

Analytische Konfliktlösung bei Infrastrukturprojekten

Altyapı Projelerinde Analitik Uyuşmazlık Çözümü

Prof. Dr. Hartmut HAMANN*

Olesya Bulka**

ÖZ

Altyapı projeleri uyuşmazlık çıkmasına yatkındır. Genellikle çeşitli ülkelerden farklı menfaat ve amaçları olan paydaşlar tarafından yapılırlar, çok sayıda sözleşme gerektirirler ve siyasi bir yönleri vardır. Beklenen uyuşmazlıklara ilişkin öngörü analizleri ve sözleşme müzakereleri sırasındaki proaktif uyuşmazlık çözümü, sözleşme yazımı ve proje uygulaması, ekonomik ve siyasi zararları önler. Yazarlar, analitik uyuşmazlık çözümünün proje başarısına nasıl katkıda bulunduğunu göstermektedirler.

Anahtar Kelimeler: *Altyapı projesi, uyuşmazlık, ofansif strateji, sözleşme müzakeresi, sözleşme yazımı, sözleşme uygulaması*

Analytical Conflict Resolution in Infrastructure Projects

ABSTRACT

Infrastructure projects are prone to conflicts. They are usually constructed by stakeholders from several countries with different interests and

* Rechtsanwalt. ORCID: 0000-0001-7573-9609.

** LL.M. (University of Baltimore) ist Rechtsanwältin und Attorney at Law (New York). Bei Hamann Rechtsanwälte in Stuttgart, (hamann@hamann-legal.de). ORCID: 0000-0002-6652-8313.

objectives, require numerous contracts, and often have a political dimension. Anticipatory analysis of expected conflicts and proactive conflict resolution during contract negotiation, contract drafting and project implementation prevent economic and political damage. The authors show how analytical conflict resolution contributes to project success.

Keywords: *infrastructure project, conflict, proactive strategy, contract negotiation, contract drafting, contract implementation*

Einleitung

Infrastrukturprojekte wie beispielsweise Flughäfen, Bahnhöfe und Bahnstrecken, Autobahnen oder neue Stadtteile werden in der Regel nicht von einem Unternehmen errichtet, sondern von mehreren Unternehmen, die sich für die Errichtung zusammenschließen. Notwendig werden Gesellschaftsverträge, die die Zusammenarbeit dieser Unternehmen regeln (Konsortialverträge, *Joint Venture* Verträge). Notwendig werden außerdem Verträge zur Planung und Errichtung der Bauvorhaben. Auftraggeber sind häufig staatliche Institutionen, auch wenn sie in privatrechtlicher Rechtsform organisiert sind. Infrastrukturprojekte haben schon deshalb regelmäßig eine politische Dimension. Hinzu kommt, dass Bürger als Steuerzahler und als Nutzer betroffen sind.

Bei großen Infrastrukturprojekten wirken oft Beteiligte aus mehreren Ländern mit (Bauunternehmen, Architekten, spezialisierte Subunternehmer etc.). Konflikte bei solchen Vorhaben können kostspielig und langwierig werden. Die Verfasser zeigen auf, wie Konflikten vorgebeugt werden kann und wie entstandene Konflikte mit Hilfe einer konsequenten Konfliktanalyse zügig und zu angemessenen Kosten gelöst werden können.

Analyse bedeutet die „*systematische Untersuchung eines Sachverhalts hinsichtlich aller einzelner Komponenten oder Faktoren, die ihn bestimmen*“.¹ Bei einem Infrastrukturprojekt gehören zu den

¹ Duden, *Das Fremdwörterbuch*, 12. Aufl. 2020.

„Komponenten“ des Sachverhalts die beteiligten Personen und Unternehmen, deren Interessen, außerdem alle mit der Planung und Realisierung verbundenen Risiken. Die Analyse all dieser Komponenten erfordert die Bereitschaft und die Fähigkeit, genau hinzusehen, außerdem Ausdauer und Geduld. Wer diese analytische Arbeit auf sich nimmt und frühzeitig eine Strategie entwickelt, hat eine gute Chance, Konflikte rechtzeitig zu identifizieren, vorzubeugen, angemessene Konfliktlösungsmechanismen zu vereinbaren und Konflikte erfolgreich zu klären.²

A. Identifikation möglicher Konflikte bei der Vertragsverhandlung

I. Beteiligte Personen

Die juristische Aufgabe ist klar: präzise Identifikation der natürlichen und juristischen Personen, die die Verträge abschließen, Überprüfung der aktuellen Vertretungsberechtigung durch Handelsregisterauszüge, Einfordern von Vollmachten. Rein juristisch betrachtet könnte man es dabei belassen. Wer potentielle Konflikte erkennen will, um ihnen vorbeugen zu können, muss einen Schritt weitergehen: Konflikte entstehen zwischen Menschen, werden durch Verhaltensweisen ausgelöst und durch Emotionen verstärkt. Es kommt also auch darauf an, die handelnden Personen kennen zu lernen. Stellen Sie sich vor, Sie stehen im Museum vor einem Bild mit mehreren Personen, z.B. vor dem "Traum von Monte Carlo" von Max Beckmann, „Spieler, Soldaten und Vagabunden" von Alessandro Magnasco, dem "Tod der Lucretia" von Luca Giordano oder dem "Herrenberger Altar" von Jerg Ratgeb. Wer betrachtet wen? Wer spricht mit wem? Wer lässt sich ablenken? Wie viele Personen sind beteiligt? Was liegt in der Luft? Was kommt als nächstes? Wer hat seine Karten aufgedeckt? Wo lauert der Tod? Wer wirbt mit Gestik, Mimik und Kleidung um Aufmerksamkeit? Wer hat eine Waffe in der Hand? Wer ist von einer düsteren Aura umgeben? Was verbirgt er? Nehmen Sie sich Zeit, die Menschen auf dem Bild zu verstehen. Sehen Sie genau hin. Auf die Schweißperlen auf der Stirn, die verkrampften Finger, das glatte Lä-

² Schuhmann/Eichhorn, „Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion“, ZfBR 2020, 501 (505).

cheln, die provozierende Haltung. Bringen Sie die Personen zum Leben, wie in einem Film von David Cronenberg oder François Ozon. Fragen Sie nach den Personen, die nicht im Bild sind, aber mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Rolle spielen: Wer trifft die Entscheidungen im Hintergrund? Wer wird für die Umsetzung des Vertrages vor Ort zuständig sein? Identifizieren Sie die Beteiligten, auch die noch unbesetzten Rollen. Überlegen Sie, wen Sie kennenlernen sollten, bevor der Vertrag unterzeichnet wird. Nehmen Sie Einfluss auf die Teilnehmer der Verhandlungsrunden und informellen Gespräche. Achten Sie auf das Zusammenspiel innerhalb der Verhandlungsteams, auf die Entscheidungsabläufe, auf Reaktionszeiten.

II. Identifikation von Interessen und Risiken

Der Vertrag muss den rechtlichen Rahmen dafür bieten, dass die Vertragsparteien die von ihnen verfolgten Interessen erreichen können und jeweils nur diejenigen Risiken tragen, die sie beherrschen können und tragen möchten. Er muss für eine eindeutige Zuordnung Sorge tragen. Leisten kann der Vertrag das nur, wenn vor und in der Vertragsverhandlung die richtigen Fragen gestellt werden:

- Welche Ziele sollen mit dem Projekt erreicht werden? Kurzfristiger Gewinn durch das einzelne Projekt? Marktzutritt mit langfristiger Perspektive?
- Von welchem Ausgangspunkt wird gestartet? Welche personellen und finanziellen Ressourcen sind vorhanden? Welches technische *Know-How*?
- Was können die Beteiligten? Was können sie nicht?
- Welche Alternativen stehen zur Verfügung?
- Werden Partner gebraucht? Wenn ja, wofür? Wie sehr ist eine Partei auf einen Partner angewiesen? Entstehen Abhängigkeiten? Wer wird der Partner? Ist das notwendige Mindestmaß an Vertrauen gegeben? Wie soll diese Beziehung ausgestaltet werden?
- Welche Personen handeln für die Parteien? Haben sie die Mitarbeiter, die für dieses Projekt gebraucht werden? Sind diese in der Lage und willens, sich vor Ort auf die Realitäten

einzulassen? Wer davor zurückscheut, Gated Communities in Kinshasa oder São Paulo zu verlassen, könnte sich im Alltag der Projektrealisierung schwertun.

- Kennen die Parteien das Land, in dem das Projekt realisiert werden soll? Sind sie bereit, sich auf dieses Land einzulassen?
- Für welchen Zeitraum können und wollen sich die Parteien binden? Unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Konditionen soll die Bindung gelöst werden können? Ehen können scheitern, *Joint Ventures* können zerbrechen. Das kann am Partner liegen, der plötzlich einen anderen Mehrheitsgesellschafter hat oder, wenn es sich um ein staatliches Unternehmen handelt, dessen politischen Ziele sich geändert haben. Auch das eigene Unternehmen kann sich strategisch neu orientieren.

All diese Fragen sollten klugerweise auch aus der Perspektive der anderen Projektbeteiligten gestellt werden. Wechseln Sie in Gedanken die Seite des Verhandlungstisches, nehmen Sie Platz auf dem Stuhl der Gegenseite. Versetzen Sie sich in deren Lage, um zu verstehen, was für die andere Seite akzeptabel sein könnte. Auch dabei gilt: Interessen werden von handelnden Personen durchgesetzt. Das Handeln der Beteiligten können Sie besser beeinflussen, wenn Sie deren Interessen auch emotional erfasst haben.

Vertragsgestaltende Juristen sind es gewohnt, Risiken zuzuordnen und erforderlichenfalls Sicherheiten vorzusehen. Das setzt voraus, den Sachverhalt sorgfältig zu analysieren, um Risiken zu erkennen. Dieser Aspekt ist viel wichtiger als juristische Details. Übersehene oder in der Gier auf den vermeintlich lukrativen Vertragsabschluss unterschätzte Risiken lassen sich durch juristische Klauseln in der Regel nicht auffangen. Klar erkannte Risiken können dagegen eindeutig zugeordnet werden. Der Vertrag kann Regelungen für den Fall des Risikoeintritts und Sicherheiten vorsehen. Auch hier: Stellen Sie die richtigen Fragen.

- Welche technischen Risiken bestehen? Zum Beispiel: Wie kommt man zu verlässlichen geologischen Daten, um den Aufwand für das Betonieren der Fundamente oder die für einen

Tunnel erforderlichen Sprengungen ermitteln zu können? Wie belastbar ist das, was Partner vor Ort ermitteln und übergeben?

- Welche wirtschaftlichen Risiken bestehen? Dazu kann gehören: Wie bekommt man notwendige Maschinen durch den Zoll, im Hafen, über den die Maschinen ins Land kommen? Woher kommen die Baumaterialien? Welche lokalen Subunternehmer benötigt man? Welche Auswirkungen auf die Bauzeit kann das haben?
- Welche politischen Risiken bestehen? Stehen Präsidentenwahlen an? Ist mit Handelsanktionen zu rechnen? Wie und in welcher Währung werden Zahlungen abgewickelt?
- Welche juristischen Risiken bestehen? Dazu gehören nicht zuletzt Haftungsfragen gegenüber allen anderen Beteiligten.
- Welche Risiken kann eine Partei beherrschen? Nur solche Risiken sollte sie übernehmen. Das setzt voraus, sie vorher eindeutig erkannt zu haben und sich und ihr Unternehmen realistisch einzuschätzen.
- Welche Risiken sind die Parteien bereit zu übernehmen? Zu welchen Konditionen? Welche Sicherheiten benötigen sie, wer kann diese stellen?
- Welche Risiken wollen die Parteien nicht übernehmen? Nicht selten enden Verhandlungen bei Anlagenbauprojekten bereits an dieser Stelle. Weiterer juristischer Aufwand erübrigt sich dann. Es kann sinnvoll sein, zunächst über die Risikoverteilung und die damit verbundene Einpreisung gegebenenfalls zu übernehmender Risiken zu verhandeln.

Erkannte Risiken müssen zugeordnet werden. Verwirklicht man ein Infrastrukturprojekt mit Partnern, muss die Zuordnung auch unter den Partnern vollständig und eindeutig erfolgen.

III. Besonderheiten bei internationalem Beteiligtenkreis

1. Sprache

Kein Turmbau zu Babel? Leicht gesagt, in der Praxis nicht ganz so leicht. Ihr Unternehmen ist ein *Global Player*, Ihr Projektteam spricht gut Englisch.³ Die Teams Ihrer französischen, brasilianischen und südafrikanischen Partner gleichermaßen. Aber wie sieht es mit der Landessprache aus? Sind die Ansprechpartner, mit denen die Verantwortlichen es vor Ort zu tun bekommen werden, gewohnt, Englisch zu sprechen? Sind die Verantwortlichen in der Lage, die internen Gespräche ihrer Partner in anderen Sprachen mitzuverfolgen? Lässt sich eine Sprache als Vertragssprache für alle Verträge durchsetzen (einschließlich der Finanzierungsverträge und der Subunternehmerverträge)? Sind einzelne Dokumente zwingend in der Landessprache zu errichten (beispielsweise Gesellschaftsverträge für vor Ort zu gründende Projektgesellschaften)? Nach Möglichkeit sollte eine Sprache durchgängig in allen Verträgen Vertragssprache sein, um zumindest insoweit sprachliche Missverständnisse, Doppeldeutigkeiten und Widersprüche auszuschließen.

2. Wahl des materiellen Rechts

Können die Parteien sich auf ein ihnen bekanntes nationales Recht einigen? Müssen sie wesentliche Verträge im Recht des Landes, in dem das Infrastrukturprojekt verwirklicht wird, abschließen? Dann kann es naheliegen, alle wesentlichen Gesichtspunkte ausdrücklich im Vertrag zu regeln, um dem nationalen Recht möglichst wenig Raum zu geben. Sicherergestellt werden muss dann aber, dass der Vertrag nicht gegen zwingende Bestimmungen des anwendbaren nationalen Rechts verstößt.⁴

3. Wahl der richtigen Konfliktlösungsmechanismen

Es ist klug, noch vor Vertragsunterzeichnung darüber zu sprechen, wie man streiten will, sollten Konflikte auftreten. Verhandlungen

³ Zur Vertragssprache und Kommunikationsproblemen s. Maier-Reimer, „Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts“, NJW 2010, 2545.

⁴ Zu Grenzen der Rechtswahl durch zwingendes Recht s. Ameziane/Hamann, „2.6.4 Werkvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*, Anm. 33.

über angemessene Konfliktlösungsmechanismen können deutlich werden lassen, wie die Beteiligten an Konflikte herangehen möchten. Solche Verhandlungen tragen zum besseren Verständnis der anderen Vertragsbeteiligten bei. Schon deshalb ist dieses Thema wichtig und keine „Mitternachtsklausel“, die kurz vor Unterschrift noch in den Vertrag kopiert wird.

a) Staatliches Gericht oder Schiedsgericht?⁵

Die erste Frage lautet in der Regel: Sollen staatliche Gerichte entscheiden oder ein Schiedsgericht? Treffen die Parteien keine Vereinbarung über eine außergerichtliche Konfliktlösung, verbleibt es bei der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte. Ein Schiedsverfahren setzt stets eine ausdrückliche Entscheidung der Parteien hierfür voraus. Die Entscheidung zugunsten von Schiedsverfahren kann von der Beantwortung folgender Fragen abhängen:

- Entscheiden die gegebenenfalls zuständigen staatlichen Gerichte unabhängig? Eine Orientierung für europäische Gerichtsverfahren kann das regelmäßig erscheinende „The EU Justice Scoreboard“ der Europäischen Kommission⁶ bieten.
- Verfügen die Personen, die über den Konflikt entscheiden, über die für den konkreten Streitfall notwendige Expertise und stellen sie zeitnah zur Verfügung? In einem Schiedsverfahren ernennen die Parteien die Schiedsrichter, die über ihren Konflikt verbindlich entscheiden sollen. Dies kann – sofern beide Parteien die Schiedsrichter klug auswählen – ein erheblicher Vorteil gegenüber einem staatlichen Gericht sein, bei dem sachliche und örtliche Zuständigkeit sowie der Geschäftsver-

⁵ Ausführlich zu Argumenten für und wider Schiedsgerichte s. Hamann, „3. Abschnitt, Kapitel 1. Schiedsverfahren“, in: Guhling/Günter, *Gewerberaummierte*, 2. Aufl. 2019, Rn. 5 ff. Die nachfolgenden Ausführungen zu den Entscheidungskriterien basieren auf diesem Buchkapitel.

⁶ https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en. Die deutsche Justiz gilt im internationalen Vergleich als effizient, deutsche Richter als unabhängig (vgl. EU Justice Scoreboard 2022).

teilungsplan über die im Einzelfall zuständigen Richter entscheiden.

- Wie schnell entscheiden die staatlichen Gerichte? Schiedsverfahren können schon deshalb in der Regel zügiger zum Abschluss gebracht werden, weil es keine zweite und dritte Instanz gibt. Allerdings müssen Schiedssprüche durch staatliche Gerichte für vollstreckbar erklärt werden, bevor sie im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden können, z.B. §§ 1060 Abs. 1, 1061 ZPO.⁷ Außerdem gibt es in Schiedsverfahren ein erhebliches Risiko, dass die Parteien durch destruktives Verhalten das Verfahren verlängern (z. B. durch ständige Fristverlängerungsanträge, nachgereichte Sach- oder Beweisangebote, Vorlage umfangreicher Unterlagen mit dem Bestreben, den anderen durch eine Materialschlacht zu überrollen, Ablehnung von Schiedsrichtern etc.).⁸ In diesen Fällen hängt die effiziente Verfahrensführung von der Erfahrung und der Entscheidungsstärke der Schiedsrichter ab.⁹
- In welcher Sprache muss ein Prozess vor staatlichen Gerichten geführt werden? In deutschen staatlichen Verfahren ist die Gerichtssprache Deutsch (§ 184 GVG). Unter bestimmten Voraussetzungen können Gerichtsverhandlungen auf Englisch geführt und Dokumente in englischer Sprache eingereicht werden (z.B. in Verfahren vor dem *Commercial Court*¹⁰ in Stuttgart und Mannheim). In Schiedsverfahren können sich die Parteien auf eine Verfahrenssprache einigen. Dann kann die kosten-

⁷ Schütze/Thümmel, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 7. Aufl. 2021, Einl. Rn. 43 f.; dabei kann es auf formale Anforderungen des nationalen Zwangsvollstreckungsverfahrens ankommen, hierzu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Juli 2013 – 8 Sch 2/12, SchiedsVZ 2015, 145 (zur Vollstreckung bei Schiedsverfahren gegen *Joint Ventures* in Deutschland).

⁸ Münch, in: Münch, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6. Aufl. 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 117.

⁹ Hamann/Bulka, "How to Make Arbitration Efficient: Practice Examples", SchiedsVZ 2022, 27.

¹⁰ <https://www.commercial-court.de>.

und zeitaufwändige Übersetzung von Schriftsätzen unterbleiben. Im Jahr 2020 vereinbarten die Parteien in 33 % der von der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) administrierten Verfahren Englisch als Verfahrenssprache.¹¹

- Soll die Konfliktlösung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, ohne Beteiligung von Wettbewerbern und Medien erfolgen? In zivilrechtlichen Auseinandersetzungen sind Verhandlungen vor staatlichen Gerichten grundsätzlich öffentlich, § 169 S. 1 GVG. Schiedsverfahren sind nicht öffentlich.
- Ist es möglich, dass im Falle eines Konflikts Dritte in die Auseinandersetzung einbezogen werden sollen? Für Verfahren vor deutschen staatlichen Gerichten regeln §§ 64 ff. ZPO die Einbeziehung Dritter. Vor Schiedsgerichten setzt die Einbeziehung Dritter zumindest voraus, dass die Dritten auch durch die zugrundeliegende Schiedsvereinbarung gebunden sind. Dies wird häufig nicht der Fall sein, so dass schon deshalb Dritte nicht gegen ihren Willen in die Auseinandersetzung einbezogen werden können. Bei der Gestaltung der Verträge für ein Infrastrukturprojekt sollte auf einheitliche, zumindest aufeinander abgestimmte Konfliktlösungsmechanismen geachtet werden.
- Gibt es eine gut dokumentierte Rechtsprechung, die eine angemessene Risikoeinschätzung möglich macht? Fehlt es hieran, könnte ein Schiedsgericht die bessere Alternative sein.
- Wie hoch ist das Kostenrisiko in Schiedsverfahren? Als Daumenregel gilt, dass Verfahren vor staatlichen Gerichten dann teurer sind, wenn sie durch die Instanzen getragen werden. Gelingt es, einen Prozess vor staatlichen Gerichten in erster Instanz zu beenden, ist dies in den meisten Fällen preiswerter als eine Auseinandersetzung vor einem Schiedsgericht, es sei denn, die Parteien verständigen sich auf einen Einzelschiedsrichter. Dies wird aber aus guten Gründen nur ausnahmsweise

¹¹ Vgl. die von der DIS veröffentlichte offizielle Statistik für 2020, abrufbar unter <http://www.disarb.org/ueber-uns/unsere-arbeit-in-zahlen>.

der Fall sein. Ein wesentlicher Unterschied kann außerdem bei der Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten bestehen: Vor deutschen staatlichen Gerichten sind ausschließlich die gesetzlichen Gebühren erstattungsfähig, § 91 ZPO. In Schiedsverfahren entscheidet das Schiedsgericht darüber, welche angemessenen Rechtsverfolgungskosten es für erstattungsfähig hält. In der Regel werden in Schiedsverfahren auch abgerechnete Zeithonorare bei der Kostenerstattung berücksichtigt.

b) Welche Schiedsinstitution?

Ist die Entscheidung für ein Schiedsgericht gefallen, muss eine Einigung über die geeignete Schiedsinstitution folgen. Dies setzt die Kenntnis der Verfahrensordnungen voraus. Sinnvoll ist die Vereinbarung einer Schiedsgerichtsordnung einer anerkannten Schiedsinstitution, wie beispielsweise der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS)¹² oder der *International Chamber of Commerce* (ICC)¹³. Diese Institutionen stellen nicht nur eine Schiedsordnung zur Verfügung, sie organisieren auch den Verfahrensablauf, so wie dies die jeweilige Schiedsordnung vorsieht. Die Parteien profitieren von der Erfahrung und Kompetenz der international ausgerichteten Schiedsinstitutionen. Unterschiede ergeben sich bei der Konstituierung des Schiedsgerichts und dem Verfahrensablauf.

c) Einzelschiedsrichter oder Dreierschiedsgericht?

Bei der Konstituierung des Schiedsgerichts ist zunächst die Vereinbarung der Parteien maßgeblich. Die Parteien müssen überlegen, ob ihre Streitigkeiten durch einen Einzelschiedsrichter oder durch ein Drei-

¹² S. Kommentierungen der DIS Schiedsgerichtsordnung in: Nedden/Herzberg, *ICC-SchO, DIS-SchO, Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen*, 2014, Teil 2; Schütze, *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit (Kommentar)*, 3. Aufl. 2018, III. Kapitel.

¹³ S. Kommentierungen der ICC Schiedsgerichtsordnung in: Nedden/Herzberg, *ICC-SchO, DIS-SchO, Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen*, 2014, Teil 1; Schütze, *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit (Kommentar)*, 3. Aufl. 2018, II. Kapitel; Weiggand/Baumann (ed.), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 3rd ed. 2019, chapter 16.

erschiedsgericht geklärt werden sollen. Treffen die Parteien keine Vereinbarung, kommt es auf die Bestimmungen der vereinbarten Schiedsgerichtsordnung an: Nach der DIS Schiedsgerichtsordnung¹⁴ können die Parteien die Entscheidung durch einen Einzelschiedsrichter beantragen. Wenn kein solcher Antrag gestellt wird, besteht das Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern, Artikel 10.2 der DIS Schiedsgerichtsordnung. Nach der ICC Schiedsgerichtsordnung¹⁵ ernennt der Gerichtshof einen Einzelschiedsrichter, sofern er nicht angesichts der Bedeutung der Streitigkeit die Ernennung von drei Schiedsrichtern für gerechtfertigt hält und die Parteien die Anzahl der Schiedsrichter nicht vereinbart haben, Artikel 12(2) der ICC Schiedsgerichtsordnung. Zu beachten ist, dass der Gerichtshof auch „ungeachtet einer gegenteiligen Bestimmung in der Schiedsvereinbarung“ einen Einzelschiedsrichter ernennen kann, wenn das beschleunigte Verfahren gemäß Artikel 30 der ICC Schiedsgerichtsordnung statthaft ist (Artikel 2 (1) des Anhangs VI – Verfahrensordnung zum beschleunigten Verfahren). Das beschleunigte Verfahren findet in allen Fällen mit Streitwerten unterhalb bestimmter Grenzwerte statt (2 Mio. US Dollar, wenn die Schiedsvereinbarung am oder nach dem 1.3.2017 und vor dem 1.1.2021 abgeschlossen wurde; 3 Mio. US Dollar, wenn die Schiedsvereinbarung am oder nach dem 1.1.2021 abgeschlossen wurde). Um die Benennung eines Einzelschiedsrichters zu vermeiden, kann die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen zum beschleunigten Verfahren vereinbart werden.

d) Zusätzliche Konfliktlösungsmechanismen?

Sollen zusätzliche Konfliktlösungsmechanismen vereinbart werden, beispielsweise projektbegleitende *dispute resolution boards*? Vereinbaren die Parteien z.B. die Anwendung der *Conditions of Contract for Construction/General Conditions of the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC)*¹⁶, muss vor der Einleitung des internationalen Schieds-

¹⁴ Aktuell DIS Schiedsgerichtsordnung 2018, gültig ab 1.3.2018.

¹⁵ Aktuell ICC Schiedsgerichtsordnung 2021, gültig ab 1.1.2021.

¹⁶ Aktuell FIDIC Conditions of Contract for Construction, General Conditions, 2nd ed. 2017.

verfahrens ein Verfahren vor dem *Dispute Avoidance/Adjudication Board* (DAAB) durchgeführt werden.¹⁷

e) Außergerichtliche Einigungsbemühungen?

Sollen außergerichtliche Einigungsbemühungen Prozessvoraussetzung sein? Die Parteien können einem Gerichts- oder Schiedsverfahren zwingend vorzuschaltende Streitbeilegungsmechanismen vereinbaren, z.B. Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien (ggf. auf der Ebene der Unternehmensleitungen), ein Schlichtergremien, Mediation oder ein neutrales Schiedsgutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen.¹⁸

B. Konfliktvorbeugung durch Vertragsgestaltung

I. Identifizierung des Regelungsbedarfs und Bestimmung des maßgeblichen rechtlichen Rahmens

Um zu wissen, welche vertraglichen Regelungen erforderlich sind, müssen die Interessen aller Beteiligten durch eine sorgfältige Führung der Vertragsverhandlung ermittelt werden. Die ermittelten Interessen müssen sich in der Ausgestaltung der vertraglichen Rechte und Pflichten widerspiegeln. Die Ergebnisse der Vertragsverhandlung werden durch die Vertragsgestaltung umgesetzt. Vertragsgestaltung erfolgt nicht losgelöst von gesetzlichen Regelungen. Steht fest, welches nationale Recht zur Anwendung kommt muss im nächsten Schritt geklärt werden, welche Gesetze dieses Landes¹⁹ zu beachten sind, wie viel Spielraum für die Vertragsgestaltung besteht und in welchem Umfang zwingendes Recht beachtet werden muss. Insgesamt muss die Vertragsgestaltung einer Strategie folgen. Denn „*unter unterschiedlichen Rahmenbedingungen entfalten Verträge [...] eine unterschiedliche Wirkung, weswegen ein Projekt erhöh-*

¹⁷ Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, S. 16 ff.

¹⁸ Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, S. 30 f.

¹⁹ Zu Gesetzen und Regelungswerken im deutschen Baurecht (wie z.B. VOB, FIDIC-Mustervertragswerke) s. Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, Rn. 41-49.

ten Gefahren ausgesetzt ist, wenn der Mustervertrag die konkrete Art der Parteibeziehung nicht adäquat erfasst“.²⁰

II. Gestaltung gesellschaftsrechtlicher Kooperationsverträge

Die Kooperation der Beteiligten in Infrastrukturprojekten kann sowohl in schuldrechtlichen als auch in gesellschaftsrechtlichen Verträgen geregelt werden. Beispiele eines gesellschaftsrechtlichen Kooperationsvertrags sind das sog. *Joint Venture*, die Bau-Arbeitsgemeinschaft (ARGE) im Baugewerbe oder das Konsortium im Anlagenbau.²¹ Welche Form der Zusammenarbeit für das geplante Projekt geeignet ist, hängt auch von haftungsrechtlichen, steuerlichen und bilanzrechtlichen Fragen ab. Entscheidend sind u.a. die Dauer des Vorhabens, die Komplexität, das Vergütungsmodell und die Notwendigkeit der selbständigen Projektorganisation. Bei Projekten, die auf mehrere Jahre angelegt sind, kann die Gründung einer Projektgesellschaft sinnvoll sein.²² Im internationalen Kontext muss klar sein, welche Rechtsform welcher nationalen Rechtsordnung gewählt wird.

Bei der Gestaltung der gesellschaftsrechtlichen Kooperationsverträge müssen neben den typischen gesellschaftsrechtlichen Konfliktfeldern (wie beispielsweise im Verhältnis der Gesellschafter untereinander – Mehrheit/Minderheit, Thesaurierung/Gewinnausschüttung)²³ auch die Besonderheiten des jeweiligen Projekts und der gewählten Kooperationsform beachtet werden.

²⁰ Schuhmann, „Vom rechtssicheren zum effizienten Projektvertrag“, ZfBR 2012, 9 (11); s. auch Schuhmann/Eichhorn, „Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion“, ZfBR 2020, 501 (502).

²¹ Zu den Arten von Kooperationsverträgen und ihrer Grundstruktur s. Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 9-12.

²² Decker, „III. Internationaler Konsortialvertrag“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, Rn. 6.

²³ Zu den klassischen Interessengegensätzen in einer Gesellschaft s. ausführlich Hamann, „§ 1 Vertragsverhandlung im Gesellschaftsrecht“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 12 ff.; zur Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht s. Kamanabrou, *Vertragsgestaltung*, 5. Aufl. 2019, § 9.

1. Entscheidungsfindung

Konflikte zwischen den Gesellschaftern/Projektbeteiligten können entstehen, wenn für die Projektgesellschaft wichtige Entscheidungen getroffen werden müssen. Dabei hängt eine erfolgreiche Realisierung des Projekts von einer effektiven Entscheidungsfindung ab. In ARGE- und Konsortialverträgen sollte die Beschlussfassung geregelt werden. Dies betrifft insbesondere Beschlüsse, die in den Leistungsumfang einzelner Gesellschafter eingreifen.²⁴

2. Geschäftsführung

Konflikte können auch bei der Wahl des Geschäftsführers und der Ausübung seiner Tätigkeit entstehen. Die Aufgaben des Geschäftsführers sollten möglichst präzise beschrieben werden. Es kann vorgesehen werden, dass bestimmte Entscheidungen nur in Abstimmung mit dem betroffenen Konsorten getroffen werden können. Der Geschäftsführer darf i.d.R. ohne vorherige Zustimmung eines Konsorten keine Erklärungen abgeben, die diesen Konsorten verpflichten oder seine Rechte beschränken könnten. Gleichzeitig sollten Mitwirkungspflichten der Konsorten geregelt werden.²⁵

3. Aufgabenverteilung / Haftung

Die Haftungsrisiken müssen den Gesellschaftern zugeordnet werden. Hierzu muss der Leistungsumfang der Gesellschafter präzise beschrieben werden. Jeder Gesellschafter haftet im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern für die vertragsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen aus seinem Leistungsanteil. In Konsortialverträgen wird häufig geregelt, dass sich die Haftung der Konsorten für Ansprüche oder Schadensfälle, die nicht einem Konsorten eindeutig zuzuordnen sind, nach dem Leistungsumfang des Konsorten richtet, und zwar im Verhältnis ihrer Erlösanteile. Da vor allem in großen Infrastrukturprojekten

²⁴ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 121, 128.

²⁵ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 113 ff.

erhebliche Haftungsrisiken bestehen, sollten die sich im Innenverhältnis ergebenden Ausgleichsansprüche nach Möglichkeit abgesichert werden (Sicherheiten zugunsten der anderen Gesellschafter, z.B. in Form von Bankbürgschaften).²⁶ Die Gewinnverteilung gelingt meistens einvernehmlich. Schwierig wird es, wenn Verluste zu verteilen sind. Auch dafür sollte der Gesellschaftsvertrag klare Regelungen vorsehen.

4. Dauer der Projektgesellschaft / Beendigung der Kooperation

Eine Projektgesellschaft bleibt grundsätzlich bestehen, bis der vereinbarte Zweck erreicht worden ist. Bei einem Konsortium/einer ARGE ist das der Zeitpunkt, zu dem sämtliche Rechte und Pflichten aus dem (Haupt-)Auftragsverhältnis und dem Konsortialverhältnis erledigt sind. Die Pflichten aus dem (Haupt-)Auftragsverhältnis können auch etwaige Mängelansprüche des Auftraggebers umfassen. Um Konflikte beim Ausscheiden von einzelnen Gesellschaftern zu vermeiden, sollten Ausscheidungsvoraussetzungen und ihre Folgen geregelt werden. Kündigungs- und Ausschlussgründe sollten konkretisiert werden.²⁷

III. Gestaltung von Planungs- und Bauverträgen²⁸

Bei Planungs- und Bauverträgen geht es um Planung und Ausführung, um Kooperation – und damit insgesamt um eine „Reise ins Unge-
wisse“.²⁹ Große Bauprojekte bringen komplizierte technische Fragen mit sich, während die wirtschaftliche Seite die Beteiligten vor kaufmännische Herausforderungen stellt. Technische, kaufmännische und rechtliche Aspekte müssen verhandelt und anschließend vertraglich geregelt werden,

²⁶ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 117 ff.

²⁷ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 123 ff.

²⁸ Die nachfolgenden Ausführungen zur Gestaltung von Planungs- und Bauverträgen basieren auf dem Buchkapitel Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020.

²⁹ Peters, „Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht – Überblick, kritische Anmerkungen, Ausblick“, NZBau 2002, 113 (120).

und zwar so, dass sie für alle Parteien kalkulierbar und im Streitfall justiziabel sind. Gerade weil Bauprozesse aufwändig und teuer sind, ist eine sorgfältige Vertragsverhandlung von größter Bedeutung. Alle zu regelnden Fragen müssen geklärt werden, damit der Bauvertrag nicht zu einer Reise ins Ungewisse wird. Typische Konfliktfelder bei der Realisierung von Bauprojekten sind:

- der Umfang der geschuldeten Leistungen;
- die Vergütung, insb. die Reichweite von Pauschalpreisen und damit übernommener Preisrisiken;
- nachträgliche Änderungen des Bauvorhabens;
- die Bauzeit.

1. Präzise Beschreibung der geschuldeten Leistungen

Die präzise Beschreibung des zu errichtenden Werks ist die wichtigste Aufgabe bei der Gestaltung eines Bauvertrags. Der vertraglich geschuldete Leistungsumfang entscheidet darüber, ob eine Nachtragsforderung berechtigt ist oder nicht. Ob Mängelansprüche bestehen oder nicht, hängt davon ab, ob das hergestellte Werk die vereinbarte Beschaffenheit hat oder nicht. In der Praxis werden die vertraglich geschuldeten Leistungen oft nicht präzise genug beschrieben. Im Streitfall müssen dann die Bestimmungen des jeweils anwendbaren Rechts herangezogen werden oder es werden Sachverständigengutachten erforderlich, was zu für die Parteien unbefriedigenden Ergebnissen führen kann.³⁰

2. Vergütung

Die Werkleistung und die dafür zu bezahlende Vergütung müssen widerspruchsfrei beschrieben werden. Bei einem Pauschalpreis muss klar sein, welche Leistung hiermit abgegolten wird. Bei einem Einheitspreis muss feststehen, welche Leistungseinheiten mit dem jeweiligen Preis abgegolten werden. Nur klare Regelungen führen zu Rechtssicherheit.

³⁰ Zu Formulierungsbeispielen im Werkvertrag s. Ameziane/Hamann, „2.6.4 Werkvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*.

3. Vertragsänderungen

Nachträgliche Änderungen des Bauvorhabens und ihre Auswirkungen auf die Vergütung sind besonders konfliktträchtig. Juristisch stellen Abweichungen vom vereinbarten Leistungsumfang eine Vertragsänderung dar. Den Parteien muss klar sein, auf welche Leistungen sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung bezieht, ob die zusätzliche/geänderte Leistung gefordert werden kann und ob für die zusätzliche/geänderte Leistung eine zusätzliche Vergütung verlangt werden kann.³¹

4. Bauzeit

Bauvorhaben benötigen oft mehr Zeit als geplant. Bauzeitverlängerungen können rasch zu hohen Mehrkosten führen. Eine verschuldete Bauzeitüberschreitung kann Vertragsstrafen auslösen. Der Streit darüber, wer welche Bauzeitverlängerung zu verantworten hat, ist vorprogrammiert: Der Auftraggeber fordert die vereinbarte Vertragsstrafe, der Auftragnehmer fordert Mehrkosten aus Bauzeitverlängerung. Das Streitpotenzial wird verringert, wenn die Bauzeit realistisch kalkuliert ist. Fertigstellungs- und erforderlichenfalls Zwischentermine sollten ausdrücklich vereinbart werden. Fertigstellungstermine können mit Vertragsstrafe bewehrt werden. Zusätzlich kann auch ein baubegleitendes Gremium vorgesehen werden, das zumindest vorläufige Entscheidungen trifft, z.B. in Form von *Dispute Avoidance/Adjudication Board* der FIDIC-Verträge.³²

IV. Vertragsnetz

Bei großen Infrastrukturprojekten wirken neben den Projektpartnern in der Regel eine große Anzahl an Beteiligten mit, z.B. Bauunternehmen, Institutionen der öffentlichen Hand, Betreibergesellschaften, Ingenieurbüros, Projektsteuerer, Banken. Infrastrukturprojekte erfordern

³¹ Zur Gestaltung einer Vertragsklausel im Werkvertrag, die das Recht begründet, zusätzliche/geänderte Leistungen zu fordern, s. Ameziane/Hamann, „2.6.4 Werkvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*.

³² Clause 21 FIDIC Conditions of Contract for Construction, General Conditions, 2nd ed. 2017.

daher regelmäßig zahlreiche Verträge. Neben den Gesellschafts³³, Planungs- und Bauverträgen³⁴ können weitere Verträge³⁵ notwendig sein, z.B. Kaufverträge, Miet- oder Pachtverträge, Finanzierungsverträge. Die vertragliche Vernetzung zahlreicher Beteiligter ist störungsanfällig. Deswegen müssen die für die Realisierung des Vorhabens notwendigen Verträge insgesamt zusammenpassen. Es darf keine explosive Mischung, kein unverträglicher Cocktail entstehen. Das Vertragsnetz muss für alle Beteiligten sichtbar sein. Nur wer das vollständige Bild kennt, kann ein bestimmtes Detail richtig einordnen. Wer seine vertraglich gebundene Aufgabe im Zusammenhang des gesamten Vertragsnetzes verstanden hat, wird diese Aufgabe mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich umsetzen.

V. Konfliktlösungsmechanismen

Bei der Wahl der geeigneten Konfliktlösungsmechanismen muss das gesamte Vertragsnetz berücksichtigt werden. Idealerweise erfolgt die Streitentscheidung bei einem Projekt, zu dem mehrere Verträge gehören, einheitlich. Die Konfliktlösungsmechanismen müssen deshalb aufeinander abgestimmt und klar geregelt werden.³⁶ Insbesondere müssen die

³³ Ausführlich zur Vernetzung der Gesellschaftsverträge mit privaten Verträgen s. Hamann, „§ 3 Vernetzung der Gesellschaftsverträge mit privaten Verträgen“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022.

³⁴ Ausführlich zum Vertragsnetz bei Bauprojekten s. auch Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, Rn. 21.

³⁵ Zu Lieferverträgen s. Formulare in Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*, Form. 2.2.1 Liefervertrag, 2.2.2 Sukzessivlieferungsvertrag, 2.2.3 Rahmenliefervertrag, 2.2.4 Anlagenlieferungsvertrag. Zur Gestaltung internationaler Dienstverträge s. Bulka/Hamann, „Form. 2.6.2 Dienstvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*.

³⁶ Zur Auswahl der geeigneten Konfliktlösungsformen im Gesellschaftsrecht s. Hamann, „§ 2 Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 17 ff.; zu Schiedsvereinbarungen im Gesellschaftsrecht s. Hamann, „§ 2 Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht“, in: Hamann/Sigle/Grub,

Kompetenzen bzw. Zuständigkeiten und der Verfahrensablauf eindeutig definiert werden. Haben sich die Parteien auf die Streitbeilegung durch ein institutionelles Schiedsgericht geeinigt, müssen die Besonderheiten der jeweiligen Schiedsgerichtsordnung, insbesondere bezüglich der Konstituierung des Schiedsgerichts und des Verfahrensablaufs berücksichtigt werden.³⁷

C. Klärung der bei der Vertragsumsetzung entstehenden Konflikte

I. Konflikterkennung

Bei Infrastrukturprojekten mit zahlreichen Beteiligten werden mit hoher Wahrscheinlichkeit Konflikte auftreten. In gut gemachten Verträgen sind Risiken und Interessen klar zugeordnet. Vor Überraschungen schützt dies nicht. Ob ein Konflikt erfolgreich gelöst werden kann hängt wesentlich von nicht juristischen Faktoren ab:

- Entscheidend ist zunächst, den Konflikt frühzeitig zu erkennen und sich dann sofort mit ihm auseinanderzusetzen. Nötig ist ein Seismograph, ein Mechanismus, der Erschütterungen frühzeitig anzeigt. Das setzt die Bereitschaft und die Fähigkeit der handelnden Personen voraus, genau hinzusehen, Erkenntnisse auszusprechen, über notwendige Konsequenzen nachzudenken und realistische Entscheidungen zu treffen.
- In verwickelten Gemengelage aus politischen, technischen und wirtschaftlichen Interessen gibt es für Konflikte oft keine ideale Lösung. Es geht darum, zwischen mehreren mehr oder weniger schmerzhaften Varianten die relativ beste zu wählen, von mehreren gefährlichen Wegen den relativ sichersten zu beschreiten. Bei der Abwägung kommt es nicht nur auf betriebswirtschaftliche Kennzahlen und ähnliches an, sondern

Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022, Rn. 21 ff.

³⁷ Zum Ablauf des Schiedsverfahrens s. Hamann, „3. Abschnitt, Kapitel 1. Schiedsverfahren“, in: Guhling/Günter, *Gewerberaummiete*, 2. Aufl. 2019, Rn. 43 ff.

auch auf die handelnden Personen: Nicht für jeden ist ein nächtlicher Spaziergang durch Lagos oder eine Reise durch den Osten des Kongo ein Vergnügen und auch wer sich gerne darauf einlässt, trifft vernünftigerweise Schutzmaßnahmen.

Lassen Sie uns Homer befragen. Wie gelingt es Odysseus, die gefährliche Meerenge zwischen Skylla und Charybdis zu durchfahren? Auf beiden Seiten ein Ungeheuer: rechts Skylla und links Charybdis:

„Dorthin drohen zween Felsen: Der eine berühret den Himmel. In der Mitte des Felsens ist eine benachtete Höhle. Diese Höhle bewohnt die fürchterlich bellende Skylla. Siehe das Ungeheuer hat 12 abscheuliche Klauen. Und 6 Häls' unglaublicher Läng, auf jeglichem Halse einen grässlichen Kopf ...

Doch weit niedriger ist der andere Felsen, Odysseus. Dort ist ein Feigenbaum, mit großen laubdichten Ästen. Drunter lauert Charybdis, die wasserstrudelnde Göttin. Dreimal gurgelt sie täglich es aus und schlurft es dreimal schrecklich hinein. Wehe dir wofern du der Schlurfenden nahest.“

Warum gelingt es Odysseus die Fahrt zu meistern? Odysseus denkt nach. Er nimmt sich die Zeit, die notwendig ist, um die Risiken zu erkennen, zu analysieren und um Kraft zu schöpfen, bevor er sich der Gefahr stellt. Nehmen auch Sie sich Zeit. Stellen Sie sich in Gedanken vor ein Stilleben von Pieter Claesz, versuchen Sie alle Details zu erfassen: Wer hat das Weinglas umgeworfen, für wie viele Gäste war eingedeckt worden? Was liegt im Schatten, was ist ausgeleuchtet, was verbirgt sich im Hintergrund?

Odysseus lässt sich beraten. Die Göttin Kirke spricht mit ihm über die Gefahren des Weges. Odysseus und seine Gefährten wollen eigentlich gleich weiter, aber lassen sich dann darauf ein, Kirke zuzuhören. Homer formuliert es so: *„Also sprach sie und zwang der edlen Herz zum Gehorsam.“*

Odysseus will nicht zu viel: Er würde gerne ganz ohne Verlust an Skylla und Charybdis vorbeikommen, indem er Skylla vernichtet und dann in sicherem Abstand an Charybdis vorbeifährt. Kirke macht ihm klar, dass er den Verlust von sechs seiner zwölf Mann Schiffsbesatzung in Kauf nehmen muss, um nicht ganz unter zu gehen. Sie sagt zu ihm: *„Unglückseliger denkst du auch hier an deine kriegerischen Taten? Nichts hilft Tapferkeit dort, entfliehen ist die einzige Rettung.“* Dank Kirkes Rat hat

Odysseus den notwendigen Respekt vor den lauenden Gefahren und ist bereit, Abstriche zu machen.

Eine sehr alte Geschichte. Aber vielleicht doch nicht so fern von den Herausforderungen verwickelter Konflikte in Infrastrukturprojekten, die angesichts hoher Risiken wirtschaftlich in den Abgrund führen können. Gerade bei Anlagenbau- und Infrastrukturprojekten bewegen sich Unternehmen oft in unbekanntem, fremdem Gewässer. Fremd im wörtlichen Sinne, wenn sie im Ausland agieren, unbekannt, unvertraut vielleicht auch dann, wenn sie technisch Neuland betreten oder kaufmännisch bspw. mit innovativen Finanzierungsmodellen an den Start gehen.

Die Fehlerquellen liegen in der Regel nicht in juristischen Details, sondern in den Begleitumständen, in denen die Handelnden stecken und die dazu führen, dass zu spät und zu unentschlossen reagiert wird. Zum rechtzeitigen Handeln gehört, sich zuvor das Ausmaß des Konflikts einzugestehen. Schon aus Zeitgründen ist das nicht einfach: E-Mails, Videokonferenzen, politische oder konzerninterne Vorgaben lassen zu wenig Zeit zum Nachdenken. Der Überbringer schlechter Nachrichten hatte noch nie eine angenehme Rolle. Die Lösung für einen schwierigen Konflikt lässt sich regelmäßig nicht durch Druck erzwingen. Wenigstens die juristischen Berater sollten die Chance haben, die Ursachen des Konflikts zu analysieren, alternative Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln, abzuwägen, zu besprechen und dann zu entscheiden. Hektische Betriebsamkeit hilft nicht weiter. Eine Flut von E-Mails, endlose Telefonkonferenzen, über Nacht Datenbanken abgrasen, Vertragsmuster neu zusammenschneiden, alles schön und gut, aber ein ernsthaftes Problem, einen Konflikt bei dem viel auf dem Spiel steht, kann man so nicht lösen. Odysseus hatte immerhin einen Tag und eine Nacht mit Kirke. Kirke ist eine Göttin, vielleicht brauchen beratende Juristen manchmal etwas mehr Zeit. Als außenstehender Berater kann man ruhiger und konzentrierter nachdenken, weil man nicht unmittelbar betroffen und nicht in hierarchische Strukturen eingebunden ist.

Odysseus folgt dem Rat von Kirke. Wäre er selbtherrlich seinem ersten Impuls gefolgt, wäre er untergegangen.

II. Entwicklung einer offensiven Strategie

Offensiv ist nicht aggressiv. Der Duden definiert „*offensiv*“ als „*angreifend, den Angriff bevorzugend*“.³⁸ Eine offensive Strategie erfordert eine aktive, eigenverantwortliche Problemlösung und proaktives Handeln. Dies setzt eine Konfliktanalyse und die Entwicklung einer Strategie, die anschließend konsequent umgesetzt wird, voraus. Teil einer klugen Strategie ist die notwendige Flexibilität, um auf neue Erkenntnisse schnell reagieren zu können. Nicht nur zur Wissenschaft gehört die Bereitschaft, eigene Positionen in Frage zu stellen, wenn neue Entwicklungen neue Überlegungen und möglicherweise einen Kurswechsel erfordern.

III. Dokumentation der Vertragserfüllung

Auf Baustellen wird gerne der Satz „Wer schreibt, der bleibt“ zitiert. Er mag abgedroschen sein, enthält aber einen wahren Kern: Die Dokumentation der eigenen Vertragserfüllung und die Dokumentation von Pflichtverletzungen anderer Beteiligten ist eine wesentliche Voraussetzung für eine gute Verhandlungsposition und verbessert die Erfolgsaussichten in Auseinandersetzungen vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten. Aber auch die Dokumentation der Vertragsverhandlungen kann im Streitfall eigene Erfolgsaussichten verbessern, beispielsweise wenn es auf die Wirksamkeit einer Haftungsbeschränkungsklausel nach deutschem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) ankommt. Mit einer gut dokumentierten Vertragsverhandlung kann der Beweis gelingen, dass die strittige Vertragsklausel individuell zwischen den Parteien ausgehandelt wurde und damit wirksam ist (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Je besser die eigene Position für die anderen Beteiligten dokumentiert ist desto höher die Chance, ohne gerichtliche Auseinandersetzung ein gutes Verhandlungsergebnis zu erreichen.

Dies setzt eine konsequent proaktive Vertragserfüllung voraus. Die Projektrealisierung beginnt unmittelbar mit Vertragsunterzeichnung. Bei vielen Bauvorhaben verläuft die Startphase holprig, dort verlorene Bauzeit ist später nur schwer aufzuholen. Verantwortliche Mitarbeiter müssen die wesentlichen Verträge kennen und vom ersten Tag an die Vertragserfüllung dokumentieren. Dabei müssen die jeweils

³⁸ <https://www.duden.de/rechtschreibung/offensiv>.

maßgeblichen Regelwerke eingehalten werden. Beispielsweise VOB/B und FIDIC-Verträge sehen umfangreiche Hinweis- und Dokumentationspflichten vor. Studien zeigen, dass Projektverantwortliche die Verträge häufig nicht konsequent umsetzen. *„Wie die Praxis zeigt, findet das „Projektleben“ denn auch in erheblichem Umfang außerhalb der Verträge statt.“*³⁹ Kann die eigene Position einem Richter mit gut lesbar geschriebenen Dokumenten, die juristische und technische Fachsprache beachten, plausibel dargestellt werden, steigen die Prozessaussichten erheblich. Dokumentation der Vertragserfüllung sollte für alle Verträge im projektbezogenen Vertragsnetz beachtet werden, einschließlich der Gesellschaftsverträge.

IV. Trennung von streitigen Tatsachen und streitigen Rechtsfragen

Gestritten werden kann über Tatsachen oder über Rechtsfragen. Über Rechtsfragen können und müssen Richter – die in der Regel ausgebildete Juristen sind – entscheiden. Vom Sachverhalt müssen sie überzeugt werden, bei technischen und betriebswirtschaftlichen Details oft mit Hilfe von Sachverständigen. Diese wiederum müssen wissen, an welchen Tatsachen sie anknüpfen sollen und nach welchen Kriterien sie beispielsweise ein Abfindungsguthaben eines Gesellschafters berechnen sollen oder welche technischen Normen für die Beurteilung von Mängeln heranzuziehen sind.

V. Beachtung von außergerichtlichen Konfliktlösungsmechanismen

Sehen die zugrundeliegenden Verträge außergerichtliche Mechanismen, wie beispielsweise Schlichtung oder Mediation vor, müssen diese Mechanismen und eine ggf. vorgegebene Reihenfolge beachtet und dokumentiert werden. Wieder gilt: Eine eigenständige, proaktive Strategie verbessert die Chancen. Proaktiv kann dabei auch bedeuten, den richtigen Zeitpunkt für die nächste Eskalationsstufe abzuwarten. Manchmal benötigt man Zeit, um eine bessere Alternative aufzubauen, um in eine

³⁹ Schuhmann/Eichhorn, „Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion“, ZfBR 2020, 501 (502).

Position zu kommen, in der ein Scheitern der Verhandlung besser zu verdauen ist.

VI. Konfliktklärung vor staatlichen Gerichten

Für Prozesse vor staatlichen Gerichten sind in der Regel umfangreiche Prozessordnungen zu beachten, die nur ein im jeweiligen Land erfahrener Prozessanwalt routiniert beherrschen kann. Infrastrukturprojekte können zu Prozessen vor mehreren Gerichtsbarkeiten führen: Zum Prozess gegen einen staatlichen Auftraggeber in Katar oder Algerien kommt die Inanspruchnahme von Sicherheiten Schweizer Banken nach Schweizer Recht in Zürich. Vertragspartner streben Prozesse am Sitz der anderen Vertragspartei an, unter Umständen verknüpft mit einstweiligem Rechtsschutz oder Verfahren zur Abwehr der Zwangsvollstreckung. Ausländische Schiedssprüche sollen im Inland vollstreckt werden.⁴⁰ Auch hier gilt: Wichtig ist eine eigene, proaktive Strategie auf der Grundlage einer sorgfältigen Konfliktdanalyse. Berater müssen den gesamten Konflikt strategisch im Blick behalten und das Zusammenspiel der verschiedenen Verfahren, möglicherweise über die ganze Welt verstreut, sorgfältig betreuen und möglichst aktiv führen.

Im Auge behalten werden muss dabei auch, wo die Grenzen gerichtlicher Entscheidungen liegen: Gerichte entscheiden Rechtsfragen. Dabei können und müssen sie zugrundeliegende technische und wirtschaftliche Sachverhalte aufklären und ihrer Entscheidung zugrunde liegen.⁴¹ Sie treffen aber keine unternehmerischen Entscheidungen. Auch emotionale Gemengelagen können sie nicht durch juristische Entscheidungen auflösen. Erfahrene Richter haben oft ein gutes Gespür für diese nicht juristischen Elemente eines Konflikts. Angesichts der Komplexität von Auseinandersetzungen bei internationalen Infrastrukturvorhaben ist es aber schwierig, im Rahmen eines – von den Klageanträgen bestimmten – Pro-

⁴⁰ Zur Vollstreckung von Schiedssprüchen s. Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. 2015, chapter 11.

⁴¹ Die Entscheidungen deutscher Gerichte müssen begründet werden, § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO. Gemäß § 313 Abs. 3 ZPO enthalten die Entscheidungsgründe eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht.

zesses eine Gesamtlösung des Konflikts zu verhandeln. Auch deshalb gilt gerade bei großen Bauvorhaben: Soweit irgend möglich sollten stets mehrere Gesprächsebenen offengehalten werden. Sind sie verschlossen, kann und muss daran gearbeitet werden, Gesprächsebenen wiederaufzubauen.

VII. Konfliktklärung vor Schiedsgerichten

Schiedsgerichte sind in der Regel effizient, wenn die Schiedsrichter klug ausgewählt wurden. Vor allem bei komplexen Streitigkeiten haben Schiedsgerichte Vorteile gegenüber staatlichen Gerichten. Schiedsgerichtsinstitutionen bieten eine Vielzahl von Regeln und Mechanismen, um eine effektive Streitbeilegung mit angemessenem Aufwand und Kosten zu erreichen. Aber auch hier ist es wichtig, eine eigene offensive Strategie der Verfahrensführung zu entwickeln. Hierzu gehört die Art und Weise der Einleitung des Schiedsverfahrens und die Auswahl der Schiedsrichter. So kann beispielsweise die Substantiierung der geltend gemachten Ansprüche (unterstützt durch Beweisangebote) bereits in der Schiedsklage zu einer schnelleren Beilegung des Streits führen. Die Parteien können das Schiedsverfahren überwiegend selbst gestalten und damit zur zügigen Klärung von Konflikten beitragen. Zu den Nachteilen der Schiedsgerichtsbarkeit gehört ihre Anfälligkeit für verfahrensstörendes Verhalten der Parteien. Die Parteien sind auf die Kompetenz und Entschlossenheit der Schiedsrichter im Umgang mit einem solchem Verhalten angewiesen.⁴² Schiedsgerichte entscheiden in aller Regel in erster und letzter Instanz. Schiedssprüche können von staatlichen Gerichten nur unter sehr engen Voraussetzungen aufgehoben werden.⁴³

⁴² Mehr zur Verfahrensstrategien in Schiedsverfahren in Hamann/Bulka, „How to Make Arbitration Efficient: Practice Examples“, *SchiedsVZ* 2022, 27.

⁴³ Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. 2015, chapter 10 para. 10.08, 10.09.

ÖZET

I. *Altyapı projeleri, projeyi gerçekleştiren şirketlerin taraf olduğu bir sözleşmeler ağını gerektirir. Örneğin, uygulayıcı şirketler konsorsiyum anlaşmaları veya ortak girişim anlaşmaları yaparlar veya bir proje şirketi kurulur. İkinci bir dizi düzenleme, altyapı projesinin planlanması ve inşası için yapılan sözleşmelerdir. Sözleşmeler uzman planlamacılar, proje yöneticileri ve yürütücü şirketlerle yapılmalıdır. İşletmeci şirketlerle de sözleşmeler yapılabilir. İşverenler genellikle devlet kurumlarıdır. Şirketler genellikle çeşitli ülkelerden gelmektedir. Tüm tarafların etkileşimi, yüksek bir uyumsuzluk potansiyeli barındırır. Uluslararası bağlamdaki ihtilaflar maliyetli ve uzun süreli olabilir. Zamanında yapılan ve tutarlı bir uyumsuzluk analizinin yardımıyla, potansiyel uyumsuzluklar sözleşme müzakereleri sırasında tespit edilebilir. Uygun bir sözleşme tasarımı ile uyumsuzluklar önlenir. Proje uygulaması sırasında buna rağmen ortaya çıkan uyumsuzluklar hızlı bir şekilde tespit edilebilir ve ardından makul bir uğraşla çözülebilir. Bir uyumsuzluk durumunda, dikkatli şekilde yapılan proje (ve uyumsuzluk) dokümantasyonu yardımcı olur. Zamanında fark edilen ve analiz edilen uyumsuzluklar genellikle, uzun süre boyunca proaktif bir şekilde çözülmemiş birkaç uyumsuzluğun birleşmesinden daha az çabayla çözülebilir.*

II. *Altyapı projelerinde analitik uyumsuzluk çözümü, hukuki durumun açıklığa kavuşturulmasına ek olarak şunları gerektirir:*

- *Vakalara ve taraf olan kişilere doğru bir şekilde bakabilmeyi;*
- *Taraf olan kişilere empati ile bakma isteğini;*
- *Ortaya çıkan uyumsuzluklara karşı duyarlılık ve bu uyumsuzluklarla yüzleşme ve aktif şekilde çözüme iradesi.*

Bu, müzakare aşamasında, sözleşme tasarımında, sözleşme uygulamasında ve ulusal mahkemeler ile tahkim mahkemesi önündeki uyumsuzluk süreçlerinde geçerlidir.

III. *Analitik uyumsuzluk çözümü, sözleşme tasarımında menfaatlerin ve risklerin projeye ve proje paydaşlarına uygun bir biçimde tanımlanmasını ve açıkça dağıtılmasını ve uygun uyumsuzluk çözüm mekanizmalarının kararlaştırılmasını sağlamaya yardımcı olur. Buna hukuki, ticari ve teknik hususların yanında ilgili kişilerin menfaatlerini ve kültürel ve siyasi arka planı da içermesi gereken sözleşme müzakere sürecine dikkatli bir şekilde hazırlanması da*

dahildir. Dikkatli bir risk analizi ve hangi sözleşme tarafının hangi riski üstlendiğine dair açık sözleşmesel düzenlemeler yapılması özellikle önemlidir. Uyuşmazlık çözüm mekanizmalarıyla ilgili karara varılırken önemli proje paydaşlarının geldiği ülkelerin hukuk düzenleri dikkate alınmalıdır. Örneğin devlet mahkemelerinin ve tahkim mahkemelerinin kararlarının uygulanabilirliği veya anlaşılabilir teminatların kullanımı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bir tahkim anlaşmasına varılması halinde, uygun bir tahkim kurulu seçilmelidir. Hakem atama prosedürü ve hakemlerin seçimi özel önem arz etmektedir.

IV. Sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar zamanında tespit edilebilir ve proaktif şekilde çözülebilir. Sorumlu proje yöneticileri bir sismograf gibi, ortaya çıkan uyuşmazlıkların yaklaşan şok dalgalarının ilk işaretlerini tanımlayıp derhal harekete geçmek konusunda duyarlı hale gelebilir. Proje paydaşları uyuşmazlıkları mümkün olduğunca erken ele almaya ve çözüm önerileri geliştirmeye teşvik edilebilir. Yalnızca tanınan ve ele alınan bir uyuşmazlık yapıcı şekilde çözüme kavuşturulabilir. Bu, ortak girişim paydaşları arasındaki uyuşmazlıklar için olduğu gibi planlamacılar ve inşaatçı şirketler ve yeri geldiğinde taşeron zincirleri için de geçerlidir.

V. Anlaşmazlık durumunda, sözleşmesel risk paylaşımına ve sözleşmenin uygulanması sırasında hazırlanan belgelere bakılabilir. Akdedilen sözleşmelerde riskin açık bir şekilde dağıtılması ve uygun uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bulunması halinde, zorlu bir uyuşmazlık bile düzgün bir şekilde bir karara kavuşturulabilir. İlk olarak kendisi sözleşmeyi yerine getirdiğini, ikinci olarak da diğer tarafların sözleşme ihlallerini dikkatli şekilde belgeleyen sözleşme tarafı başarı şansını arttırır. Aynı zamanda, müzakere sonucunda çözüm şansını da arttırır. Ayrıca burada, bir uyuşmazlık durumunda tartışılabilir olmak ve mümkün olan en fazla düzeyde iletişime açık kalmak da önemlidir.

LITERATURVERZEICHNIS

BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th ed. 2015.

DUDEN, Das Fremdwörterbuch, 12. Aufl. 2020.

GUHLING, Hartmut/GÜNTER, Peter, Gewerberaummiete, 2. Aufl. 2019.

HAMANN, Hartmut/BULKA, Olesya, How to Make Arbitration Efficient: Practice Examples, SchiedsVZ 2022, 27.

HAMANN, Hartmut/SIGLE, Axel/GRUB, Maximilian, Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022.

KAMANABROU, Sudabeh, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019.

MAIER-REIMER, Georg, Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts, NJW 2010, 2545.

MÜNCH, Joachim, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2022.

NEDDEN, Jan Heiner/HERZBERG, Axel Benjamin, ICC-SchO, DIS-SchO, Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen, 2014.

PETERS, Frank, Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht – Überblick, kritische Anmerkungen, Ausblick, NZBau 2002, 113.

PILTZ, Burghard/LEWIS, Linda, Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht.

ROQUETTE, Andreas/SCHWEIGER, Daniel, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020.

SCHUHMANN, Ralph, Vom rechtssicheren zum effizienten Projektvertrag, ZfBR 2012, 9.

SCHUHMANN, Ralph/EICHHORN, Bert, Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion, ZfBR 2020, 501 (505).

SCHÜTZE, Rolf, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit (Kommentar), 3. Aufl. 2018.

SCHÜTZE, Rolf/THÜMMEL, Roderich, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021.

WEIGAND, Frank-Bernd/BAUMANN, Antje (ed.), Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, 3rd ed. 2019.

