

## Grenzen der Überlistung des DAB-Verfahrens nach FIDIC Einseitiges Opt-out über Ziff. 20.8 ?

Rechtsanwältin Dr. Ingrid Andres, Frankfurt am Main\*

### I. Problem

Weltweit werden Bauverträge über die Standardvertragswerke der FIDIC („*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*“) abgewickelt. Diese bieten der Bau- und Anlagenbauindustrie die Teilhabe an jahrzehntelanger Erfahrung in der Projektentwicklung und vor allem Projektabwicklung.

Für Streitfälle sehen die FIDIC-Regeln die Anrufung eines *Dispute Adjudication Boards* („DAB“) vor, dem schlichtende und schiedsgutachterliche Funktion zukommt. Das Vorliegen einer Entscheidung des DAB ist grundsätzlich Voraussetzung für die Einleitung einer gerichtlichen Auseinandersetzung, je nach Vereinbarung vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht.

Das DAB wird oft schon vor Entstehung eines möglichen Streits bestellt. Was aber, wenn dies nicht geschehen ist? Im Streitfall kann es dann zur Strategie einer der Parteien werden, die Ernennung und Entscheidung eines solchen Boards und damit die Eröffnung des Wegs für eine gerichtliche Auseinandersetzung zu verhindern. Kann die andere Partei dann direkt das Gericht anrufen? Um diese Frage ranken sich zurzeit Entscheidungen höchster Gerichte.

### II. Ausgangspunkt

Während das für reine Bauleistungen gedachte *Red Book* einen ständigen DAB vorsieht, der an dem im Anhang zum Angebot vorgesehenen Tag zu bestellen ist und dessen Funktionsperiode mit der Abgabe der Entlastungserklärung durch den Unternehmer (Ziff. 14.12 FIDIC) endet, ist in dem an den Anlagenverträgen orientierten *Yellow Book* und in dem für *Engineering-Procurement-Construction* („EPC“-)Verträge vorgesehenen *Silver Book* ein ad-hoc-DAB vorgesehen, das innerhalb von 28 Tagen, nachdem eine Partei angezeigt hat, dass sie das DAB anrufen will, zu benennen ist. Für diese beiden Bücher empfiehlt die FIDIC-Guidance die Einrichtung eines ständigen DAB, wenn das Projekt einen bedeutsamen Umfang erreicht.<sup>1</sup> Von diesen Vorgaben kann jedoch abgewichen werden.<sup>2</sup>

Das DAB soll gemäß Ziff. 20.2 FIDIC entweder aus einem oder aus drei Mitgliedern bestehen. Die Anzahl der Mitglieder sollte grundsätzlich von der Größe und Schwierigkeit des Projekts abhängig gemacht werden.<sup>3</sup> Das FIDIC empfiehlt in der Guidance ein mit drei Mitgliedern besetztes DAB erst ab einem Projektvolumen von mehr als USD 25 Mio.<sup>4</sup>

Das DAB soll auch dann aus drei Personen bestehen, wenn die Parteien keine anderweitige Vereinbarung treffen. Die Benennung

des oder der Mitglieder soll von den Parteien gemeinsam vorgenommen werden. Soll nur ein Mitglied bestellt werden, muss dessen Benennung einvernehmlich erfolgen. Sollen drei Mitglieder bestellt werden, bestimmt jede Partei zunächst jeweils ein Mitglied. Die beiden benannten Mitglieder bestimmen dann den Vorsitzenden, der von den Parteien wiederum bestätigt werden muss.

Der Vertrag zur Beauftragung der DAB-Mitglieder wird in Form eines dreiseitigen Vertrags mit den beiden Parteien geschlossen.<sup>5</sup>

Nach Ziff. 20.3 FIDIC soll die in den Besonderen Bedingungen (*Silver Book*) bzw. im *Appendix to Tender* (*Yellow* und *Red Book*) vorgesehene Person oder eine sonstige dafür vorgesehene Stelle auf Nachfrage einer oder beider Parteien nach Rücksprache mit beiden Parteien endgültig und bindend entscheiden, wenn sich die Parteien nicht über das einzig vorgesehene Mitglied des DAB, den Vorsitzenden eines Dreier-Gremiums oder ein Ersatzmitglied einigen können oder eine Partei die Benennung verabsäumt.

Daneben steht Ziff. 20.8 FIDIC. Danach darf ein Gericht unmittelbar angerufen werden, wenn das DAB „*aufgrund des Ablaufs der Beauftragung ... oder aus anderen Gründen nicht besteht*“.

In jüngster Zeit mehren sich die Diskussionen um die Frage, in welchen Fällen der DAB „*aus anderen Gründen*“ nicht besteht. Kern der Auseinandersetzung ist die Frage, ob Ziff. 20.8 FIDIC ein einseitiges Opt-out Recht aus dem DAB-Verfahren begründet und die Entscheidung des DAB durch Verzögerungstaktiken umgangen werden kann.

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin der Kanzlei Hogan Lovells International LLP, Frankfurt am Main. Der Beitrag entstand auf Anregung von Herrn Ulrich Helm, ebenfalls Rechtsanwalt der Kanzlei Hogan Lovells International LLP, Frankfurt am Main.

1 Hilgers/Kaminsky, in: *Leinemann, VOB/B*, 2013, Anhang, Rn. 452.

2 Demblin/Mörth, *FIDIC Bau- und Anlagenbauverträge*, 2013, Rn. 499; Mallmann, *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, 2002, S. 290 f.

3 Weselik/Hamerls, *HB des internationalen Bauvertrags*, 2015, S. 281.

4 Hilgers/Kaminsky, in: *Leinemann, VOB/B*, 2013, Anhang, Rn. 449; Mallmann, *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, 2002, S. 290.

5 Mallmann, *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, 2002, S. 292.

### III. Behandlung des Problems in Rechtsprechung und Literatur

In der Literatur wurde die Frage, in welchen Fällen Ziff. 20.8 FIDIC anzuwenden ist und - in Abgrenzung und Ergänzung dazu - unter welchen Voraussetzungen die Pflicht zur Bestellung eines DAB nach Ziff. 20.2 FIDIC und Ziff. 20.3 FIDIC besteht, zunächst nicht diskutiert. Die jüngeren Diskussionen wurden angeregt durch zwei Entscheidungen höchster Gerichte - *England und Wales High Court (Technology and Construction Court)*<sup>6</sup> vom 10. Oktober 2014 und *Swiss Federal Supreme Court vom 7. Juli 2014*<sup>7</sup>, die sich mit der Frage beschäftigen, ob die Durchführung eines DAB-Verfahrens zwingende Vorbedingung für die Anrufung des Gerichts ist.

#### 1. Stellungnahmen der Literatur

Die gängige Literatur setzt sich nicht mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen ein DAB „aus anderen Gründen“ nicht besteht.

Weselik/Hamerl<sup>8</sup> statuieren, dass der Konflikt, „wenn kein DAB eingerichtet wurde“, gemäß Ziff. 20.6 FIDIC durch ein Schiedsgericht endgültig zu entscheiden sei. Ähnlich gehen Demblin/Mörth<sup>9</sup> davon aus, dass ein Schiedsverfahren eingeleitet werden kann, wenn der DAB nicht entsprechend Ziff 20.8 FIDIC „in place“ war. Nach Hilgers/Kaminsky<sup>10</sup> gilt dies unter Verweis auf Ziff. 20.6 FIDIC, „wenn ein DAB nicht eingerichtet wurde“.

Es wird weder die Frage diskutiert, ob der DAB durch bloße Nichtbestellung übergangen werden kann, noch, in welchem Verhältnis die Pflicht zur Bestellung des DAB nach Ziff. 20.2 FIDIC und 20.3 FIDIC und die Zulässigkeit der unmittelbaren Anrufung des Gerichts nach Ziff. 20.8. FIDIC stehen und was geschieht, wenn eine Partei die Mitwirkung bei der Bestellung des DAB verweigert.

#### 2. Gerichtliche Entscheidungen

Anlass zur Diskussion dieser Fragen bieten zwei neuere gerichtliche Entscheidungen. Während das oberste Gericht von England und Wales die vorherige Anrufung des DAB als zwingend ansieht, will das oberste Schweizer Gericht zumindest „einige Ausnahmen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben“ zulassen.

Der *Swiss Federal Supreme Court* hatte am 7. Juli 2014<sup>11</sup> über einen Fall zu entscheiden, in dem der Auftragnehmer aufgrund zweier Verträge unter Vereinbarung des FIDIC 1999<sup>12</sup> eine 76 km lange Strecke einer Bundesstraße repariert hatte und von dem Auftraggeber 21.086.612 Euro verlangte. Der Auftragnehmer teilte dem Auftraggeber am 10. März 2011 unter Benennung von vier Kandidaten mit, dass er die Entscheidung eines DAB anstrebe. Der Auftraggeber verzögerte zunächst die Benennung zweier DAB-Mitglieder, des Weiteren die Ernennung des Vorsitzenden und sodann den Abschluss eines Vertrags mit den DAB-Mitgliedern. Nach 16 Monaten erhob der Auftragnehmer Schiedsklage. Das Schiedsgericht erklärte sich ungeachtet des Fehlens einer Entscheidung des DAB für zuständig, weshalb der Auftraggeber Klage gegen die Wirksamkeit dieses Schiedsspruchs beim *Swiss Federal Supreme Court* einlegte.

Das Schweizer Bundesgericht bestätigte die Entscheidung des Schiedsgerichts. Anders als das Schiedsgericht hielt es das DAB-Verfahren aber nicht für fakultativ, sondern für eine zwingende Voraussetzung des Schiedsverfahrens. Es berücksichtigte die hinter dem FIDIC stehenden Erwägungen zur effizienten, wirtschaftlichen und schnellen Streitbeilegung in den streitanfälligen Bereichen der Bauindustrie und des Anlagenbaus. Darüber hinaus begründete das Schweizer Bundesgericht, dass das englische Verb „shall“ in Ziff. 20.2 FIDIC („Disputes shall be adjudicated by a DAB ...“) eine Verpflichtung begründe und dies auch im FIDIC *Gold Book*<sup>13</sup> klargestellt werde. Ziff. 20.6 FIDIC stelle klar, dass die Entscheidung des DAB eine *conditio sine qua non* für die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens sei, wenn kein Fall von Ziff. 20.7 FIDIC (Nichteinhaltung der Entscheidung des DAB) oder von Ziff. 20.8 FIDIC vorliege. Ziff. 20.8 FIDIC könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass das Gericht immer dann unmittelbar angerufen werden dürfe, wenn - unabhängig von den Gründen - kein DAB eingerichtet sei. „Such a conclusion would ultimately turn the alternate dispute resolution mechanism devised by FIDIC into an empty shell“. Ziff. 20.8 FIDIC beziehe sich zunächst auf den Fall, dass der Auftrag für einen ständigen DAB vor Entstehung des Streits zwischen den Parteien abgelaufen sei.<sup>14</sup> „Aus anderen Gründen“ könne die Entscheidung des DAB nicht nur - wie der Auftraggeber meine - aus objektiven, vom Willen der Parteien unabhängigen Gründen, sondern auch etwa bei der Unnachgiebigkeit einer Partei entbehrlich sein. Diese Ausnahmefälle ergäben sich aus dem Grundsatz des guten Glaubens, der das Verhalten der Parteien während des Verfahrens beherrsche und es verbieten könne, sich auf das Fehlen einer DAB-Entscheidung zu berufen. Sie würden aber nichts daran ändern, dass die Entscheidung des DAB grundsätzlich zwingende Vorbedingung der Anrufung des Gerichts sei.

Der *England and Wales High Court (Technology and Construction Court)* entschied in dem Fall *Petersborough City Council („Council“)* gegen *Enterprise Managed Service Ltd. („EMS“)* am 10. Oktober 2014,<sup>15</sup> dass die Verweisung des Rechtsstreits an ein DAB unter den FIDIC-Vertragsbedingungen zwingend und die Entscheidung des DAB eine Vorbedingung für eine endgültige gerichtliche Entscheidung sei.

6 [2014] EWHC 3193 (TCC).

7 Az. 4A\_124/2014.

8 Weselik/Hamerl, HB des internationalen Bauvertrags, 2015, S. 286, 290.

9 Demblin/Mörth, FIDIC Bau- und Anlagenbauverträge, 2013, Rn. 526.

10 Hilgers/Kaminsky, in: Leinemann, VOB/B, 2013, Anhang, Rn. 464.

11 Az. 4A\_124/2014.

12 Welches Buch ist nicht bekannt.

13 Gemäß Ziff. 1.2 (e) und (f) des Gold book „shall means that the Party or person referred to has an obligation under the Contract to perform the duty referred to“ whilst „may“ means that the Party or person referred to has the choice of whether to act or not in the matter referred to act or not in the matter referred to“.

14 Unter den Kommentatoren des Red Book ist umstritten, ob dann, wenn es keine Ziff. 20.8 FIDIC entsprechende Regelung gäbe und der Streit nach Ablauf des Auftrags für den ständigen DAB entstünde, unmittelbar das Gericht angerufen werden dürfte oder jeglicher Rechtsweg ausgeschlossen und nur eine gütliche Einigung zulässig wäre.

15 [2014] EWHC 3193 (TCC).

Der Fall betraf einen Auftrag zur Planung, Lieferung, Installation, Prüfung und Inbetriebnahme einer 1,5-MW-Solaranlage. Der Vertrag basierte auf dem FIDIC *Silver Book*. Dem Council sollte ein Anspruch auf Preissenkung in Höhe von £ 1.300.000 für den Fall zustehen, dass die Anlage bis 31. Juli 2011 nicht 55 kW produziert. Für den Fall, dass keine gütliche Einigung zustande kommt, sollte abweichend von Ziff. 20.6 FIDIC nicht die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, sondern die Gerichtsbarkeit von England und Wales zuständig sein. Der Council behauptete, dass die Anlage nicht die zugesicherte Energiemenge geliefert habe und verlangte den Preisnachlass. EMS wollte den Streit entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen durch einen DAB entscheiden lassen. Der Council reichte Klage ein, woraufhin EMS die Aussetzung des Verfahrens beantragte.

Der Richter Edwards-Stuart entschied, dass das Gerichtsverfahren bis zum Durchlaufen des vertraglich vereinbarten Streitbelegungsmechanismus durch die Einholung einer Entscheidung eines DAB auszusetzen sei. Die vorherige Entscheidung des DAB sei zwingend. Entgegen der Auffassung des Council gewähre Ziff. 20.8 FIDIC kein Opt-out Recht für den Fall, dass ein DAB zur Zeit der Entstehung des Streits nicht vorhanden sei und die Partei, die den Streit angefangen habe, dessen Entscheidung nicht mehr wolle. Ziff. 20.8 FIDIC gewähre nur dann ein einseitiges Recht zum Ausstieg aus dem DAB-Verfahren, wenn sich die Parteien auf die Einsetzung eines ständigen DAB geeinigt hätten und der DAB zum Zeitpunkt der Entstehung des Streits nicht mehr vorhanden sei. Andernfalls kämen Ziff. 20.2 FIDIC und 20.3 FIDIC, wonach ein DAB nach Entstehung des Streits ad hoc zu berufen ist, nie zur Anwendung.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich der Richter Edwards-Stuart auch mit der von dem Council gegen die zwingende Vorbedingung des DAB-Verfahrens angeführten „Lücke“ in der Durchsetzbarkeit der DAB-Entscheidung beschäftigte. Diese ergibt sich daraus, dass das Schiedsgericht nach Ziff. 20.4 FIDIC und Ziff. 20.7 FIDIC nur dann zur Entscheidung berufen ist, wenn eine Partei die Entscheidung des DAB nicht einhält, obwohl sie nicht innerhalb von 28 Tagen die Unzufriedenheit mit dieser erklärt hat und die Entscheidung des DAB damit bindend geworden ist. Es fragt sich daher, was geschieht, wenn eine Partei fristgemäß die Unzufriedenheit mit der Entscheidung des DAB erklärt, so dass diese zwar bindend, aber nicht endgültig ist. Der Council argumentierte, dass der erfolgreichen Partei nur die Möglichkeit der erneuten Anrufung eines DAB bliebe, dessen Entscheidung die unterliegende Partei aber wiederum ablehnen könne. Die erfolgreiche Partei hätte damit keinen Rechtsschutz. Der Richter Edwards-Stuart zog sich darauf zurück, dass sich das Problem im vorliegenden Fall nicht stelle, da das zur Entscheidung berufene staatliche Gericht intervenieren und die Entscheidung des DAB durchsetzen könne. Er ließ offen, wie die Durchsetzung in dem Regelfall, dass die Entscheidung durch ein Schiedsgericht, das nicht über entsprechende Befugnisse verfügt, erfolgen soll. Denkbar wäre, die Frage der Berechtigung der Nichteinhaltung der Entscheidung des DAB entsprechend Ziff. 20.7 FIDIC an das Schiedsgericht zu verweisen. Dagegen spricht aber, dass Ziff. 20.7 FIDIC nach seinem Wortlaut gerade das Fehlen einer Unzufriedenheitsanzeige und damit eine bindende Entscheidung des DAB voraussetzt und die Entscheidung des Schiedsgerichts durch ein staatliches Gericht durchgesetzt werden müsste. Im Sinne eines umfassenden Rechtsschutzes müsste hier die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts anerkannt werden.

Das von dem Schweizer Gericht bemühte Prinzip von Treu und Glauben zog der *Technology and Construction Court* nicht in Erwägung. Dies dürfte zum einen darauf beruhen, dass der zu entscheidende Fall dafür keine Anhaltspunkte bot, zum anderen aber auch darauf, dass dieses Prinzip dem englischen Recht fremd ist. Von daher bleibt abzuwarten, ob und gegebenenfalls mit welcher Begründung sich englische Gerichte in Fällen der unmäßigen Verzögerung von dem Grundsatz der zwingenden Vorbedingung der Durchführung eines DAB-Verfahrens lösen.

### 3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine direkte Anrufung des Gerichts nach den genannten höchstrichterlichen Entscheidungen nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist.

Ist noch kein DAB bestellt, muss das Verfahren nach Ziff. 20.2 FIDIC und 20.3 FIDIC eingehalten werden, d.h., wenn sich die Parteien nicht einigen können, die in den Besonderen Bedingungen (*Silver Book*) bzw. im *Appendix to Tender (Yellow und Red Book)* vorgesehene Person oder eine sonstige dafür vorgesehene Stelle entscheiden. Dieses Verfahren kann nach der Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts übersprungen werden, wenn es der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert.

War ein ständiger DAB bestellt und ist dieser zum Zeitpunkt der Entstehung des Streits nicht mehr vorhanden, ist gemäß Ziff. 20.8 FIDIC eine direkte Anrufung des Gerichts möglich.

## IV. Parallelwertung nach allgemeinen Grundsätzen

Eine Entscheidung deutscher Gerichte liegt noch nicht vor. Wird deutsches Recht vereinbart, dürfte sich ein Gericht im Zweifelsfall nicht nur an dem Grundsatz von Treu und Glauben, sondern auch an Institutionen orientieren, die dem DAB ähnlich sind. Da dem DAB schiedsgutachterliche und schlichtende Funktion zukommt, stellt sich die Frage, wie die Fälle gelöst werden, in denen sich die Parteien nicht auf die Einholung eines Schiedsgutachtens oder die Durchführung eines Schiedsverfahrens einigen können.

### 1. Parallelwertung zur Bestellung eines Schiedsgutachters

Der Bundesgerichtshof hat sich bereits mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, welche Folgen es hat, wenn ein vertraglich zur Bestimmung einer Leistung eingesetzter Schiedsgutachter wegfällt. Insoweit tendiert der Bundesgerichtshof in entsprechender Anwendung der §§ 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2, 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zu einer Zuständigkeit des Gerichts.

In einer Entscheidung des 2. Senats vom 6. Juni 1994 (Az.: II ZR 100/92)<sup>16</sup> hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die geschuldete Leistung durch gerichtliches Urteil zu bestimmen sei, wenn der benannte Schiedsgutachter seine Eignung zur Bestimmung der Leistung verloren hat.

<sup>16</sup> BGH, NJW-RR, 1994, 1314 ff.

In dem zur Entscheidung anstehenden Fall hatte der Kläger den Gutachter, der die Höhe des Kaufpreises für Geschäftsanteile durch Schiedsgutachten bestimmen sollte, einseitig beauftragt. Der Bundesgerichtshof stellte im Anschluss an das Berufungsgericht fest, dass zwar auch ein Vertragspartner allein den Schiedsgutachter beauftragen könne, dabei müsse jedoch eindeutig offengelegt werden, dass ein für beide Seiten zu erstattendes Schiedsgutachten erstellt werden solle. In dem zur Entscheidung anstehenden Fall läge aber nur ein im einseitigen Interesse des Klägers erstelltes Privatgutachten vor.

Während das Berufungsgericht den Kläger darauf verwiesen hatte, seine Ansprüche durch ein den vertraglichen Anforderungen genügendes Schiedsgutachten nachzuweisen und seine Klage daher als zurzeit unbegründet abgewiesen hatte, behandelte der Bundesgerichtshof den Fall so, als wäre der von den Parteien vorgesehene Gutachter weggefallen und überließ die Zuständigkeit zur Bestimmung der Leistung dem Berufungsgericht. Der Bundesgerichtshof stützte sich auf eine entsprechende Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB, wonach die Bestimmung der Leistung durch Urteil erfolgt, wenn der Schiedsgutachter „die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert“. Dem sei der zur Entscheidung anstehende Fall, in dem die Bestimmung der Leistung durch einen von den Parteien dazu bestellten Dritten unmöglich geworden sei, gleichzustellen. Ein Ersatzgutachter sei nicht benannt worden. Es sei dem Kläger wegen der Ungewissheit des Erfolgs und der Verzögerung der Durchsetzung seines möglichen Zahlungsanspruchs nicht zumutbar, zunächst eine Einigung oder notfalls eine gerichtliche Entscheidung über die Bestellung eines anderen Gutachters herbeizuführen. § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB liege der Gedanke zugrunde, dass die Leistung immer dann durch das Gericht bestimmt werden solle, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweise. Entschieden sei dies etwa für den Fall, dass der ursprünglich vereinbarte Schiedsgutachter weggefallen sei.<sup>17</sup> Gleiches müsse gelten, wenn der vorgesehene Schiedsgutachter kein Schiedsgutachten, sondern ein Gutachten im einseitigen Interesse der einen Vertragspartei erstattet habe, so dass dieser die Eignung zur Bestimmung der Leistung verliere.

Ebenso gab der 5. Senat in einem Urteil vom 30. März 1979<sup>18</sup> einer Klage auf Neufestsetzung der Leistung durch Urteil statt, obwohl die Parteien die Bestimmung durch zwei Schiedsgutachter vereinbart hatten. Hintergrund war, dass je ein Schiedsgutachter von jeder Partei benannt werden sollte und der Beklagte dieser Pflicht nicht nachgekommen war. Der Bundesgerichtshof führte aus, dass das Gesetz in den Fällen, in denen der zur Bestimmung der Leistung benannte Vertragspartner oder Dritte diese Bestimmung verzögere, eine Bestimmung der Leistung durch Urteil vorsehe (§§ 315 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz, 319 Abs. 1 Satz 2 letzter Halbsatz BGB). Einer solchen Verzögerung sei die Verzögerung gleich zu erachten, die ein Vertragsteil dadurch herbeiführe, dass er entgegen der vertraglichen Absprache den bestimmungsberechtigten Schiedsgutachter nicht benenne und es so durch sein vertragswidriges Verhalten dazu komme, dass der Schiedsgutachter nicht tätig werde. Daher sei eine entsprechende Anwendung der §§ 315 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz, 319 Abs. 1 Satz 2 letzter Halbsatz BGB gerechtfertigt. Der damit einhergehende Wegfall des „Sachverständigen“ rechtfertige keine andere Beurteilung: Abgesehen davon, dass es auch im Rahmen der Leistungsbestimmung durch das Gericht zur Einschaltung von Sach-

verständigen kommen könne, sei es nach §§ 315, 319 BGB gesetzlich gewollte Folge, dass bei einer Verzögerung des ursprünglich vorgesehenen Verfahrens das Recht, die Leistung durch die in Aussicht genommene Person bestimmen zu lassen, entfalle und diese Aufgabe vom Gericht erfüllt werde. Verzögerung im Sinne der §§ 315 Abs. 3, 319 BGB und deren entsprechender Anwendung sei auch nicht gleichbedeutend mit Verzug (§§ 284, 285 BGB) und setze insbesondere kein Verschulden voraus; ausreichend sei vielmehr, dass die Handlung nicht innerhalb objektiv angemessener Zeit vorgenommen werde.

## 2. Parallelwertung zur Bestellung eines Schiedsgerichts

Das Verfahren zur Bestellung des DAB erinnert an dasjenige zur Ernennung von Schiedsrichtern und scheint diesem entlehnt worden zu sein.<sup>19</sup>

§ 1035 Abs. 3 ZPO regelt die Fälle, in denen die Parteien keine Vereinbarung über die Bestellung der Schiedsrichter getroffen haben. Die Konstituierung des Schiedsgerichts wird danach durch das gemäß § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zuständige Oberlandesgericht sichergestellt, das auf Antrag einer Partei tätig wird. Haben die Parteien nichts anderes geregelt, setzt sich das Schiedsgericht gemäß § 1034 Abs. 1 S. 2 ZPO aus drei Schiedsrichtern zusammen. Von diesen ernennt gemäß § 1035 Abs. 3 S. 2 ZPO jede der Parteien einen und die so ernannten Schiedsrichter bestimmen den Vorsitzenden. Hat eine Partei den Schiedsrichter nicht innerhalb eines Monats nach Empfang einer entsprechenden Aufforderung durch die andere Partei bestellt oder können sich die beiden Schiedsrichter nicht binnen eines Monats nach ihrer Bestellung über den dritten Schiedsrichter einigen, ist der Schiedsrichter nach § 1035 Abs. 3 S. 3 ZPO auf Antrag einer Partei durch das Gericht zu bestellen. Gleiches gilt gemäß § 1035 Abs. 3 Satz 1 ZPO, wenn die Parteien einen Einzelschiedsrichter vorgesehen haben und sich über dessen Bestellung nicht einigen können.

§ 1035 Abs. 4 ZPO behandelt die Fälle, in denen zwar eine Vereinbarung über die Bestellung der Schiedsrichter getroffen wurde, deren Durchführung aber scheitert, weil eine Partei oder ein Dritter seine Mitwirkung an der Bestellung verweigert. Insoweit kann jede Partei, wenn nichts anderes vereinbart ist, bei dem gemäß § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zuständigen Oberlandesgericht die Anordnung der erforderlichen Maßnahmen beantragen, wenn eine der enumerierten Fallgruppen vorliegt. Das ist der Fall, wenn eine Partei nicht entsprechend dem vereinbarten Verfahren handelt, die Parteien oder die beiden Schiedsrichter keine Einigung entsprechend diesem Verfahren erzielen können oder ein Dritter eine ihm danach übertragene Aufgabe nicht erfüllt. Die erlaubten gerichtlichen Maßnahmen beinhalten alles, was einer Konstituierung des Schiedsgerichts dient, inklusive der Bestellung des oder der Schiedsrichter (bzw. die bestätigende Feststellung einer bestimmten Richterbank).<sup>20</sup> Interessant ist in diesem Zusammen-

<sup>17</sup> BGH, NJW 1971, 1838.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1979, 1543 ff.; ebenso: BGH, NJW 1971, 1455.

<sup>19</sup> Mallmann, *Bau- und Anlagenbauverträge nach den FIDIC-Standardbedingungen*, 2002, S. 291 f.

<sup>20</sup> Münch, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, § 1035, 4. Aufl. 2013, Rn. 33.

hang eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 7. Juni 2007. Danach rechtfertigt die fortgesetzte Benennung ersichtlich als befangen erscheinender Schiedsrichter durch den Gegner keinen Antrag auf Bestellung seines Schiedsrichters durch das Gericht infolge grober Verletzung des Benennungsverfahrens gemäß § 1035 Abs. 4 Alt. 1 ZPO. Die Grenze des Benennungsverfahrens sei durch die fünfmalige Bestellung als befangen erscheinender Personen allein noch nicht erreicht, wenn nicht zusätzliche Anhaltspunkte für eine Verzögerungsabsicht bestünden. Eine Verzögerung im Verfahrensablauf genüge zur Feststellung der Unmöglichkeit erst dann, wenn ersichtlich feststehe, dass die Bestellung aus objektiven Gründen oder wegen Verweigerung durch den Gegner gescheitert sei.

Die DIS-Schiedsgerichtsordnung 98 überträgt in Ziff. 12 bis Ziff. 19 dem DIS-Ernennungsausschuss die Benennung von Schiedsrichtern in Streitfällen. Dieser besteht aus drei Mitgliedern sowie drei stellvertretenden Mitgliedern, die vom Vorstand unter Hinzuziehung des Vorsitzenden des Beirats auf die Dauer von zwei Jahren ernannt werden. Der Ernennungsausschuss entscheidet auf Antrag, wenn sich die Parteien nicht innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Empfang der Klage durch den Beklagten auf den Einzelschiedsrichter geeinigt haben, der Beklagte nicht innerhalb gleicher Frist seinen Kandidaten für ein Dreier-Schiedsgericht benannt hat und beide benannte Schiedsrichter nicht innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach Aufforderung durch die DIS-Geschäftsstelle keinen Vorsitzenden benannt haben.

Ähnliche Regelungen enthält die Schiedsordnung der *International Chamber of Commerce* („ICC“). Hier entscheidet anstelle des Ernennungsausschusses der Internationale Schiedsgerichtshof der ICC, wenn sich die Parteien nicht innerhalb von 30 Tagen ab Zustellung der Klage an den Beklagten auf einen Einzelschiedsrichter einigen, eine Partei die Benennung eines Schiedsrichters für ein Dreier-Schiedsgericht unterlässt oder die Parteien keine Regelung für die Benennung des Vorsitzenden eines Dreier-Schiedsgerichts getroffen haben.

Fälle, in denen ein ständiges Schiedsgericht ähnlich dem ständigen DAB eingerichtet wird, sind jedenfalls bei den typischen wirtschaftlichen Auseinandersetzungen unter Unternehmen nicht ersichtlich, so dass eine Regelung im Sinne von Ziff. 20.8 FIDIC nicht erforderlich ist.

### 3. Fazit

Letztlich lassen sich die Überlegungen des Bundesgerichtshofs zur entsprechenden Anwendung der §§ 315 Abs. 3, 319 BGB auch unter dem Grundsatz von Treu und Glauben zusammenfassen. Wie bei dem Schweizer Bundesgericht lässt sich die Tendenz erkennen, das Gericht dann für zuständig zu halten, wenn der vertraglich vorgesehene „Streitschlichter“ aus Gründen wegfällt, die das weitere Abschneiden des gerichtlichen Rechtswegs unzumutbar erscheinen lassen.

Die §§ 1034 ff. ZPO und die DIS-Regeln lassen erkennen, dass den von den Parteien gewählten Streitbeilegungsmechanismen zwar der Vorrang eingeräumt werden, das staatliche Gericht bzw. die dafür vorgesehene Institution aber der Durchsetzung dienen soll.

Orientiert sich ein nach deutschem Recht entscheidendes Gericht an diesen Regelungen, dürfte es in der Auslegung von Ziff. 20.8 FIDIC ähnlich dem Schweizer Gericht zu dem Ergebnis gelangen,

dass das DAB-Verfahren dann übersprungen werden kann, wenn es der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert.

## IV. Gesamtergebnis und Auswirkungen auf die Praxis

Nach den Entscheidungen des *England and Wales High Court* und des *Swiss Federal Supreme Court* ist die Entscheidung des DAB grundsätzlich zwingende Voraussetzung für die Anrufung des Gerichts. Eine unmittelbare Anrufung des Gerichts ist danach nur möglich, wenn ein eingesetzter ständiger DAB weggefallen ist oder - so zumindest das Schweizer Bundesgericht und wohl ein nach deutschem Recht entscheidendes Gericht - es der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert. Eine Partei, die sich nur geringe Erfolgsaussichten oder Vorteile aus dem Zeitablauf ausrechnet, wird daher versuchen, das Fehlen des DAB strategisch zur Verzögerung der Entscheidung zu nutzen.

Um das DAB-Verfahren durchzusetzen, sollte in der Praxis wie folgt vorgegangen werden:

Kommt es zum Streit und ist kein DAB eingesetzt, sollte das Verfahren nach Ziff. 20.2 FIDIC und 20.3 FIDIC eingehalten werden, d.h., wenn sich die Parteien nicht einigen können, die in den Besonderen Bedingungen (*Silver Book*) bzw. im *Appendix to Tender (Yellow and Red Book)* vorgesehene Person oder eine sonstige dafür vorgesehene Stelle über die Besetzung des DAB entscheiden. Von daher sollte schon bei Abschluss der Vereinbarungen genau geprüft werden, wem das Entscheidungsrecht übertragen wird. Vorgeschlagen wird insoweit etwa die Übertragung auf die FIDIC selbst oder die *International Chamber of Commerce*.<sup>21</sup> Auch sollte im Rahmen der Vereinbarungen genau definiert werden, innerhalb welcher Zeiträume die Benennung der Streitschlichter und des Vorsitzenden zu erfolgen hat, damit die „vertragstreue“ Partei im Falle der Verzögerung durch die Gegenseite das Verfahren zur Besetzung des DAB nach Ziff. 20.3 FIDIC einleiten und kurzfristig abwickeln kann.

Sollten keine hinreichenden Regelungen getroffen sein, kann das Verfahren nach Ziff. 20.2 FIDIC und 20.3 FIDIC nach dem Schweizer Bundesgericht und den Grundsätzen des deutschen Rechts jedenfalls dann übersprungen werden, wenn es der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert, insbesondere eine Partei die Besetzung des DAB in unzumutbarer Weise vereitelt. Um notfalls die Zuständigkeit des Gerichts begründen und die Vereitelung beweisen zu können, sollte daher dokumentiert werden, welche Anstrengungen zur Herbeiführung einer Entscheidung des DAB unternommen wurden. Insoweit sollten entsprechende Aufzeichnungen, Korrespondenzen, Gesprächsvermerke, Protokolle erstellt und aufbewahrt werden.

Wird ein ständiger DAB vereinbart, kann es im Hinblick auf Ziff. 20.8 FIDIC zur Sicherstellung der Entscheidung des Streits durch das DAB ratsam sein, vertraglich im Einzelnen zu regeln, dass die Funktionsperiode des DAB nicht vor dem möglichen zukünftigen Zeitpunkt der Entstehung von Streitigkeiten endet, etwa über die Abgabe der Entlastungserklärung durch den Unternehmer gemäß Ziff. 14.12 FIDIC hinausgeht.

<sup>21</sup> Hilgers/Kaminsky, in: Leinemann, VOB/B, 2013, Anhang, Rn. 450.

Ein ständiger DAB hat den Vorteil, dass das DAB bereits benannt ist, wenn der konkrete Streit entsteht und sich die Parteien die schwierige Diskussion über die Auswahl der DAB-Mitglieder ersparen. Ein weiterer Vorteil liegt in der Möglichkeit regelmäßiger Baustellenbesuche des DAB auch ohne konkreten Streitfall, wodurch sich die DAB-Mitglieder mit dem Bauvorhaben und den Problemen der Baustelle vertraut machen können. Nachteil eines ständigen DAB sind die damit verbundenen Kosten, weil den Mitgliedern monatlich Honorare zu zahlen sind.<sup>22</sup>

Sollen diese Kosten reduziert werden, können von den Ziff. 20.2 FIDIC bis Ziff. 20.8 FIDIC abweichende Vereinbarungen getroffen werden. Es kann etwa vereinbart werden, dass das DAB nur entscheiden soll, solange das Projekt läuft und eine wirtschaftliche, sachnahe Entscheidung der Fertigstellung dient, nach Abschluss des Projekts aber das Gericht unmittelbar angerufen werden muss. Auch kann das DAB-Verfahren ganz abbedungen werden.

Maßgeblich für die Entscheidung, ob, für welche Entscheidungen und für welchen Zeitraum ein DAB eingerichtet werden soll, sollten Art und Umfang des Projekts sowie des möglichen Streitpotentials sein.

<sup>22</sup> Demblin/Mörth, FIDIC Bau- und Anlagenbauverträge, 2013, Rz. 500; vgl. auch: Hilgers/Kaminsky, in: Leinemann, VOB/B, 2013, Anhang, Rn. 452.

## Anlagenbau perfekt ausgeleuchtet.



Herausgegeben von Dr. Yves Bock, LL.M. eur., RA,  
und Dr. Jörn Zons, RA  
2015. XXXV, 665 Seiten. In Leinen € 169,-  
ISBN 978-3-406-64465-8

### Herausforderungen erkennen und steuern

Basierend auf erfolgreich durchgeführten Projekten ermöglicht das neue Werk eine **gründliche Due Dilligence**, umfassende und funktionierende **Vertragsgestaltung** sowie effizientes **Projekt- und Risikomanagement**.

### Von der Planung bis zur Fertigstellung

Das Handbuch geht in einem allgemeinen Teil auf Grundlagen der Vertragsgestaltung ein und berücksichtigt dabei die **internationale, common-law geprägte Vertragstechnik und internationale Musterverträge**. Anschließend werden verschiedene Kernthemen umfassend behandelt, u.a.: Liefer- und Leistungsumfang sowie Mängelregelungen, Vergütung und Sicherheiten, Abnahme, Haftung, Freistellung, Streiterledigung.

In einem weiteren Kapitel wird auf besondere Projektstrukturen (PPP, EPCM und Offshore) sowie Konsortien und einzelne **besondere Vertragstypen** (z.B. Serviceverträge) eingegangen.

Erhältlich im Buchhandel oder bei: [beck-shop.de](http://beck-shop.de) | Verlag C.H. BECK oHG · 80791 München | [bestellung@beck.de](mailto:bestellung@beck.de) | Preise inkl. MwSt. | 163897

