgesehen, was im einzelnen noch weiter unten erläutert werden soll.

Angesichts dieses Bündels von Risiken, die im wesentlichen aus der Anwendung der §§ 631 ff. in Verbindung mit § 278 BGB resultieren, ergibt sich oft für den Unternehmer ein Gesamtrisiko aus einem Anlagenvertrag, das nur sehr schwer kalkulierbar ist — ganz abgesehen von der Vielzahl der Fälle, in denen in der einen oder anderen Weise technisches Neuland betreten wird. Grundsätzlich haftet der Unternehmer dem Bauherrn für jede Leistungsstörung, gleichgültig, ob diese von ihm selbst oder von einem seiner Subunternehmer zu vertreten ist. Daher wird der Unternehmer bemüht sein müssen, um das Gesamtrisiko — insoweit als er selbst es nicht verursacht — in einigermaßen vertretbarem Rahmen zu halten, die einzuschaltenden Subunternehmer sehr sorgfältig auszuwählen, weil er ja dem Bauherrn nicht nur für jeden Mangel einstehen muß, sondern auch für das nahtlose Ineinandergreifen aller im Rahmen des Anlagenvertrags erforderlichen Leistungen verantwortlich ist. Der Unternehmer muß daher die von den einzelnen Subunternehmern möglicherweise ausgelösten Haftungen im Wege einzelvertraglicher Vereinbarungen — in Anlehnung an den Anlagenvertrag mit dem Bauherrn — auf diese zu überwälzen versuchen — so-

¹⁷ Hierzu *Dehler/Weitnauer/Erler/Gieseke/Brill*, Atomrecht, S. 82 ff.

¹⁸ *Soergel/Ballerstedt*, a.a.O.

¹⁹ Hierzu *Stumpf*, Der Lizenzvertrag 4. Aufl.; *ders.*, Der Know-How-Vertrag.

²⁰ Zur Kontroverse über die Rechtsgrundlage bei Gewährleistungsansprüchen, vgl. *Stumpf*, Der Lizenzvertrag, S. 134 ff.; *Stumpf*, Der Know-How-Vertrag, S. 55 ff.

weit dies praktisch möglich ist. Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nicht empfehlenswert. Während der Architekt als Generalunternehmer in aller Regel noch in der Lage sein wird, gegenüber dem Bauherrn nur insoweit zu haften, als er die eingeschalteten Subunternehmer im Regreßweg heranziehen kann — dem Architekten als Generalunternehmer bei der Erstellung eines schlüsselfertigen Hauses wird sogar eine „Treuhand- und Vermittleraufgabe zwischen dem Bauherrn und dem Nachunternehmer“²¹ zuerkannt —, gelingt bei der Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage es dem Unternehmer jedoch grundsätzlich nicht, alle ihn treffenden, nicht selbst verursachten Haftungen auf die jeweiligen Subunternehmer abzuwälzen. Das liegt nicht so sehr an der fehlenden Marktstärke von Ingenieurgesellschaften, obwohl dies auch eine nicht unerhebliche Rolle spielen mag. Entscheidender für diese Diskrepanz, für ein den Unternehmer treffendes, überschießendes, weil nicht abwälzbares Risiko im Anlagenvertrag ist vielmehr, daß Bezugspunkt aller den Unternehmer treffenden Haftungen die Gesamtanlage ist, während der Subunternehmer lediglich für seine Lieferung einsteht. Im ganzen betrachtet, erweist es sich, daß das Gesamtrisiko wesentlich größer ist als die Summe der auf die Subunternehmer entfallenden möglichen Haftungen. Da diese Tatsache für die rechtliche Qualifizierung von Anlagenverträgen sehr wesentlich erscheint, soll im folgenden im einzelnen diese Problematik dargelegt werden, wobei sich — das sei nochmals betont — dieses überschießende, nicht abwälzbare Risiko nicht aus etwaigen Leistungsstörungen ergibt, die der Unternehmer selbst zu vertreten hat.

6. Risiko der rechtzeitigen Erfüllung

Beim Bau einer schlüsselfertigen Anlage wird sich der Unternehmer gegenüber dem Bauherrn grundsätzlich verpflichten müssen, die Anlage zu einem bestimmten Termin fertigzustellen. Um den Unternehmer soweit wie möglich zu zwingen, diese Frist einzuhalten, wird sich der Bauherr in einem Anlagenvertrag regelmäßig eine Vertragsstrafe (bezogen auf Zeiteinheit: vollendete Woche, Monat, mitunter auch pro Tag und maximiert auf einen bestimmten Höchstwert) ausbedingen. Daß der Bauherr hingegen darauf besteht, Schadensersatz für Verzug zu verlangen, § 636 BGB, kommt in der Praxis so gut wie nie vor — allenfalls dann, wenn der Bauherr auf die Festsetzung einer Vertragsstrafe verzichtet hat, die Parteien bei Abschluß des Vertrags aber übersehen haben, daß dann die gesetzlichen Rechtsfolgen des § 636 BGB Anwendung finden, was ein leider sehr weitverbreiteter Fehler ist. Neben diesem Endtermin der vertraglich festgesetzten Fertigstellung der Anlage kommen als mögliche pönalisierte Termine auch noch andere in Frage: so das Lieferende, der Beginn oder das Ende der Montage, der Beginn der Inbetriebnahme usw.

Wichtig ist nun, daß der Beginn der unter Vertragsstrafandrohung stehenden Fristen genau festgelegt ist. Bei nahezu allen Exportgeschäften wird es sich nicht empfehlen, den Beginn dieser Fristen — und gleichzeitig auch die Laufzeit aller anderen vertraglich fixierten Fristen — an den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages zu knüpfen, sondern man wird sie erst dann einsetzen lassen, wenn alle erforderlichen amtlichen und behördlichen Genehmigungen vorliegen und die anzuwendenden technischen Normen mitgeteilt sind; anzuraten ist auch, den Erhalt der Anzahlung und etwaiger Zahlungssicherheiten als Bedingung für das Inkrafttreten des Vertrages vorzusehen. Des weiteren sollten mögliche Ereignisse, auf die der Unternehmer keinen Einfluß hat, die aber den Lauf der vertraglichen Fristen beeinflussen können, als Entlastungsgründe in den Vertrag aufgenommen werden, so z. B. Aussperrung, Streik sowie Annahmeverzug des Bauherrn, was bei vereinbarten fob-Lieferungen sehr wesentlich ist. Dies sehen auch die ECE-Bedingungen im einzelnen vor²². Auch eine Bezugnahme auf das bereits erwähnte Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bei nicht ordnungsgemäßer oder nicht rechtzeitiger Erfüllung der dem Bauherrn obliegenden Leistungen ist in diesem Zusammenhang mit der vertraglichen Verlängerung der für den Unternehmer geltenden Fristen bedenkenswert. Maßgeblich kommt es indessen auch darauf an, die jeweiligen Endtermine klar und eindeutig zu definieren. So wird man es im Anlagenvertrag bei der gesetzlichen Formulierung des § 636 BGB nicht belassen dürfen, weil der Begriff der Fertigstellung zu wenig präzise ist:

Gehören z. B. notwendige Aufräumarbeiten oder der Endanstrich (Restarbeiten) begrifflich zur Fertigstellung einer Anlage oder nicht? Um solche Auslegungsfragen zu vermeiden, wird man daher als Endtermin für die Fertigstellung der Anlage entweder den erfolgten und gelungenen Nachweis der Garantien²³ einsetzen oder, was weniger risikoreich ist, den Zeitpunkt der mechanischen Fertigstellung oder der ersten industriellen Produktion im Rahmen der Inbetriebnahme. Bei anderen Terminen wird man dokumentarische Bestätigungen vertraglich vereinbaren, so z. B. für Lieferungen die Meldung der Versandbereitschaft durch den Subunternehmer oder die Ausstellung der Versanddokumente (Verschiffungsdokumente), während man für Beginn oder Ende der Montage eine schriftliche Bestätigung des Bauherrn vorsehen wird, die allerdings — und das ist wesentlich — nicht treuwidrig verweigert werden darf, um die Fälligkeit etwaiger Vertragsstrafen an klare Tatbestandsvoraussetzungen zu binden.

Im Hinblick auf die wesentliche Frage, ob und inwieweit etwaige vom Unternehmer bezahlte Vertragsstrafen auf die betroffenen Subunternehmer abgewälzt werden können, ergibt sich im Anlagenvertrag eine Besonderheit: Je näher eine eintretende und vom Bauherrn pönalisierte Terminüberschreitung an das vertraglich vereinbarte Datum der Fertigstellung der Anlage heranrückt, um so schwieriger ist es, die etwa fälligen Ansprüche des Bauherrn wegen Verspätung im Wege des Rückgriffs auf die Subunternehmer zu überwälzen. Es entsteht vielmehr ein vom Willen des Unternehmers unabhängiges und von diesem nicht beherrschbares überschießendes Risiko. Das soll an einigen Beispielen erläutert werden:

Für den Fall eines pönalisierten Lieferverzugs wird der Unternehmer grundsätzlich bestrebt sein, den Vertragsstrafanspruch in seinem Vertrag mit dem Bauherrn auf einen bestimmten Prozentsatz des jeweils verspäteten Liefergegenstandes zu begrenzen (z. B. 5 % maximal, 1 % pro vollendete Woche Verzug). Eine solche Pönalverpflichtung wird auch in der Regel vom Subunternehmer als branchenüblich übernommen. In gleicher Weise kann auch im allgemeinen eine Vertragsstrafe auf den das Verfahren zur Verfügung stellenden Dritten abgewälzt werden, wenn z. B. im Vertrag Bauherr — Unternehmer vorgesehen ist, daß die verfahrenstechnischen Dokumente zu einem bestimmten Termin dem Bauherrn zur Genehmigung vorgelegt werden müssen und für den Fall der Verspätung eine Vertragsstrafe festgelegt ist. Schwieriger sind unter diesem Aspekt jedoch die Fälle, in denen ein Transportschaden den Untergang oder die wesentliche Verschlechterung der zu transportierenden Sache zur Folge hat und dadurch der vertraglich vorgesehene pönalisierte Endtermin (möglicherweise auch andere pönalisierte Termine) nicht erreicht werden können. Denn die Transportversicherung deckt solche Ansprüche, weil sie ja Mangelfolgeschäden sind, nicht ab. Die gleiche Überlegung gilt für den Fall, daß ein wesentlicher Montagefehler vorkommt, obschon aus einer Verspätung der Montage resultierende Ansprüche des Bauherrn — zumindest zu einem Gutteil — auf den betreffenden Subunternehmer meistens überwälzt werden können, nicht jedoch weitergehende Ansprüche, z. B. wegen verspäteten Garantienachweises.

Am problematischsten sind jedoch die Fälle, in denen ein Fabrikationsfehler während der Inbetriebsetzung es dem Unternehmer unmöglich macht, die vertraglich zugesicherte Frist für den erfolgreichen Nachweis der Garantien einzuhalten. Die insoweit bestehenden Pönalansprüche des Bauherrn sind nämlich im allgemeinen prozentual am Wert der Anlage ausgerichtet und damit unverhältnismäßig größer als vom betreffenden Materiallieferanten eingeräumt, dessen Bezugsgröße allein der Wert seines Liefergegenstandes ist, wobei der Ersatz etwaiger Mangelfolgeschäden regelmäßig von diesem ausgeschlossen ist²⁴. Infolge der Tatsache, daß nach herrschender Ansicht im Anlagenvertrag Werkvertragsrecht An-

21 *Ingenstau/Korbion*, a.a.O., Anhang 47.

22 Artikel 10 und 25 in 574 A und 188 A.

23 Wie im folgenden noch dargelegt werden wird, soll dieser juristisch sehr schillernde Ausdruck in Angleichung an den Sprachgebrauch der Praxis verwandt und als unselbständiges Garantieversprechen bewertet werden.

24 *Rehbinder*, Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S. 42, 52, 62 und passim.

wendung findet und eine Haftung für Subunternehmer gemäß § 278 BGB besteht, gibt es in all den Fällen eines derart überschießenden, vom Unternehmer weder voraussehbaren noch beherrschbaren Risikos für diesen nur die Alternative, entweder das Geschäft wegen dieses Risikos der Konkurrenz zu überlassen, oder dieses Risiko irgendwie einzukalkulieren, wobei freilich der Akzent dieses Halbsatzes deutlich auf dem „irgendwie“ liegt. Abgesehen von diesem Risiko ergibt sich aus denselben Tatsachen regelmäßig noch ein weiteres Risiko: Infolge der eingetretenen Verzögerungen — sie können wegen des Spezialcharakters der Materialausrüstungen im Fall eines Fehlers ohne weiteres 12 Monate und mehr betragen — ist der Unternehmer gezwungen, zu einem späteren Zeitpunkt die Inbetriebsetzung der Anlage durchzuführen und dabei die gleichen Tagessätze²⁵ in Rechnung zu stellen, wie wenn die Anlage fristgerecht in Betrieb gesetzt worden wäre. Selbst eine Preisgleitklausel hilft hier dem Unternehmer nicht weiter, weil die eingetretene Verzögerung von ihm zu vertreten ist, so daß im allgemeinen eine Gleitung ausscheidet, obschon sie wegen der allgemeinen inflationären Entwicklung — kommerziell betrachtet — erforderlich wäre.

7. Risiko der Gefahrtragung

Potenziert wird dieses vom Unternehmer bei der Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage zu tragende Risiko, wenn man das Problem der Gefahrtragung betrachtet. Der Subunternehmer regelt grundsätzlich in seinen Lieferbedingungen — und daran ändert auch eine einzelvertragliche Regelung selten etwas —, daß der Gefahrübergang in dem Augenblick stattfindet, in dem er den Liefergegenstand ausliefert. Hat jedoch der Subunternehmer als zusätzliche Verpflichtung — dies wird der Unternehmer aus Gründen der organisatorischen Vereinheitlichung anstreben — den Transport und die Montage übernommen, so wird für gewöhnlich die Gefahr dann übergehen, wenn die mechanischen Prüfungen ergeben haben, daß der Liefergegenstand einwandfrei funktioniert, so daß einer Abnahme nichts mehr im Wege steht, § 640 BGB²⁶. Der Unternehmer seinerseits aber kann — nach der Logik des § 640 BGB — den Gefahrübergang für die gesamte Anlage erst für den Zeitpunkt festlegen, daß der Bauherr die Abnahmebescheinigung ausgestellt hat.

Gerade an diesem Punkt hat es sich gezeigt, daß die Praxis²⁷ wegen des sonst unvermeidbaren Ergebnisses eine Regelung anstrebt, die mit der präzisen juristischen Dogmatik nicht mehr übereinstimmt. Ähnlich wie bei einem reinen Liefergeschäft wird nämlich oft als Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Formel des *fob* oder des *cif* usw. verwendet, und zwar ungeachtet der Tatsache, daß später noch weitere Verpflichtungen des Unternehmers nachfolgen, wie Transport der Liefergegenstände vom Ankunftshafen zur Baustelle, Lagerung, Montage und Inbetriebnahme. Insoweit läßt sich also dann eine Übereinstimmung der Regelungen des Vertrages zwischen Bauherrn und Unternehmer und der jeweiligen mit den Subunternehmern abgeschlossenen Verträge erreichen. Naturgemäß wird dann jedoch eine dem § 640 BGB entsprechende Bestimmung im Vertrag Bauherr — Unternehmer nicht enthalten sein, so daß man unter einseitiger Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts der Ansicht sein könnte: der Anlagenvertrag ist ein *mixtum compositum* aus Liefervertrag und anschließendem Dienstvertrag. Davon wird weiter unten noch die Rede sein.

8. Fehlender Versicherungsschutz

Dieses den Unternehmer treffende Risiko ist indessen — soweit es nicht abwälzbar ist — auch nicht versicherbar. Die im Rahmen der vertraglichen Terminzusage aufgeführten überschießenden Risiken werden weder von der Transport- noch von der Montageversicherung umfaßt — das wurde bereits erwähnt. Auch die Haftpflichtversicherung deckt diese Schäden nicht. Grundsätzlich ist das Zeitrisko, sofern es pönalisiert ist, hierzulande nicht versicherbar. Lediglich auf dem englischen Versicherungsmarkt besteht unter gewissen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, auf die hier nicht eingegangen werden kann, die Möglichkeit einer Indeckungnahme durch eine ausgesprochene Pönalversicherung. Die hierfür zu entrichtende Prämie bemißt sich nach dem kommerziell-technischen Risiko des zwischen Bauherrn und Unternehmer abgeschlossenen Anlagevertrages. Dabei spielt freilich auch die Frage eine entscheidende Rolle, inwieweit ein Regreß des Versicherers bei einem Subunternehmer möglicher-

weise vertraglich vorgesehen ist und wie weit die Haftungsbegrenzung des Subunternehmers reicht.

9. Risiko der Materialgarantie

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf folgende Besonderheit des Anlagenvertrags der chemischen Industrie hinzuweisen: Auf Grund der verfahrenstechnisch bedingten allgemeinen Daten und Spezifikationen wird der Verfahrensgeber den Materiallieferanten alle Informationen mitteilen müssen, die für die Fertigung von Belang sind: in der Regel Dimensionierung, Werkstoffspezifikation und sonstige Konstruktionsmerkmale. Da diese Daten sich aus dem speziellen verfahrenstechnischen Know How des Verfahrensgebers ableiten, wird der Materiallieferant im allgemeinen eine diesbezügliche Haftung ablehnen. Aus diesem Grund leistet der Materiallieferant — zumindest in einem Anlagenvertrag für die chemische Industrie — nur Gewähr für einwandfreie Fabrikation, während der Unternehmer selbst gegenüber dem Bauherrn die Haftungen für richtige Konstruktion, fehlerfreie Auslegung und richtige Werkstoffspezifikation übernehmen muß.

Im Rahmen der hier angestellten, das überschießende, nicht abwälzbare Risiko des Unternehmers betreffenden Überlegungen spielt das Problem der Gewährleistungen der Subunternehmer für Fabrikationsfehler eine wesentliche Rolle. Gerade hierbei ist es sehr zweifelhaft, ob es dem Unternehmer — trotz besten Bemühens — gelingen wird, die ihn treffenden Risiken aus fehlerhafter Fabrikation nahtlos auf die Subunternehmer abzuwälzen. Ein solches Risiko ergibt sich in zweifacher Hinsicht:

- a) im Hinblick auf die Gewährleistungsfrist, die im Anlagevertrag grundsätzlich länger ist als im Verhältnis Subunternehmer—Unternehmer;
- b) im Hinblick auf den unterschiedlichen Umfang der Gewährleistungspflichten des Unternehmers gegenüber dem Bauherrn, verglichen mit seinen gegenüber den Subunternehmern bestehenden Rechten.

Die erwähnte erste Besonderheit ist vor allem durch zwei Umstände bedingt: Es wird immer wieder vorkommen, daß die Materiallieferanten entweder verschiedenen lange Gewährleistungsfristen einräumen oder diese bei unterschiedlichen Voraussetzungen beginnen lassen (z. B. ab Werk, *fob* oder frei Baustelle), ganz abgesehen davon, daß infolge der oft sehr langen Montagezeiten (12 Monate und mehr) schon dadurch Unterschiede im Hinblick auf die Dauer der Gewährleistungsfrist bedingt sind. Während die Gewährleistungspflicht des Unternehmers grundsätzlich erst mit der Abnahme der Anlage beginnen wird, beginnt die Gewährleistungspflicht der Subunternehmer spätestens mit der Beendigung der jeweiligen Montage. Allerdings hat es sich gezeigt, daß mitunter auch bei wesentlichen Ausrüstungsteilen eine dem Unternehmer günstigere Regelung zu erreichen ist.

Die wesentlichere Schwierigkeit in diesem Zusammenhang besteht indessen darin, daß das Vorliegen irgendeines Fehlers während der Montage oder der Inbetriebnahme eine Verzögerung der Durchführung des Abnahmeversuchs und folglich auch der Abnahme zur Folge hat. Für den Unternehmer entsteht dadurch eine automatische Verlängerung seiner dem Bauherrn gegenüber zugesagten Gewährleistungspflichten — ein Risiko, das nicht mehr auf die Subunternehmer abzuwälzen ist. Zu erwähnen ist jedoch, daß die ECE-Bedingungen eine Vorschrift enthalten, in der unterschiedlich lange Gewährleistungspflichten der Subunternehmer angeführt sind²⁸.

Noch deutlicher wird die aufgezeigte Problematik, wenn man den unterschiedlichen Umfang der Gewährleistungsrechte betrachtet. Entsprechend § 633 BGB wird der Bauherr in seinem Vertrag mit dem Unternehmer regelmäßig vorsehen, daß die Anlage die vertraglich zugesicherten Eigenschaften haben und frei von Fehlern oder Mängeln sein muß, die den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch einschränken oder aufheben. Etwaige Fehler in der Anlage sind deshalb zu beseitigen. Dies entspricht auch den ECE-Bedingungen: „Der

²⁵ Die Regel ist wegen des sonst sehr hohen kommerziellen Risikos in Tagessätzen abzurechnen, wohingegen die ECE-Bedingungen, Artikel 7, eine pauschale Abrechnung vorsehen.

²⁶ Hierzu OLG Stuttgart, 18. 2. 1970, BB 1971 S. 239.

²⁷ Vgl. ECE-Bedingungen, jeweils Artikel 9.

²⁸ So Artikel 23.5 jeweils.

Hersteller (Unternehmer) muß auf diese Mitteilung hin (schriftliche Rüge) den Mangel so schnell wie möglich auf seine Kosten beheben²⁹. Ähnlich ist die Regelung der englischen Bedingungen³⁰. Danach hat der Unternehmer außer der Beseitigung des unmittelbaren Fehlers auch alle übrigen Leistungen zu erbringen, die hierfür erforderlich sind, wie De- und Remontage, Gerüstaufbau, Gestellung eigenen und Verwendung des Personals des Bauherrn; ist ein Wiederanfahren der Anlage erforderlich, so fallen auch alle sogenannten Mangelbeseitigungskosten, wie Zurverfügungstellung der für den Betrieb der Anlage erforderlichen Hilfsstoffe (Wasser, Strom, Öl, Dampf etc.), unter die Rubrik des Mangelbeseitigungsschadens³¹. Diese Kosten aber übersteigen häufig die Kosten der Aufwendungen für die unmittelbare Schadensbeseitigung bei weitem.

Vom Subunternehmer aus gesehen sind aber diese Kosten, angefangen von den De- und Remontekosten, Schäden (ausgenommen freilich die unmittelbaren Aufwendungen zur Nachbesserung), für die er grundsätzlich und üblicherweise keine Haftung übernimmt, weil seine Haftung auf den fehlerhaften Liefergegenstand beschränkt ist. Wie schwierig deswegen die Regelung dieses Problems in einem Anlagenvertrag ist, läßt sich aus den ECE-Bedingungen ersehen³². Dort heißt es nämlich: „Hat nach Nr. 7 dieses Artikels die Reparatur am Aufstellungsort zu erfolgen, so werden, wenn sich die Parteien nicht einigen, alle Reise- und Aufenthaltskosten des Personals des Herstellers sowie die Kosten und Gefahren des Transports des Materials und der notwendigen Werkzeuge vom Schiedsrichter nach billigem Ermessen unter den Parteien aufgeteilt.“ Diese Regelung ist jedoch derart schwerfällig, daß sie in der vorliegenden Form von der Praxis kaum anerkannt werden dürfte, zumal gerade beim Anlagenbau — wie angedeutet — die überwiegende Kostenlast im Rahmen einer Reparatur an der Baustelle anfällt, also gerade der Fall als Regel eintritt, den die Verfasser der ECE-Bedingungen offenbar als Ausnahme betrachtet haben.

10. Notwendige Beschränkung der Erfüllungs- und Gewährleistungspflichten

Aus der Überlegung heraus, daß der Umfang der Erfüllungs- und Gewährleistungspflichten des Unternehmers dem Umfang nach auf die zu erstellende Anlage bezogen, die Gewährleistungspflichten der Subunternehmer aber auf die zu liefernden Gegenstände beschränkt sind, ergibt sich die Notwendigkeit, die diesbezüglichen Ansprüche des Bauherrn zu beschränken. Ähnlich wie bei der Gefahrtragung hat es sich auch hier — wenngleich in wesentlich geringerem Umfang — in der Praxis durchgesetzt, daß die Erfüllungs- und Gewährleistungspflichten des Unternehmers weitgehend eingeschränkt sind. Im einzelnen zeigen sich hierbei natürlich Varianten. Dennoch dürfte es — wenigstens im Rahmen der Ersatzlieferung feststehen, daß die diesbezüglichen Ansprüche des Bauherrn auf Ersatzlieferung frei Baustelle (mitunter gelingt auch eine noch weitere Begrenzung, z. B. ab Werk) beschränkt sind. Der Klarheit wegen empfiehlt es sich aber — und dies ist die Konsequenz des § 633 BGB im Rahmen des Anlagenvertrags —, exakt vorzusehen, welche Leistungen im Rahmen einer solchen Reparatur dann vom Bauherrn selbst zu übernehmen sind, oder negativ ausgedrückt, nicht vom Unternehmer erbracht werden (De- und Remontage, Personalgestaltung, Materialgestellung, wie Kräne und Gerüste einschließlich Werkzeuge, Zurverfügungstellung von Roh- und Hilfsstoffen usw.).

Eine solche genaue Eingrenzung der Erfüllungs- und Gewährleistungspflichten des Unternehmers ist vor allem für die Fälle vorzusehen, in denen lediglich eine Ausbesserung des Fehlers erfolgt. Auch hierbei übersteigen die an der Baustelle erforderlichen Aufwendungen die Kosten der unmittelbaren Fehlerbeseitigung bei weitem. Die vertragliche Begrenzung der Mängelansprüche des Bauherrn bereitet jedoch in diesen Fällen erfahrungsgemäß größere Schwierigkeiten als bei der Begrenzung der Mangelbeseitigungspflichten durch Ersatzteillieferung. Meistens aber dürfte es gegenüber dem Bauherrn gelingen, wenigstens einen Teil der im Zusammenhang mit einer Ausbesserungsreparatur anfallenden Kosten auf den Bauherrn zu überwälzen, zumal dann, wenn der Unternehmer dem Bauherrn erklärt, wie unbefriedigend seine Rechtsstellung gegenüber seinen Subunternehmern ist. Die Parteien sollten indessen der klaren Regelung

dieses Problems ihre ganze Aufmerksamkeit schenken. Vor allem sollten sie vorsehen, daß der Bauherr nicht nur während der Zeit der Inbetriebnahme und des Abnahmeversuchs Personal zur Wartung und zum Betrieb der Anlage bereitstellt — der Unternehmer wird die Inbetriebnahme regelmäßig nur „leiten“ — und darüber hinaus die erforderlichen Roh- und Hilfsstoffe unentgeltlich zur Verfügung stellt, sondern sie sollten bestimmen, daß diese Verpflichtungen des Bauherrn ständig gelten — nämlich auch bei Vorliegen eines Gewährleistungsanspruchs. Da es sich bei all diesen Aufwendungen um Aufwendungen im Rahmen des Mangelbeseitigungsschadens handelt und nicht etwa, wie vielfach zu Unrecht angenommen wird, um Mangelfolgeschäden³³, ist dies die einzige Möglichkeit, um aus den gesetzlichen Gewährleistungsverpflichtungen dem Umfang nach herauszugelangen.

Die hier vorgesehene Beschränkung der gesetzlichen Erfüllungs- und Gewährleistungsverpflichtungen des Unternehmers sollte jedoch — das sei der Vollständigkeit halber festgehalten — auch für alle übrigen Fehler gelten, also für Konstruktions-, Verfahrensfehler, allgemeine Planungsfehler, um das unverhältnismäßig hohe Risiko des Anlagenvertrags zu begrenzen. Darüber hinaus gibt es natürlich noch weitere Möglichkeiten der Haftungseinschränkung, wobei die Offenlegung der von dem Subunternehmer eingeräumten Gewährleistungsrechte gegenüber dem Bauherrn die gebräuchlichste ist. Daß des weiteren alle übrigen, aus Liefergeschäften bekannten Begrenzungen der Gewährleistungspflichten³⁴ im Anlagenvertrag enthalten sein müßten, liegt auf der Hand, ist aber hier nicht von Belang, weil es sich nicht um ein spezifisches Rechtsproblem des Anlagenvertrags handelt.

11. „Garantie“ von Leistungs- und Verbrauchszahlen

Entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch im Anlagengeschäft hat es sich eingebürgert, in Anlagenverträgen von „Garantien“ im Zusammenhang mit bestimmten Leistungs- und Verbrauchsdaten der Anlage zu sprechen, einschließlich der Angabe der Kapazität. Grundsätzlich ist darunter ein selbstständiges Garantieverprechen im Sinn einer zugesicherten Eigenschaft nach Maßgabe des § 633 Abs. 1 BGB zu verstehen. Da etwas anderes von den Parteien bei Abschluß eines Anlagenvertrags regelmäßig nicht gewollt ist und auch vom Bauherrn als Empfänger der Willenserklärung nicht anders verstanden wird, braucht hier nicht auf die insoweit bestehende, bekannte Auslegungsproblematik eingegangen zu werden³⁵. Wegen der Fülle der technischen Daten und Spezifikationen ist es im einzelnen jedoch erforderlich, im Vertrag klar zu trennen zwischen den Daten, die als „Garantien“ anzusehen sind, und denen, die lediglich als unverbindliche Richtwerte aufzufassen sind. Für gewöhnlich werden die Garantiedaten dadurch gekennzeichnet, daß der Unternehmer sich für den Fall ihrer Nichterfüllung zur Zahlung einer bestimmten, maximierten Pönale verpflichtet, während er für den Fall der Nichterfüllung anderer technischer Daten lediglich insofern einsteht, als er bei Vorliegen eines Fehlers nach den erwähnten Grundsätzen die ihn nach §§ 633 ff. BGB, insbesondere § 635 BGB, treffenden Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche des Bauherrn beschränkt.

Oft ist es indessen so, daß eine fehlerhafte technische Spezifikation, z. B. ein zu klein dimensionierter Motor, sich unmittelbar als Nichterreichung der zugesagten Garantiezahl darstellt, nämlich in diesem Beispielfall möglicherweise als Nichterreichung der Leistungsdaten der Anlage. Daher wird der Unternehmer ein Interesse daran haben, nicht zweimal — erstens: im Rahmen der Pönalverpflichtung; zweitens: im Rahmen der allgemeinen Verfahrenshaftung — für denselben Fehler eintreten zu müssen. Dies gelingt ihm jedoch nur

29 Artikel 23.7.

30 Article 24 und 30. *Dostrasil*, a.a.O., S. 16, übersieht dieses praktisch hochbedeutsame Problem, indem er die Ansicht vertritt, der Unternehmer werde von den jeweiligen Subunternehmern schon voll entschädigt.

31 Hierzu statt vieler *Todt*, Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Mieters und Werkbestellers bei Sachmängeln, S. 72 ff., insbesondere S. 134 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

32 Artikel 23.9.

33 Vgl. Fußnote 31 und die dortigen Nachweise.

34 So ECE-Bedingungen, Artikel 23; vgl. auch *Rehbtnder*, a.a.O., passim.

35 Hierzu *Soergel/Ballerstedt*, a.a.O., § 633 Anm. 19; *Schmalzl*, a.a.O., S. 48, beide mit weiteren Nachweisen.

dann, wenn der Bauherr einverstanden ist, daß die Pönalverpflichtung nicht dem Grunde und der Höhe nach durch die Ergebnisse des ersten erfolglosen Abnahmeversuchs festgelegt wird, sondern daß für die Bestimmung der etwa zu zahlenden Pönalen der letzte, vertraglich zulässige, erfolglose Abnahmeversuch entscheidet. Der Unternehmer wird sich also grundsätzlich zunächst zur Mangelbeseitigung verpflichten und erst bei ihrem Fehlschlagen etwaige Vertragsstrafen zahlen. Diese Regelung hat überdies einen weiteren Vorteil: Nur so kann die häufig in Anlagenverträgen auftauchende Formel zur Geltung kommen, nach der vor der Festlegung der Pönalen für die vertraglich zugesicherten Verbrauchszahlen etwaige Mehr- und Minderverbräuche gegeneinander aufgehoben werden können. Für eine solche vertraglich vorgesehene „Kompensation“ sprechen gewichtige kommerzielle Gründe: Der Bauherr soll dann nicht Vertragsstrafen vom Unternehmer beanspruchen dürfen, wenn er die Anlage insgesamt genau so wirtschaftlich oder sogar noch wirtschaftlicher als vorausgeplant betreiben kann. Diesen erstrebenswerten Zweck erreichen die Parteien jedoch nur, wenn sie nicht nur eine allgemeine Formel verwenden, derzufolge der „wirtschaftliche Gesamteffekt“ der erreichten Verbrauchsdaten entscheidet. Vielmehr ist darüber hinaus eine Gesamtformel vorzusehen, in der genau die etwa zu einer solchen „Kompensation“ zu verwendenden Verbrauchszahlen im einzelnen nach Art, Menge, Preis an einem bestimmten Stichtag — einschließlich etwa erforderlicher Meß- und Analysentoleranzen — aufgeführt sind. Nur dann kann exakt festgelegt werden, daß für den Fall einer entstehenden negativen Differenz eine Vertragsstrafe fällig wird.

12. Besonderheiten der Abnahmeregelung nach § 640 BGB

Bei der vertraglichen Festlegung der Einzelheiten des Abnahmeversuchs wird der Unternehmer ein Interesse daran haben, daß der Nachweis der Garantien entsprechend den von ihm vorgesehenen Meß- und Analysemethoden, einschließlich etwa erforderlicher Meß- und Analysentoleranzen, erfolgt. Dabei wird er ebenfalls anstreben, den Zeitpunkt und die Dauer des Abnahmeversuchs im eigenen Interesse festzulegen. Die erfolgreiche Durchführung des Abnahmeversuchs hängt jedoch wesentlich von der befriedigenden Mitwirkung des Bauherrn ab. Gerade im Hinblick darauf sollte der Vertrag genaue Einzelheiten enthalten: über Personal sowie über Qualität, chemische Zusammensetzung und Menge der Roh- und Hilfsstoffe seitens des Bauherrn, über die von ihm zu erbringenden Dienstleistungen, ob und inwieweit diese auf Grund eines Weisungsrechts des Unternehmers erfolgen; außerdem sollten Vorschriften für etwaige Unterbrechungsfälle im Vertrag enthalten sein — getrennt in bezug auf die Rechtsfolgen, ob sie vom Unternehmer oder vom Bauherrn verursacht worden sind. Falls der Abnahmeversuch aber aus Gründen verschoben oder wiederholt werden muß, die der Bauherr zu vertreten hat, sollten z. B. Bestimmungen über die Bezahlung des Personals des Unternehmers und Fälligkeit etwa an die Abnahme gebundener Zahlungen nicht fehlen³⁶. Ist die Verschiebung des Abnahmeversuchs beträchtlich, so könnte der erneute oder erstmalige Beginn des Abnahmeversuchs von einer Unbedenklichkeitsbescheinigung betreffend den technisch befriedigenden Zustand der Anlage durch den Unternehmer oder einen technischen Sachverständigen (Schiedsgutachter) abhängig gemacht werden. Für den Fall, daß die Verschiebung schließlich so erheblich ist, daß dem Unternehmer die Durchführung des Abnahmeversuchs und die Tragung etwaiger für den Fall des Nichterreichens vorgesehener Rechtsfolgen nicht mehr zugemutet werden kann, sollte die Abnahme nach Verstreichen einer Spätestfrist fingiert werden, so daß danach alle etwaigen Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche — unter Ausschluß aller Schadensersatzansprüche, wovon später noch die Rede sein wird — des Bauherrn gegen den Unternehmer erloschen sind, und der Unternehmer Anspruch auf alle an die Vornahme der Abnahme geknüpften Zahlungen hat.

Oft wird es sich auch als zweckmäßig erweisen, Abnahmebestimmungen für bestimmte Anlageteile gesondert festzulegen, falls entweder die Gesamtanlage aus mehreren Komplexen besteht, die voneinander unabhängig fertiggestellt werden können, oder falls Teile einer einheitlichen Anlage einen Abnahmeversuch erfolgreich überstanden haben und die hierbei nachgewiesenen Garantiedaten andere Garantiedaten der gleichen Anlage nicht berühren. Im letzteren Fall

sollte aber auch konkret genug vorgesehen werden, welcher „Teil“ der Anlage von einem anderen „Teil“ in der Weise unabhängig ist, daß sowohl Abnahmeversuch als auch Teilabnahme getrennt erfolgen können. Eine solche Regelung kann dem Unternehmer nicht unerheblichen Aufwand an Personal ersparen. Im übrigen kennen auch die VOB und § 641 BGB diese Möglichkeit³⁷. Daß indes die Bestimmungen über die Abnahmeversuche von Anlagentyp zu Anlagentyp variieren, liegt auf der Hand. Dabei dürften die hier aufgezeigten Grundsätze im wesentlichen zu beachten sein, die ihrerseits eine Erweiterung der Abnahmevorschriften der ECE-Bedingungen darstellen³⁸.

13. Rechtliche Wirkungen der Abnahme

Ist der Abnahmeversuch erfolgreich durchgeführt worden, so daß die zugesicherten Spezifikationen („Garantien“) erreicht und die zufriedenstellende Funktionsweise der Anlage nachgewiesen ist, so wird der Bauherr diese Tatsache dem Unternehmer in einem schriftlichen Protokoll, der Abnahmebescheinigung, gemäß § 640 BGB bestätigen. Es empfiehlt sich allerdings, eine aktive Mitwirkungspflicht des Bauherrn bei der Ausstellung dieser Bescheinigung vorzusehen, um späteren Streit über die Ergebnisse des Abnahmeversuchs und die Auslösung etwa mit der Abnahme fällig werdender Zahlungen auszuschalten. Weigert sich jedoch der Bauherr, die Ergebnisse des Abnahmeversuchs als Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen des Bauherrn anzuerkennen, so dürfte es zweckmäßig sein, diesen Streitfall — falls eine freundschaftliche Einigung nicht zu erreichen ist — durch einen Schiedsgutachter entscheiden zu lassen. In der Regel dürfte die Einschaltung eines zur Entscheidung der strittigen tatsächlichen Fragen berufenen Sachverständigen zweckmäßiger sein als die Einberufung des im allgemeinen vorgesehenen Schiedsgerichts; denn die Beziehungen der vorwiegend technisch orientierten Parteien werden dadurch weniger stark belastet als durch die Inangasetzung eines Schiedsgerichtsverfahrens. Darüber hinaus dürfen solche Schiedsgutachten auf die Parteien überzeugender wirken als die rechtliche Bewertung von Sachverständigengutachten in Schiedsgerichtsurteilen. Demgegenüber sind jedoch Schiedsgerichtssprüche — unter bestimmten, jeweils von Rechtsordnung zu Rechtsordnung verschiedenen, rechtlichen Voraussetzungen — vollstreckbar. Das ist ein Vorteil. Ein weiterer Nachteil des Schiedsgutachtens ist, daß die Frage der Kostentragung, die ja sinnvollerweise im vorhinein geregelt wird, oft Schwierigkeiten bereitet, weil ja grundsätzlich die Partei mit den Kosten belastet werden muß, gegen die der Spruch des Schiedsgutachters ergeht. Man wird also abwägen müssen, zu welcher Lösung man sich entscheidet; eine generelle Regelung erscheint kaum angebracht, es kommt auf den Einzelfall an.

Mit der Ausstellung des datierten Abnahmeprotokolls beginnt die Gewährleistungsfrist, die im Anlagenvertrag gewöhnlich 12 Monate beträgt³⁹. Von erheblicher Bedeutung für die Risiken des Anlagenvertrags ist es, ob es dem Unternehmer gelingt, eine vertragliche Regelung abweichend von § 640 BGB vorzusehen, so daß — das sollte die Zielvorstellung sein — mit der Ausstellung des Abnahmeprotokolls alle im Abnahmeversuch erfolgreich nachgewiesenen Spezifikationen der Anlage („Garantien“) erfüllt sind und weitere Ansprüche wegen etwaiger späterer Fehler, außer Gewährleistungen für Fehler des Materials, nicht geltend gemacht werden können. § 640 BGB hilft dem Unternehmer nur dadurch, daß gemäß § 363 BGB die Abnahme der Leistung eine Umkehr der Beweislast zur Folge hat und jetzt zu Lasten des Bauherrn eingreift⁴⁰. Diese Regelung mag für gewöhnliche Werkverträge durchaus sinnvoll sein, für Anlagenverträge erweist sie sich als schwere Bürde. Wie Ballerstedt zutreffend bemerkt, rechtfertigt die Tatsache, daß bei der Erstellung von Anlagenverträgen oft technisches Neuland betreten wird, den Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen für Fehler, die bei einer vertragsgemäß durchgeführten Abnahme nicht erkennbar waren, handelt es sich doch dann bei später auftretenden

36 Hierzu ECE-Bedingungen, Artikel 22.5.

37 § 12 Nr. 2.

38 Artikel 22.

39 Während die ECE-Bedingungen die Frist offenlassen, spricht *Dost* von der gleichen Frist, S. 19. In gleicher Weise sehen die englischen Bedingungen „maintenance period“, Article 30, eine Frist von 12 Monaten vor.

40 Hierzu *Soergel/Ballerstedt*, a.a.O., § 640 Anm. 3.

Fehlern um unbekannte und nicht erkennbare Fehler. Dem Bauherrn ist jedoch regelmäßig die Berufung auf einen fehlerhaft durchgeführten Abnahmeversuch versperrt, weil er selbst bei der Feststellung der erreichten Ergebnisse mitgewirkt hat, indem er sie selbst entweder überprüft oder schriftlich bestätigt hat.

Aber selbst wenn diese Überlegung deswegen nicht durchgreift, weil im Einzelfall bei der Erstellung einer Großanlage kein technisches Neuland betreten worden ist, sollte man bedenken, daß die gesetzliche Regelung unzureichend ist. Dies folgt daraus, daß in technisch oft hochkomplizierten Anlagen eine große Anzahl von Faktoren zur Entstehung eines Fehlers beitragen kann: so z. B. unzureichende Wartung, mangelndes Know How des Betriebspersonals, fehlerhafte Befolgung der Betriebsanweisungen, Ausfall von Roh- und Hilfsstoffen, Stillstände der Anlage usw. Da dem Bauherrn — man denke nur an die Erstellung von Anlagen in Entwicklungsländern — oft das technische Know How fehlt, die technischen Ursachen aufgetretener Fehler herauszufinden, ist er auch nicht in der Lage, den beweisrechtlichen Anforderungen der §§ 363, 640 BGB zu genügen; er kann oft nur die Tatsache eines bestimmten Fehlers feststellen, alles Weitere bleibt dann dem Unternehmer überlassen. Gerade in diesen Fällen entstehen häufig für den Unternehmer große Verluste: Er fürchtet um seinen technischen Ruf und führt die Reparatur durch. Wenn ihm dann — für den Fall, daß kein von ihm zu vertretender Fehler vorliegt — wenigstens die Kosten für etwa verwendetes Reparaturmaterial ersetzt werden, kann er sich schon glücklich schätzen; die Personalkosten sind ohnedies meistens à fond perdu. Aus diesen Überlegungen heraus folgt, daß die gesetzliche Regelung hinsichtlich der Beweislastumkehr für Fehler nach der Abnahme (§§ 363, 640 BGB) in Anlagenverträgen tunlichst zu vermeiden ist, indem die Gewährleistungsansprüche für alle die Fehler der Anlage ausgeschlossen werden, die sich nicht im Abnahmeversuch gezeigt haben. Diese Regelung ist auch keineswegs unbillig. Für sie spricht vielmehr folgende Überlegung: Wenn unter fachmännischen Anweisungen und technisch einwandfreien Bedingungen die Anlage als fehlerfrei abgenommen worden ist, so spricht bei einem später auftretenden Fehler ein Beweis des ersten Anscheins für ein Vertretenmüssen des Bauherrn, weil die Fehlerquellen nach der Abnahme vorwiegend in seinem eigenen Risikobereich liegen und seine technischen Kenntnisse im Hinblick auf eine Ermittlung der Fehlerursache in aller Regel denen des Unternehmers unterlegen sind. Daher ist es weitergehend risikogerecht und keine unbillige Beschränkung der Rechte des Bauherrn (§ 242 BGB), alle Gewährleistungsansprüche, also für fehlerfreie Konstruktion, verfahrenstechnische Berechnungen und allgemeine Planungen, vom Zeitpunkt der Abnahme an auszuschließen und dem Bauherrn nur Gewährleistungsansprüche wegen fehlerhafter Fabrikation zuzugestehen.

Eine solche Beschränkung der Gewährleistungspflichten des Unternehmers ist in der Praxis allerdings nur selten zu erreichen. Wenn es nicht gelingt, so sollte jedenfalls eine klare Regelung betreffend die Beweisführungspflicht des Bauherrn im Fall eines aufgetretenen Fehlers der Anlage vorgesehen werden. Diese Bestimmung sollte dann aber auch zweckmäßigerweise dahin ergänzt werden, daß der Bauherr die gesamten Reparaturkosten, einschließlich der Kosten für die Personalstellung des Unternehmers, übernehmen muß, wenn sich nach Prüfung des aufgetretenen Fehlers durch den Bauherrn ergeben sollte, daß ein Umstand für diesen Fehler ursächlich war, den der Bauherr zu vertreten hat. Aber auch diese Regelung dürfte in der Praxis zumindest in den Ländern auf Schwierigkeiten stoßen, die — wie die meisten Entwicklungsländer — eine Devisenkontrolle ausüben und sich erfahrungsgemäß weigern, nach Genehmigung der dem Unternehmer zustehenden Vertragspreiszahlungen noch weitere Devisenzahlungen zu gestatten, ohne daß der Umfang der Leistungspflichten des Unternehmers geändert worden ist.

14. Sonstige Haftungsbegrenzungen

Für gewöhnlich enthalten Anlagenverträge zur Begrenzung der unverhältnismäßig hohen Haftungsrisiken vertragliche Klauseln, die die Haftung aus allen möglichen vertraglichen Anspruchsgrundlagen summenmäßig einschränken. Ob darunter allerdings auch die vertraglichen Erfüllungsansprüche (§ 633 BGB) fallen, hängt ebenso vom Einzelfall ab wie die möglicherweise durch diese Klausel ausdrücklich beschränkte

Haftung des Unternehmers für Patent- und sonstige Urheberrechtsverletzungen. Eigenartigerweise wird jedoch oft eine Begrenzung der Haftung des Unternehmers aus deliktischen Gründen, §§ 823 ff. BGB, nicht vorgesehen, weil dies offenbar übersehen wird. Gerade dies aber kann sich als sehr gefährlich erweisen, zumal dann, wenn man die sich hierbei ergebenden Risiken der Produkthaftpflicht in Erwägung zieht⁴¹. Für diese Haftung versagt nämlich gegenüber dem Verbraucher die vertragliche Haftungsbeschränkung⁴² genauso, wie der gewöhnliche Haftpflichtversicherungsschutz dieses Risiko nicht mitdeckt⁴³. Daß der Unternehmer indessen für das Produktrisiko als Verursacher nach deliktischen Grundsätzen haftet, kann nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Hühnerpest-Fall nicht mehr fraglich sein⁴⁴, obwohl sich diese Gesichtspunkte noch nicht allgemein herumgesprochen haben.

Über die summenmäßige Beschränkung der Haftung des Unternehmers hinaus ist es in Anlagenverträgen als branchenüblich zu betrachten, die Haftung für alle Mangelfolgeschäden, wie entgangenen Gewinn, Produktionsverlust oder Produktionsausfall, auszuschließen, so daß sich die aus § 635 BGB bekannte Problematik⁴⁵ bei einem Anlagenvertrag grundsätzlich nicht stellt. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den VDMA-Lieferbedingungen⁴⁶ ist ein solcher Haftungsausschluß auch als zulässig anzusehen. Wegen des im Anlagenvertrag ungleich größeren Risikos im Vergleich zu einem Liefergeschäft, für das diese Rechtsprechung ja in erster Linie gilt, könnte man sogar — sollten Zweifelsfragen auftauchen, ob nicht doch wegen der vertraglichen Haftungsbeschränkungen die gesetzlichen Ansprüche des Bauherrn wieder aufleben — vermutlich mit Erfolg mit dem Grundsatz des „Erst-recht“ argumentieren. Schließlich hat der Bauherr selbst bei einer nur fehlerhaft funktionierenden Anlage ungleich günstigere Möglichkeiten, selbst einen finanziellen Verlust aus der laufenden Produktion abzudecken als der Unternehmer, der eine nach gesetzlichen Grundsätzen unbegrenzte Haftung weder kalkulatorisch erfassen noch aus dem Ertrag des einzelnen Anlagengeschäfts bestreiten kann. Daß dessenungeachtet — z. B. bei Ostblockgeschäften — mitunter in Anlagenverträgen eine Haftung für Mangelfolgeschäden vorgesehen ist und vom Unternehmer akzeptiert wird, ist weniger ein Indiz für den kommerziellen Leichtsinns der betreffenden Unternehmer als ein Symptom für die Härte des Wettbewerbs im Anlagengeschäft.

Aus diesem Grund ist es auch zu erklären, daß Anlagenverträge zur Erstellung schlüsselfertiger Anlagen immer wieder abgeschlossen werden — besonders bei Anlagenverträgen für Entwicklungsländer findet sich dieser Vertragstyp. Er wird häufig gerade in diesen Ländern selbst dann gewählt, wenn der Unternehmer lediglich Spezialteile nebst allgemeiner Planung, Konstruktion und verfahrenstechnischen Berechnungen liefert, weil es dem Bauherrn regelmäßig darauf ankommt, nur einen verantwortlichen Vertragspartner (im Fall eines gesamtschuldnerisch haftenden Konsortiums einen federführenden Konsorten) als Gegenüber zu haben. Daß sich hierbei jedoch noch größere Risiken ergeben, liegt auf der Hand, vor allem wenn man daran denkt, daß die gewählte Vertragskonstruktion für den Unternehmer auch eine Haftung für die einheimischen Lieferungen und Leistungen mit sich bringt, auf deren Auswahl und Beschaffenheit er mitunter so gut wie gar keinen Einfluß hat. Aber dies kann hier nur angedeutet werden. Festzuhalten ist lediglich, daß eine ansich anzustrebende noch weiterreichende Haftungsbegrenzung des unverhältnismäßigen Risikos des Unternehmers sich nicht mit dem Hinweis erledigt, eine abweichende Vertragskonstruktion zu wählen.

41 Hierzu Simitis, DJT-Gutachten, Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung geordnet werden? In welchem Sinne?, München 1968; Graf von Westphalen, BB 1971 S. 152, beide mit weiteren Nachweisen.

42 Hierzu Simitis, a.a.O., S. 87 ff.; a. M. Weitnauer, NJW 1968 S. 1599 f.

43 Hierzu Graf von Westphalen, Die Produkthaftpflichtversicherung im amerikanischen Recht, AWD 1970 S. 8 ff., insbesondere S. 14 f. für die deutschen Verhältnisse.

44 BGH, 26. 11. 1968, BB 1969 S. 12; hierzu Diederichsen, NJW 1969 S. 269; Giesen, NJW 1969 S. 582; Rehbinder, JuS 1969 S. 208; Deutsch, JZ 1969 S. 391; Graf von Westphalen, AWD 1969 S. 388.

45 Hierzu Todt, a.a.O.

46 Hierzu z. B. BGH, 9. 7. 1970, BB 1970 S. 1025; vgl. aber auch neustens BGH, 24. 2. 1971, BB 1971 S. 413.

15. Das Problem des Vertragscharakters

Eine solche über den Rahmen der hier dargestellten Haftungsbegrenzungen hinausreichende Einschränkung der vielfältigen Risiken des Unternehmers würde sich freilich dann ergeben, wenn für den Anlagenvertrag nicht Werkvertragsrecht sondern Dienstvertragsrecht über § 675 BGB oder unmittelbar maßgeblich sein würde. Diese Lösung verbietet sich jedoch m. E. aus mehreren Gründen: Erstens hat sich die Rechtsprechung zum Architektenrecht, soweit der Architekt die Planung, die örtliche Bauaufsicht und die künstlerische Oberleitung ausführt, bereits unumstößlich zum Werkvertragsrecht hin verfestigt⁴⁷; zweitens sind die Tätigkeiten des Unternehmers — zumindest soweit er planerisch tätig ist — beim Anlagenbau der Tätigkeit eines Architekten voll vergleichbar, so daß auch insoweit Werkvertragsrecht eingreift⁴⁸; drittens sind wesentliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Erstellung einer Anlage bereits als werkvertragliche Verpflichtungen anerkannt, nämlich: Transport⁴⁹ und Montage samt Inbetriebsetzung⁵⁰; viertens sind auch die übrigen Tätigkeiten der allgemeinen Terminplanung und Koordination eindeutig auf den werkvertraglichen Erfolg gerichtet, die Anlage gemäß den vertraglich festgelegten Spezifikationen für den Bauherrn zu erstellen, so daß auch insoweit nach allgemeinen Regeln Werkvertragsrecht Anwendung findet.

Da jedoch, wie gezeigt, das überschießende, vom Unternehmer allein zu tragende Risiko im wesentlichen aus der Materialbeschaffung durch Subunternehmer beruht, könnte eine für den Unternehmer günstige Lösung darin gesehen werden, wenn — de lege ferenda oder durch besondere Parteivereinbarung — insoweit eine Haftungsbegrenzung gelten würde. Nach der von Ballerstedt angezogenen Vertragskonstruktion (der Unternehmer beschafft die Materiallieferungen namens und für Rechnung des Bauherrn) ist die Materialbeschaffung eine vertragliche Hauptpflicht und als solche als Dienstleistungsvertrag im Sinn des § 675 BGB zu bewerten. Es trifft zwar zu — und insoweit hat Ballerstedt durchaus recht —, daß der unter dieser Vertragskonstruktion stehende Anlagenvertrag „im wesentlichen“⁵¹ als Werkvertrag zur Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) anzusehen ist. Davon bleibt aber unberührt, daß den Interessen der Parteien — zumal denen des Bauherrn — auch dadurch voll Rechnung getragen wird (§ 242 BGB), wenn der Unternehmer im Rahmen der für den Bauherrn erfolgenden Materialbeschaffung für eigenes Verschulden zwar voll haftet, für das Verschulden der Materiallieferanten aber nur bei culpa in eligendo eintreten muß, wodurch die für § 675 BGB (Dienstvertrag) typische Haftung angeben ist. Im übrigen ist die Materialbeschaffung auf Grund der bei Verwendung dieser Vertragskonstruktion notwendigen vertraglichen Spezifizierung und Detaillierung der Leistungspflichten des Unternehmers so deutlich als selbständige Hauptpflicht, nämlich der Geschäftsbesorgung, charakterisiert, daß es interessewidrig wäre, auch insoweit Werkvertragsrecht anzuwenden zu wollen.

16. Ist § 278 BGB anwendbar?

Bei der für schlüsselfertige Anlagenverträge typischen Vertragskonstruktion scheidet indessen die rechtliche Qualifizierung der Materialbeschaffung als Dienstleistung aus, weil es der Vertragskonstruktion nach bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 675 BGB fehlt: der Geschäftsbesorgung für den Interessenkreis des Geschäftsherrn⁵². Es handelt sich vielmehr bei der Materialbeschaffung um Kaufrecht, das Anwendung findet, §§ 433 ff. BGB, und zwar im Sinn einer Hauptpflicht⁵³. Die gerade durch die Materialbeschaffung ausgelöste, nicht abwälzbare Haftungsbürde des Unternehmers ist jedoch nicht eine Konsequenz der §§ 433 ff., insbesondere des § 459 BGB, sondern vielmehr die Folge der stringenten Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB. Es ist daher zu überlegen, ob nicht an dieser Stelle der Hebel angesetzt werden sollte, um die unverhältnismäßig gefährliche Haftung des Unternehmers im Anlagenvertrag einzugrenzen. Begründet wird die unbedingte Einstandspflicht des Schuldners für den Erfüllungsgehilfen unter anderem damit,

daß der Gläubiger sein Vertrauen allein dem Schuldner, nicht aber dem Dritten gewährt hat, daß die Einschaltung eines Dritten die Gefahr von Leistungsstörungen erhöht, und daß der Schuldner auch die Nachteile (Haftung) der Arbeitsteilung übernehmen muß, wenn er sich durch die Einschaltung eines Dritten diese Vorteile zunutze macht⁵⁴.

Diese Erwägungen haben jedoch im Rahmen eines Anlagenvertrags zur Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage nur bedingt Gültigkeit. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Unternehmer, der ja in aller Regel keine eigenen Fabrikationsbetriebe hat, gar keine andere Wahl hat, als Materiallieferanten einzuschalten. Deshalb handelt es sich hier streng genommen überhaupt nicht um eine Arbeitsteilung zwischen Unternehmer und Subunternehmer, weil der Materiallieferant ja eine eigene, selbständige, vom Unternehmer überhaupt nicht zu erbringende Leistung übernimmt. Daraus ergibt sich, daß der Bauherr sein Vertrauen auch gar nicht allein dem Unternehmer schenkt, die Anlage ordnungsgemäß und rechtzeitig zu erstellen. Vielmehr weiß der Bauherr bei Abschluß eines solchen Vertrags ganz genau, daß der Unternehmer die Materialbeschaffung auf eigene Rechnung und eigene Gefahr durch Dritte durchführen muß; er muß Erfüllungsgehilfen mit der Erbringung der tatsächlichen Leistungen beauftragen, weil er selbst hierzu im allgemeinen gar nicht in der Lage ist. Der Unternehmer beansprucht auch gar nicht insoweit fremdes Vertrauen, die geschuldete Leistung selbst erbringen zu können oder zu wollen. Aus dem gleichen Grund trifft es nicht zu, daß durch die Einschaltung von Materiallieferanten das Risiko von Leistungsstörungen erhöht wird. Dieses bleibt völlig gleich und ist unabhängig davon, ob der Unternehmer die Bestellungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätigt, oder ob er sie (siehe Ballerstedts Vertragskonstruktion) im Namen und für Rechnung des Bauherrn erbringt. Schließlich ist es auch nur sehr bedingt richtig, dem Unternehmer als Voraussetzung der Haftung nach § 278 BGB eine Einwirkungsmöglichkeit auf den Materiallieferanten zuzuerkennen⁵⁵. Der Unternehmer wird natürlich im Rahmen seiner vertraglichen Beziehungen zum jeweiligen Subunternehmer gewisse Einwirkungsmöglichkeiten haben: Wie gezeigt, wird der Unternehmer dem Materiallieferanten die verfahrenstechnischen Spezifikationen für Werkstoffauswahl, Dimensionierung und sonstige Konstruktionsmerkmale vor Beginn der Fabrikation übermitteln. Er wird auch dann den Fortgang der Fertigungsarbeiten in den Werkstätten der Subunternehmer überwachen, bei wichtigen Kontrollen anwesend sein und schließlich die „Abnahme“ aussprechen.

Unter Berücksichtigung des Zuvorgesagten bestehen zwar Zweifel an der Anwendbarkeit des § 278 BGB im Rahmen eines Anlagenvertrags zur Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage. Aber es wäre mit den Interessen des Bauherrn nicht vereinbar, eine Erfüllungsgehilfenschaft der Subunternehmer gegenüber dem Unternehmer aus dem Grund abzulehnen, weil die rechtsdogmatischen Voraussetzungen des § 278 BGB bei einem Anlagenvertrag insoweit nicht bedenkenfrei erfüllt sind. Denn der Bauherr wählt ja gerade diese Vertragskonstruktion, um für alle eventuellen Ansprüche nur ein Gegenüber als Anspruchsgegner zu haben. Ihn für alle Ansprüche, die ihm gegen etwaige Subunternehmer erwachsen, über den Unternehmer an diese zu verweisen und den Unter-

⁴⁷ Vgl. statt aller *Soergel/Ballerstedt*, a.a.O., vor § 631 Anm. 48 ff.; *Palandt*, BGB, 30. Aufl., § 631 Anm. 4.

⁴⁸ Hierzu auch *Kirchner*, BB 1971 S. 67.

⁴⁹ Hierzu *Soergel/Ballerstedt*, a.a.O., vor § 631 Anm. 33.

⁵⁰ OLG Stuttgart, 18. 2. 1970, BB 1971 S. 239.

⁵¹ *Soergel/Ballerstedt*, a.a.O., vor § 631 Anm. 63.

⁵² *Soergel/Mühl*, a.a.O., § 675 Anm. 2 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁴ Statt aller *Soergel/Schmidt*, a.a.O., § 278 Anm. 1 ff.

⁵⁵ *Ebenda*, Anm. 3.

nehmer nur für culpa in eligendo haften zu lassen, wäre — im Augenblick jedenfalls — ein Ergebnis, das der Bauherr (und auch die Praxis des Anlagengeschäfts) keineswegs erwarten würde. Damit sollte aber nicht gesagt sein, daß dies nicht de lege ferenda anders werden könnte und m. E. auch sollte, um die unverhältnismäßig großen Risiken des Anlagenbaus in vertretbarer Weise zu verringern und um den technischen Fortschritt nicht unnötigerweise aufzuhalten.

Unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Rechtslage ist indessen daran festzuhalten, daß der Unternehmer grundsätzlich für alle Ansprüche des Bauherrn einstehen muß und es ihm dann unbenommen bleibt, etwaige Regreßmöglichkeiten gegenüber seinen Subunternehmern auszuschöpfen. Falls das hieraus resultierende Gesamtrisiko für den Unternehmer zu groß, weil nicht ausreichend kalkulierbar ist, dann bleibt es den Parteien überlassen, für den auszuhandelnden Anlagenvertrag die von Ballerstedt angezogene Vertragskonstruktion zu wählen, um im Hinblick auf die Materialbeschaffung (und Montage) ein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen dem Bauherrn und den betreffenden Subunternehmern zu begründen, wobei der Unternehmer — wie bereits dargelegt (vgl. 1) — verschiedene Dienstleistungen nach § 675 BGB übernimmt. Von einer erstrebenswerten Risikobegrenzung her betrachtet, befriedigt diese Vertragskonstruktion. Aber ihr haftet ein nicht unerheblicher praktischer Nachteil für die Abwicklung von Exportgeschäften an: Denn der Umfang des Arbeitsaufwandes, den der Unternehmer zu erbringen hat, hängt in maßgeblicher Weise von der Kooperationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft des Bauherrn ab — und dies sind Faktoren, die oft im Vorhinein bei Abschluß der Kalkulation nicht hinreichend bekannt sind. Zudem sind die geographischen Entfernungen oft ein unüberwindliches Hindernis, eine solche Vertragskonstruktion durchzuhalten. Desweiteren: Ist der Bauherr technisch in der Lage, die mit dieser Vertragskonstruktion verbundene Kontrollfunktion auszuführen, so wird er in vielen Fällen dazu übergehen, verschiedene Engineeringleistungen und Teillieferungen bei dem Unternehmer in Auftrag zu geben. Das wäre dann eine ganz andere Vertragskonstruktion als die hier besprochene. Verfügt der Bauherr jedoch nicht über das erforderliche technische Know How, diese Kontrollfunktionen durchzuführen, so wird er in aller Regel eher bereit sein, einen gewissen Aufpreis auf die Materiallieferungen zu zahlen, um im Endergebnis eine klare Regelung für alle auftretenden Haftungsfragen zu haben: Eben die Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage durch einen allein verantwortlichen Unternehmer oder ein gesamtschuldnerisch haftendes Konsortium.

Bei dieser Vertragskonstruktion sollte jedoch — unter Berücksichtigung der oben zu § 278 BGB angestellten Erwägungen — abschließend folgendes festgehalten werden: Selbst wenn es im Augenblick nicht als interessegerecht und vertretbar erscheint, die stringente Haftung des § 278 BGB im Rahmen eines Anlagenvertrags auszuschalten, so folgt daraus nicht, daß nicht in verschiedenen Fällen ein hiervon abweichendes Ergebnis gefunden werden sollte. Grundsätzlich bleibt es zwar bei der Haftung des § 278 BGB. Damit sind zunächst alle die Risiken des Unternehmers befriedigend abgedeckt, die er im Regreßwege auf die Subunternehmer überwälzen kann. Dennoch bereiten die Fälle — vom Ergebnis her — Schwierigkeiten, in denen, wie aufgezeigt, der Unternehmer ein unverhältnismäßiges, nicht abwälzbares Risiko auf Grund eines Umstandes zu tragen hat, den ein Subunternehmer zu vertreten hat. Für diese Fälle schlägt der Verfasser vor, die Grundsätze des § 242 BGB korrigierend eingreifen zu lassen, um nicht den Unternehmer allein mit diesem unverhältnismäßigen, nicht abwälzbaren Risiko zu belasten. Einschränkend sollte indessen klargelegt werden, daß der Unternehmer dadurch nicht nur die Stellung eines „Treuhanders“ zwischen Subunternehmern und Bauherrn erhält. Dies wäre — abgesehen vom Fehlen der rechtlichen Voraussetzungen für die Annahme einer Treuhand — schon

deswegen nicht gerechtfertigt, weil der Unternehmer auf Grund seiner Materiallieferungen und der Einschaltung von Subunternehmern ja auch Gewinn macht, der gleichzeitig einen Risikobetrag miteinschließt.

Aber das ist nicht der springende Punkt der hier aufgezeigten, typischen Problematik solcher Anlagenverträge. Dieser ist vielmehr darin zu sehen, daß ein unverhältnismäßiges, nicht abwälzbares Risiko auf den Unternehmer zukommt, das er allein — nach der bisherigen Rechtsauffassung — tragen muß, ohne Rücksicht auf eigenes Vertretenmüssen. In solchen Fällen sollte daher das Korrektiv des § 242 BGB eingreifen. Voraussetzung wäre freilich, daß der Unternehmer seinerseits nachweist, alles Erforderliche und Zumutbare getan zu haben, um sein Vertragsverhältnis zum Subunternehmer in Anlehnung an den Anlagenvertrag mit dem Bauherrn auszugestalten, so daß dessen Risiken — soweit wie praktisch möglich — auf den Subunternehmer überwält worden sind. Hat er dies getan, dann sollte dem Unternehmer der Einwand aus § 242 BGB zur Seite stehen. Lediglich das überschießende Risiko des Unternehmers würde damit entfallen, nicht aber sein Einstehenmüssen für alle seine übrigen übernommenen Leistungspflichten. Lediglich hinsichtlich des überschießenden, nicht abwälzbaren Risikos würde dem Unternehmer der Einwand gestattet sein, alles Erforderliche und Zumutbare im Rahmen seiner vertraglichen Leistungspflichten getan zu haben, um die Interessen des Bauherrn gegenüber seinen Subunternehmern, soweit wie möglich, sicherzustellen. Gestützt wird diese auf § 242 BGB zielende Überlegung noch dadurch, daß ja, wie bereits angedeutet, die wesentliche Verpflichtung des Unternehmers im Hinblick auf die Materialbeschaffung nicht die Materialbeschaffung als solche ist, sondern der Abschluß geeigneter Lieferverträge, durch die die Materialbeschaffung durch Dritte erbracht werden soll. Eine solche Haftungsbegrenzung hat außerdem den rechtspolitisch wünschenswerten Vorteil, den Unternehmer nicht durch die Aufbürdung kommerziell unverhältnismäßiger Risiken davon abzuhalten, technischen Fortschritt zu erproben. Das scheint entscheidend zu sein.

17. Zusammenfassung

Der Anlagenvertrag ist — zumindest in der Form des Vertrags zur Erstellung einer schlüsselfertigen Anlage — als Werkvertrag zu qualifizieren; ausgenommen davon ist die Materialbeschaffung, die — je nach Vertragskonstruktion — entweder als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter anzusehen ist, sofern sie namens und für Rechnung des Bauherrn erfolgt, oder es ist — sofern sie im eigenen Namen und für eigene Rechnung durchgeführt wird — für sie Kaufrecht maßgebend. Entscheidend für die rechtliche Beurteilung des Anlagenvertrags ist das überschießende, vom Unternehmer allein zu tragende, weil nicht abwälzbare Risiko der §§ 631 ff. BGB sowie der Terminzusage; daneben ist die Vielzahl der verschiedenen Verrichtungen in der Form der Koordination und Abstimmung zwischen einer großen Zahl beteiligter Firmen ein maßgebliches Element. Auf Grund der bisher über § 278 BGB erfolgenden stringenten Haftung des Unternehmers für seine Subunternehmer entsteht für diesen ein völlig unverhältnismäßiges Risiko, falls ein Umstand einen Fehler in der Anlage oder Verzug in ihrer Fertigstellung zur Folge hat, den ein Subunternehmer zu vertreten hat. Da die Materialbeschaffung (einschließlich Montage) dem Umfang nach zwischen 85 und 90 Prozent des gesamten Auftragsvolumens bei einer schlüsselfertigen Anlage ausmacht, kann der Unternehmer das hierdurch entstehende überschießende Risiko in einer Vielzahl von Fällen nicht angemessen und risikogerecht kalkulieren. Es ist vielmehr dann, wie dargelegt, eine korrigierende Verringerung des Haftungsumfanges des Unternehmers nach Maßgabe des § 242 BGB erforderlich. Nur so lassen sich vertretbare Ergebnisse erzielen, nur so wird die Vertragstypizität des Anlagenvertrags nicht zum Hemmschuh für notwendigen technischen Fortschritt.