

**AK Internationales Baurecht:
Möglichkeiten zum Umgang mit Kosten- und
Terminrisiken in Neuverträgen**

Webinar, 14. Dezember 2022

Syndikusrechtsanwalt Dr. Yves Bock, LL.M. eur.

Allgemeine Überlegungen


Optimierung der Supply Chain

(1) Due Diligence / allgemeines Risikomanagement

- Welche Lieferanten sind im Hinblick auf Termin, Kosten, Verfügbarkeit kritisch?
- Vermeide Single Source.
- Klumpenrisiken beachten, etwa nach Herkunft/Branche der Lieferanten (Bsp.: spanische Bauunternehmen/EPC nach der Finanzkrise)

(2) Vertragliche Flexibilität in der Lieferkette

- Mitspracherechte des Kunden (“Approved Sub-Contractor / Vendor”) vermeiden / minimieren
- Risikomanagement mit dem Kunden besprechen.
- Kündigungsmöglichkeiten in den Subunternehmerverträgen.



Empfehlung: das Thema der allgemeinen Lieferkrise sollte grundsätzlich angesprochen und diskutiert werden. Der Terminplan ist entsprechend zu gestalten, nach Möglichkeit sind großzügige Terminpuffer vorzusehen.

Allgemeine Überlegungen


Kein „EPC Risiko“ mehr

(1) Kombination mit anderen Vertragsmodellen

- Besonders kritische Lieferanten oder Teillieferungen werden nicht mehr im Rahmen des EPC Vertrages angeboten, sondern als EPCM (“Management”) Scope.
- Vollständige Verlagerung des Kosten- und Terminrisikos auf den Kunden ggf. nicht durchsetzbar.

(2) Für einen definierten (oder den ganzen) Scope wird das Kosten- und/oder Terminrisiko ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt

- Andere Preismodelle (siehe nächste Folien), frühzeitige Bestellung (“early notice to proceed”)
- Besondere LD Regelungen (caps, Tagessätze, Kündigungsregelungen)



Empfehlung: Dieses Vorgehen ist der Königsweg, wenn in der Angebotsphase bereits bekannt ist, dass kritische Lieferanten nicht mehr bindende Termine oder Pauschalpreise anbieten. Bei kleineren Zulieferungen könnte ein Kostenrisiko ggf. in den Preis einkalkuliert werden.

Vertragspreis

Der Standard im Anlagenbau: Pauschal festpreis

- Pauschal festpreis
 - evt. kombiniert mit (festen) Einheitspreisen (v.a. bei größerem Bauteil)
 - evt. kombiniert mit einer (limitierten) Anzahl von Preisindizes

- Eignung in der derzeitigen Situation?
 - Auch Einheitspreise sind Festpreise. Preisrisiken liegen beim Auftragnehmer
 - Bauindustrie und erste internationale Musterverträge arbeiten zunehmend mit Anpassungsmechanismen
 - Anpassung über Inflationsklausel untauglich („mittlere Krankenhaustemperatur“)
 - Serviceverträge: Anpassung über Lohnabschlüsse

- Abrechnung nach tatsächlichen Kosten zzgl. einer Marge/Fee
- Vorteile:
 - Einfach handzuhaben, je nach Industrie durchaus üblich (NEC Option E, JCT Prime Cost, FIDIC Short Form)
 - Kostenrisiko für den AN ausgeschlossen
- Nachteile:
 - Erfordert Offenlegung der Kalkulation (Anwendung nicht auf eigene Kosten/Leistungen?)
 - In weiten Teilen der Industrie nicht üblich

Vertragspreis

Andere Preismodelle: GMP und Target Price

- GMP (Guaranteed maximum price) – Garantierter Maximalpreis
- Target Price (z.B. NEC Options C&D, IChemE Burgundy Book)
 - Ausgestaltung jeweils mit Bonus- Malusregelung oder Incentive üblich
 - Eher ungeeignet: sind auf Unsicherheiten im Design ausgerichtet und weniger auf Risiken allgemeiner und außergewöhnlicher Kostensteigerungen
 - Daher: Fokus auf Verhandlung von Preisgleitklauseln / Mehrkostenansprüchen

- Preisrisiken sind bekannt?
- Anknüpfung: Materialien, Rohstoffe, Arbeitskosten, „other inputs to the Works“ (bislang nicht Ereignisse)
- Üblich in Bauverträgen (s. aber auch FIDIC Yellow Book 2017, Sub-Clause 13.7 mit Verweis auf „schedule(s) of cost indexation in the Particular Conditions“)
- Präzise formulierte, „klassische“ Preisgleitklauseln decken die Preisrisiken ggf. nicht hinreichend ab (vgl. etwa reine Rohstoffklauseln)
- Selbstbehalte um weiterhin günstige Beschaffung zu incentivieren (vgl. etwa Stoffpreisgleitklausel des Bundesbauministeriums)
- Bagatellgrenze: selbst „einfache“ Klauseln sind aufwändig in der Berechnung und Nachweisführung / Dokumentation

Vertragspreis

Allgemeiner Mehrkostenanspruch / Preisanpassungsklauseln

- Anknüpfung: klassischerweise Ereignisse (denkbar etwa: Pandemiemaßnahmen/Lockdowns explizit oder implizit als „acts of authorities“)
- Problematisch Vorhersehbarkeit (s. oben) und Kausalität
- Allgemeine Verfügbarkeitsrisiken und unklare Kausalverläufe (Krieg in der Ukraine)?
- Spezifizierung allgemeiner Hardshipklauseln:
 - (ICC 2003): “if continued performance has become excessively onerous due to an event beyond a party’s reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account, the parties shall negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.”
- Wiederum Kombination mit Selbstbehalten und Bagatellgrenze

Mehrkosten infolge von Pandemiemaßnahmen

Public Sector Standard Conditions of Contract (“PSSCOC”) – Singapore

22.1 Reasons for Loss and Expense

The Contractor shall be entitled to recover as Loss and Expense sustained or incurred by him, and for which he would not be reimbursed by any other provision of the Contract, all loss, expense, costs or damages of whatsoever nature and howsoever arising as a result of the regular progress and/or completion of the Works or any phase or part of the Works having been disrupted, prolonged or otherwise materially affected by:

- (a) the issue of an instruction for a variation;
- (b) the issue of an instruction in relation to Provisional Sum Items but only if and to the extent that such instruction on a true interpretation of the Contract as a whole, constitutes a variation in kind or extent, from the Works described under the Provisional Sum Items;
- (c) failure of the Employer to give possession of the Site to the Contractor in accordance with Clause 12.2;
- (d) the suspension by the Superintending Officer of any work for a cause which entitles the Contractor to recover Loss and Expense;
- (e) the Contractor not having received from the Superintending Officer within a reasonable time necessary Drawings, instructions or other information in regard to the Works for which notice in writing had been given by the Contractor in accordance with Clause 3.4;
- (f) the issue of an instruction by the Superintending Officer under any of Clauses 3.6, 4.4, 10.4, 10.6, 18.2, 18.4 and 25.1(3) but only if the Employer is liable to pay to the Contractor any Loss and Expense by reason of such an instruction;
- (g) unforeseeable adverse physical conditions of which notice in writing has been given pursuant to Clause 5.2;
- (h) acts or omissions of other contractors engaged by the Employer in executing work not forming part of this Contract; or
- (i) any act of prevention or breach of contract by the Employer not mentioned in this Clause.
- (j) any **Pandemic Outbreak** provided that —
 - (i) the Contractor shall only be entitled to recover **50%** of such Loss and Expense excluding the relevant costs as provided in Clause 1.1(q)(iii);
 - (ii) the Contractor shall only be entitled under this Clause 22.1(j) to recover Loss and Expense for which the Contractor has not received any government or statutory relief or subsidy; and
 - (iii) the aggregate amount of Loss and Expense that the Contractor is entitled to recover under this Clause 22.1(j) **shall not exceed 5% of the Contract Sum** set out in the Letter of Acceptance. To avoid doubt, the aggregate amount of Loss and Expense that the Contractor is entitled to recover under both this Clause 22.1(j) and Clause 22.1(ja) **shall not exceed 5% of the Contract Sum** set out in the Letter of Acceptance;

(ja) any measures that the government or any other statutory or public authority of Singapore requires the Contractor to implement in respect of the Works arising from any Pandemic Outbreak provided that—

- (i) the Contractor shall only be entitled to recover **50% of such Loss and Expense** excluding the relevant costs as provided in Clause 1.1(q)(iii);
- (ii) the Contractor shall only be entitled under this Clause 22.1(ja) to recover Loss and Expense for which the Contractor has not received any government or statutory relief or subsidy; and
- (iii) the aggregate amount of Loss and Expense that the Contractor is entitled to recover under this Clause 22.1(ja) **shall not exceed 5% of the Contract Sum** set out in the Letter of Acceptance. To avoid doubt, the aggregate amount of Loss and Expense that the Contractor is entitled to recover under both this Clause 22.1(ja) and Clause 22.1(j) **shall not exceed 5% of the Contract Sum** set out in the Letter of Acceptance;

Clause 22.1(j) and (ja) were added w.e.f. 1 November 2021. Refer to the List of Amendments for PSSCOC for Construction Works 2020 (8th Edition Jul 2020) for amendments made.

Provided always that the Contractor shall not be entitled to any such Loss and Expense where it arises from or is necessitated by or is intended to cure any default or breach of contract by the Contractor.

22.2 Sufficiency of Loss and Expense

The Contractor shall not be entitled to recover any loss, expense, costs or damage whatsoever resulting from any disruption, prolongation or other material effect to the regular progress or completion of the Works or any phase or part of the Works except in accordance with the express provisions of the Contract.

Musterverträge: Weltbank

SBD ermöglicht weitgehende Flexibilität in weltbankfinanzierten Projekten

Clause 70 : Changes in Cost and Legislation

In Works contracts financed in whole or in part by the Bank, **it is mandatory to include price adjustment provisions if the contracts extend beyond 18 months** (or even shorter periods in countries with high inflation rates). The method of price adjustment prescribed (i.e., the use of a formula) is for cases where official or proxy indices for the fluctuation of the prices of constructional inputs are available.

Use of the “documentary evidence” method of price adjustment is discouraged and should only be applied in the rare cases where there are no official indices available, and it is not possible to determine proxy indices. Use of the “documentary evidence” method will require different clauses, and care and diligence in the checking of base price documents and actual invoices submitted by the Contractor. **If this document is used for a fixed-price contract, only Sub Clause 70.8 should be retained (and renumbered) with the omission of the last sentence therein.**

Terminrisiken

Klassische Entschuldigungsgründe in Musterverträgen

- **Extension of Time**
 - Anknüpfung an Vorhersehbarkeit problematisch (etwa FIDIC Yellow Book: „Unforeseeable shortages in the availability of personnel or Goods [...] caused by epidemic or governmental actions“)
 - Einführung des Verschuldensprinzips denkbar („any event **not** caused by or attributable to the Contractor“)
- **Force Majeure / Exceptional Event (FIDIC 2017)**
 - Beherrschbarkeit bzw. Vermeidbarkeit problematisch (“beyond a Party's control”, “could not reasonably have provided against before...”)
- **Mögliche Erweiterungen**
 - Ausweitung auf allgemeine Lieferkettenstörungen („**General** unavailability of material and goods affecting not only Contractor's supply chain“)
 - Spezifische Regelung zu Pandemiemaßnahmen (siehe Beispiel nächste Seite)
 - Klärung, dass „generelle“ Vorhersehbarkeit nicht gemeint ist (ähnlich Terrorgefahr einigen Ländern)

Terminrisiken: Musterverträge adressieren Pandemiemaßnahmen

Public Sector Standard Conditions of Contract (“PSSCOC”) – Singapore

14.2 Extension of the Time for Completion

The time within which the Works or any phase or part of the Works is to be completed may be extended by the Superintending Officer either prospectively or retrospectively and before or after the Time for Completion by such further period or periods of time as may reasonably reflect delay in completion of the Works which, notwithstanding due diligence and the taking of all reasonable steps by the Contractor to avoid or reduce such delay, will or has been caused by any of the following events:

- (a) An event which is beyond the Contractor’s reasonable control (a force majeure event).
- (b) Exceptionally adverse weather conditions or severe haze conditions the assessment of which shall be in accordance with the relevant provision in the Contract.
- (c) Industrial action by workmen, strikes, lock-outs or embargoes affecting any of the trades employed upon the Works or in the preparation, manufacture or transportation of materials or goods required for the Works and provided the same are not due to any unreasonable act or default of the Contractor or of any subcontractor. Provided that this event shall only apply if the industrial action by workmen, strike, lock-out or embargo causing the delay is in Singapore.
- (d) One or more of the “excepted risks” referred to in Clause 25.2.
- (e) Compliance with the requirements of any law, regulation, by-law or public authority or public service company as stipulated in Clause 7.1.
- (f) Fire, storm, lightning, high winds, earthquake or flooding.
- (g) Ordering of test by the Superintending Officer which is not provided by the Contract pursuant to Clause 10.4 and the uncovering or making openings for inspection of any work pursuant to Clause 10.6, unless the test or inspection showed that the Plant, materials, goods or workmanship had not been in accordance with the provisions of the Contract.
- (h) The issue of any instruction for a variation.
- (i) The issue of an instruction by the Superintending Officer in relation to a Provisional Sum Item but only if and to the extent that such instruction gives rise to a variation of the work described under the Provisional Sum Item.
- (j) Failure of the Employer to give possession of the Site or any part of the Site to the Contractor in as required by Clause 12.2.
- (k) Subject to Clause 13.1(2) an instruction by the Superintending Officer to suspend any work.

- (l) The Contractor not having received from the Superintending Officer within a reasonable time necessary Drawings, instructions or other information in regard to the Works for which notice has been given by the Contractor in accordance with Clause 3.4.
- (m) Acts or omissions of other contractors engaged by the Employer in executing work not forming part of the Contract.
- (n) Any act of prevention or breach of contract by the Employer not mentioned in this Clause.
- (o) Any search instructed by the Superintending Officer under Clause 18.4 and such search reveals any defect, shrinkage or other fault for which the Contractor is not liable.
- (p) Adverse physical conditions which fall within Clause 5.2.
- (q) Pandemic or an outbreak of infectious disease occurring over a wide geographical area crossing international boundaries, usually affecting a large number of people, declared by
 - (i) the World Health Organisation or any international health related authority; or
 - (ii) the health-related authority in the geographical area where the pandemic or infectious disease is occurring; or
 - (iii) the Ministry of Health of Singapore, (“Pandemic Outbreak”)

resulting in shortages of the labour, goods, materials or Construction Equipment required for the Works or inability to proceed with any part of the Works.

- (qa) Measures that the government or any other statutory or public authority of Singapore requires the Contractor to implement in respect of the Works arising from any Pandemic Outbreak.

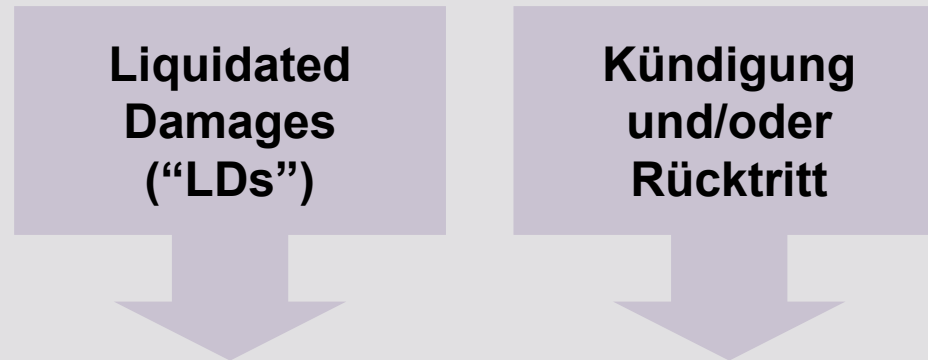
Clause 14.2(q) and (qa) were amended w.e.f. 1 November 2021. Refer to the List of Amendments for PSSCOC for Construction Works 2020 (8th Edition Jul 2020) for amendments made.

- (r) Any other ground for extension of time expressly mentioned in the Contract and not mentioned in this Clause 14.2.

Provided always that the Contractor shall not be entitled to any extension of time where the instructions, or acts of the Employer or the Superintending Officer are necessitated by or intended to cure any default of or breach of Contract by the Contractor and such disenitment shall not set the Time for Completion at large.

Verzug und Folgen von Verzug

Gesonderte Rechtsfolgen für Verzüge infolge von Lieferschwierigkeiten?



Sonderregelungen für bestimmte Terminrisiken:

- Nur bestimmte Lieferungen und Leistungen werden mit LDs belegt
- Zahlung von sehr niedrigen LDs in Kombination mit großzügigen „grace periods“
- Kündigung/Rücktritt erst nach gemeinsamer Evaluierung der Lage (=weitere „grace period“). Explizit aufnehmen, dass eine „allgemeine“ Lieferkettenstörung kein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht auslöst. Wäre auch nicht interessengerecht.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Back-Up

Stoffpreisgleitklausel

Stoffpreisgleitklausel

1 Anwendungsbereich

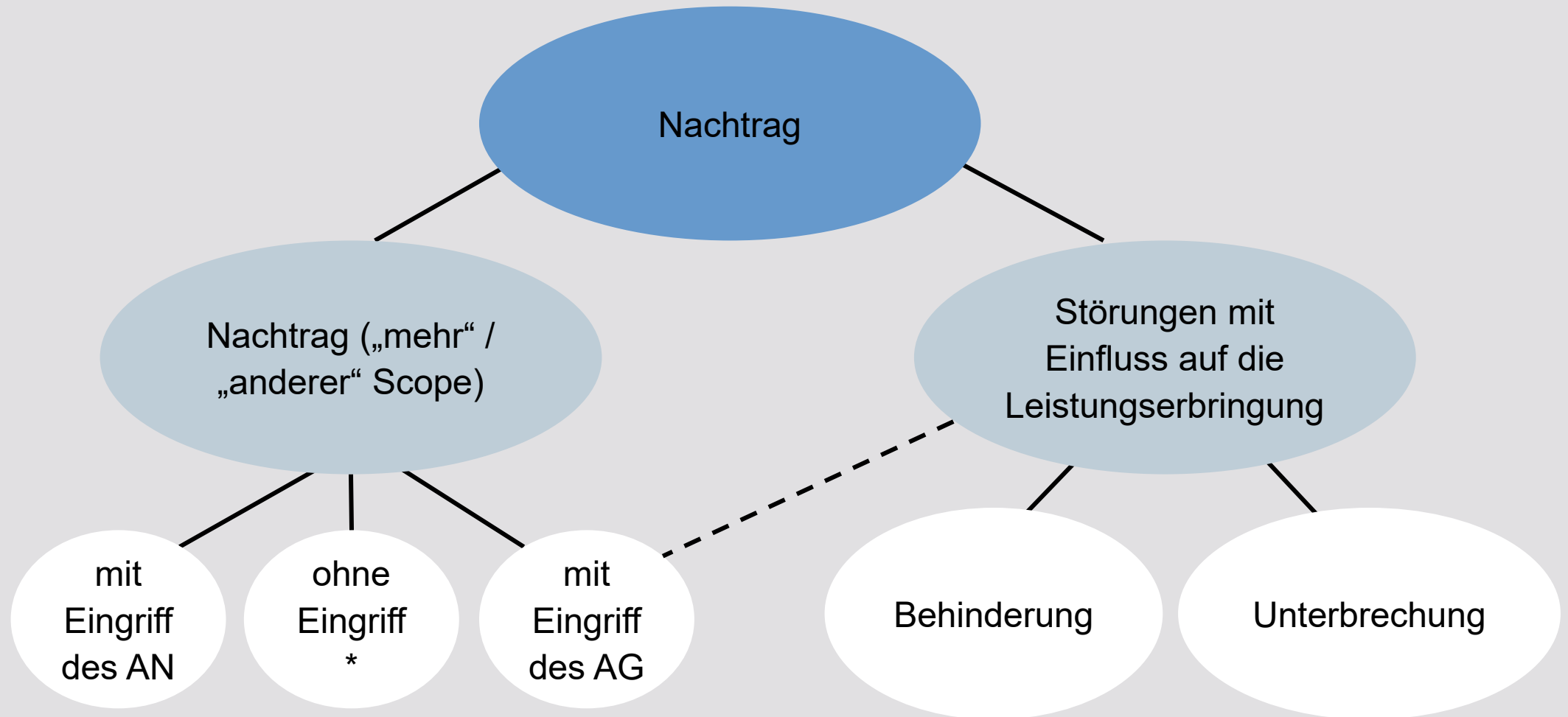
Die Klausel gilt nur für die Stoffe, die im „Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel“ genannt sind. Sie gilt insoweit auch für die Abrechnung von Nachträgen. Mehr- oder Minderaufwendungen werden nach den folgenden Regelungen abgerechnet.

2 Allgemeines

2.1 Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber über die Verwendung der Stoffe nach Nr. 1 prüfbare Aufzeichnungen vorzulegen, wenn Mehr- oder Minderaufwendungen abzurechnen sind. Aus den Aufzeichnungen müssen die Menge des Stoffes und der Zeitpunkt des Einbaus, der Lieferung bzw. der Verwendung hervorgehen. 2.2 Der Ermittlung der Mehr- oder Minderaufwendungen werden nur die Baustoffmengen zugrunde gelegt, für die nach dem Vertrag eine Vergütung zu gewähren ist. Bei vereinbarter Pauschalierung oder Limitierung der Vergütung werden die vereinbarten pauschalierten Baustoffmengen der Ermittlung der Mehr- oder Minderaufwendungen zugrunde gelegt. Vermeidbare Mehraufwendungen werden nicht erstattet; vermeidbar sind insbesondere Mehraufwendungen, die dadurch entstanden sind, dass der Auftragnehmer schuldhaft Vertragsfristen überschritten hat und dadurch die Differenz aus Mehr- und Minderaufwendungen zu Ungunsten des Auftraggebers verschoben wurde. 2.3 Mehr- oder Minderaufwendungen werden erst vergütet, wenn die Bagatellgrenze überschritten ist, d.h. wenn die Aufwendungen mehr als 2 v. H. der Abrechnungssumme der im „Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel“ aufgeführten Positionen (OZ) betragen. Für die Berechnung des Bagatellbetrages zugrunde zu legen ist die Abrechnungssumme ohne die aufgrund der Gleitklausel zu erstattenden Beträge und ohne Umsatzsteuer. 2.4 An den ermittelten Aufwendungen wird der Auftragnehmer beteiligt, seine Selbstbeteiligung beträgt 10 v.H. der Mehraufwendungen, mindestens aber die Höhe des Bagatellbetrages. Für die Berechnung der Selbstbeteiligung zugrunde zu legen ist der Mehrbetrag ohne Umsatzsteuer. 6 Leitfaden: Berechnung von Mehr- und Minderaufwendungen bei der Anwendung von Stoffpreisgleitklauseln in Bauverträgen 2015 2.5 Bei Stoffpreissenkungen ist der Auftragnehmer verpflichtet, die ersparten (= Minder-) Aufwendungen von seinem Vergütungsanspruch abzusetzen. Er ist berechtigt, 10 v.H. der ersparten Aufwendungen, mindestens die Höhe des Betrages der Bagatelle (vgl. Nr. 2.4) einzubehalten. 2.6 Sind sowohl Mehraufwendungen als auch Minderaufwendungen zu erstatten, so werden diese getrennt ermittelt und gegeneinander aufgerechnet; auf die sich ergebende Differenz wird Nr. 2.4 bzw. 2.5 angewendet.

Unterscheide: Flexibilität beim Vertragspreis und Mehrkosten

Mehrvergütung: Der Nachtrag / Systematik



*Gesetzesänderungen oder Mehrungen bei Einheitspreisvertrag bzw. allgemeine Kostensteigerungen – letzteres im internationalen Anlagenbau unüblich