

Kontroll System GmbH
Schubert Platz 126
Essen
Deutschland

Vertreten durch die Moot Court Gruppe 3
Hilary von Arx
Selina Saller
Annette Dalcher
Joel Fischer

Internationale Handelskammer
Internationaler Schiedsgerichtshof
Präsident Herr Z.
8000 Zürich

Zürich, 4. Mai 2004

KLAGEANTWORT

In Sachen

LABE PAPIROVNA S.A.
Klägerin
vertreten durch die Moot Court Gruppe 8

gegen

KONTROLL SYSTEM GMBH
Beklagte
vertreten durch die Moot Court Gruppe 3

betreffend

Vertragsauflösung

Rechtsbegehren:

1. *Es sei auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.*
2. *Der Kostenvorschuss von 22'000 USD sei nicht zurückzuerstatten.*
3. *Es sei festzustellen, dass die Vertragsauflösung der Klägerin nicht rechtens war.*
4. *Das Rechtsbegehren Nr. 2 der Beklagten sei abzuweisen.*
5. *Eventualiter (für den Fall der Bejahung der Zuständigkeit), sei die Klage*
 - (i) *hinsichtlich des klägerischen Rechtsbegehrens Nr. 1 abzuweisen, sub-eventualiter nur gegen gleichzeitige (Zug-um-Zug) Rücklieferung des Kontrollsystems und in einem EUR 330'000 nebst Zins nicht übersteigenden Betrag gutzuheissen.*
6. *Für den Fall der Abweisung des klägerischen Rechtsbegehrens Nr. 1 sei die Klägerin eventualwiderklageweise zu verpflichten, der Beklagten EUR 70'000 nebst Zins zu 5% seit 9. Oktober 2002 zu bezahlen.*
7. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.*

Literaturverzeichnis	V
Zeitschriftenverzeichnis	VI
Entscheidungsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
1. Einleitung.....	1
2. Gültigkeit der „Schiedsvereinbarung“	1
2.1 Fazit	3
3. Bestreitung des Anspruchs auf Rückerstattung des Kostenvorschusses.....	3
3.1 Fehlen einer Schiedsabrede/Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes.....	3
3.2 Bestreitung der vertraglichen Natur der Verpflichtung.....	4
3.3 Inkompetenz des ICC-Schiedsgerichtes zur Fällung eines Teilentscheides bezüglich des Kostenvorschusses.....	4
3.4 Nichterfüllung der Voraussetzungen von Art. 23 SchO.....	5
4. Unberechtigte Vertragsaufhebung	6
4.1 Einleitung.....	6
4.2 Wesentliche Vertragsverletzung.....	6
4.3 Wesentlichkeit nach Art. 49 I b CISG	7
4.4 Nacherfüllung/Annahme des Angebotes vom 30. Oktober 2002.....	8
4.4.1 Ausschluss des Nacherfüllungsrechts in Folge:	8
4.4.1.1 Mangel am Inhalt des Nacherfüllungsangebots.....	8
4.4.1.2 Unzumutbarkeit des Nacherfüllungsrecht.....	9
4.4.1.3 Aufhebungslage	10
4.4.1.4 Sinngemässe Auslegung des Art. 48 CISG.....	10
4.4.1.5 Schon gesetzte Nachfrist.....	11
4.5 Versäumnis zur Aufhebungserklärung	12
4.6 Fazit	12
5. Entlastung gemäss Art. 79 CISG vom Schadenersatzanspruch der Klägerin gemäss Art. 75 CISG.....	12
5.1 Entlastung Kontroll System GmbH.....	12

5.2	Entlastung der Reliable.....	16
5.3	Fazit	17
6.	Bestreitung der Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Art. 81 CISG.....	17
7.	Bei Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Art. 81 CISG Rückzahlung von lediglich EUR 330'000	17
8.	Schadenersatz nach Art. 74 CISG.....	18
8.1	Schaden.....	18
8.2	Vertragsverletzung.....	18
8.3	Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden	18
8.4	Voraussehbarkeit des Schadens.....	19
8.5	Fazit	19
9.	Entlastungsbeweis der Klägerin nach Art. 79 CISG.....	19
9.1	Fazit	20

Literaturverzeichnis

- BOTZENHARDT, Bertrand
Die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht, Lang/Frankfurt am Main 1998.
Zitiert: BOTZENHARDT
- BUCHER, Eugen
Wiener Kaufrecht - Der schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Bern 1991.
Zitiert: BUCHER
- ENDERLEIN, Fritz/MASKOW Dietrich,
STROHBACH, Heinz
Internationales Kaufrecht, 1. Auflage, Berlin 1991.
Zitiert: ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH
- FREIBURG, Nina
Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlussgründe, Münster 2001, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 2380.
Zitiert: FREIBURG
- HERBER, Rolf/CZERWENKA Beate
Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf, München 1991.
Zitiert: HERBER/CZERWENKA
- HOCHBAUM, Johann-Friedrich
Missglückte internationale Schiedsvereinbarungen: Zweckverfehlungen bei internationalen Schiedsvereinbarungen nach deutschem Recht, Heidelberg 1995.
Zitiert: HOCHBAUM
- HONNOLD, John O.
Uniform law for international sales under the 1980 United Nations, 2nd ed Convention, Deventer, Boston 1991.
Zitiert: HONNOLD
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim
Peter/SCHNYDER, Anton K.
Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (Basler Kommentar),

- Basel/Frankfurt a.M. 1996.
Zitiert: BAK IPRG
- HONSELL, Heinrich
Kommetar zum UN-Kaufrecht, Berlin 1997.
Zitiert: HONSELL
- PILTZ, Burghard
Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München 1993.
Zitiert: PILTZ
- RÜEDE, Thomas/HADENFELDT Reimer
Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage und Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1993/1999.
Zitiert: RÜEDE/HADENFELDT
- SCHÄFER, Erik/VERBIST, Hermann/
IMHOOS, Christophe
Die ICC Schiedsgerichtsordnung in der Praxis, Bonn 2000.
Zitiert: SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS
- SCHLECHTRIEM, Peter
Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 3. neubearbeitete Auflage, München 2000.
Zitiert: SCHLECHTRIEM
- WALTER, Gerhard/BOSCH, Wolfgang/
BRÖNIMANN, Jürgen
Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991.
Zitiert: WALTER ET AL

Zeitschriftenverzeichnis

- FAVRE-BULLE, Xavier
Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie, ASA Bulletin 2001, S. 227 ff.
Zitiert: FAVRE-BULLE
- MITROVIC, Dobrosav
Advance to Cover Costs of Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 7/No. 2, 1996, S. 88f.
Zitiert: MITROVIC

Entscheidungsverzeichnis

Schiedssprüche:

Cour d'appel de Nancy vom 12. Dezember 1985 i.S. Langlais c/ Bruneau, publiziert in Revue de l'Arbitrage 1986, S. 255 ff.

Zitiert: Langlais c/ Bruneau, Revue de l'Arbitrage 1986

Urteile staatlicher Gerichte

Oberlandesgericht Hamburg, Entscheid, 1 U 167/95, CISG-online No. 261

Zitiert: OLG Hamburg 1 U 167/95.

Landesgericht Berlin, Entscheid, 52 S 247/94, CISG-online No. 399

Zitiert: LG Berlin 52 S 247/94

Landesgericht Regensburg, Entscheid, 6 O 107/98, CISG-online No. 514.

Zitiert: LG Regensburg 6 O 107/98

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
BaK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
bzw.	Beziehungsweise
c/	contre (franz. für gegen)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/ Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.221.1)
d.h.	das heisst
et al	et alii
EUR	Euro
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende (Seite/Seiten)
franz.	französisch
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
i.c.	in casu
ICC	International Chamber of Commerce
IHK	Internationale Handelskammer
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KS	Klageschrift
LG	Landesgericht
lit.	Littera
Ltd.	Limited Liability Company
N	Randnummer
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Pt.	Punkt
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchA	Schiedsauftrag
SchO	Schiedsgerichtsordnung des internationalen Schiedsgerichtshofes gültig seit dem 1. Januar 1998
u.	und
u.a.	unter anderem
UN	United Nations
USD	United States Dollar
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

1. Einleitung

Zunächst wird die Beklagte zeigen, dass das Schiedsgericht nicht zuständig ist [2]. Eventualiter, für den Fall, dass das Schiedsgericht auf die Klage eintritt, wird sie darlegen, dass sie den von der Klägerin bezahlten Kostenvorschuss nicht zurück zu bezahlen hat [3].

In der Folge wird sie aufzeigen, dass der Kaufvertrag von der Klägerin unrechtmässig aufgehoben wurde [4] und der Klägerin kein Anspruch auf Schadenersatz für das Ersatzkontrollsystem zusteht [5].

Des Weiteren wird die Beklagte nachweisen, dass der Kaufvertrag nicht rückabgewickelt wird und somit die 400'000 EUR nicht zurück zu zahlen sind [6]. Sub-eventualiter, falls das Gericht einer Rückabwicklung zustimmen würde, wird die Beklagte aufzeigen, dass lediglich EUR 330'000 zurückzuzahlen sind [7].

Schliesslich wird die Beklagte, bei Ablehnung des klägerischen Rechtsbegehrens Nr. 1 durch das Schiedsgericht, eventualwiderklageweise Schadenersatz in der Höhe von EUR 70'000 fordern [8].

2. Gültigkeit der „Schiedsvereinbarung“

Wie die Klägerin, geht auch die Beklagte davon aus, dass die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach IPRG zu prüfen ist. Sie weist aber darauf hin, dass Art. 116 IPRG – entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS Rz. 12) keine Rolle spielt, sondern dass sich die Wahl des materiell anwendbaren Rechts nach Art. 187 IPRG richtet.

Wie die Klägerin richtig bemerkt, gehört zum notwendigen Inhalt einer Schiedsvereinbarung, dass die Parteien ihren Willen zum Ausdruck bringen, eine oder mehrere Rechtsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen und dass dabei die staatliche Gerichtsbarkeit nicht explizit ausgeschlossen werden muss (KS Rz. 19). Letzteres ist so, weil Schiedsgerichtsbarkeit implizit jegliche staatliche Gerichtsbarkeit ausschliesst, handelt es sich beim Schiedsspruch doch um einen Entscheid ANSTELLE eines staatlichen Gerichts (WALTER ET AL, Art. 178, S. 68; BAK IPRG zu Art. 178, N 30). Normalerweise wird deshalb durch eine Schiedsvereinbarung die staatliche Gerichtsbarkeit konkludent ausgeschlossen. Dadurch, dass die Parteien i.c. in ihrer Klausel auch die Gerichte von Prag für zuständig erklären, ist aber genau dieser Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht erfolgt. Im Gegenteil, vielmehr sollte i.c. die staatliche Gerichtsbarkeit nach einem gescheiterten Streitlösungsversuch durch je einen parteiernannten Repräsentanten und einen

von diesen ernannten Schiedsrichter noch zur Anwendung gelangen.

Wird das als Schiedsverfahren interpretiert, so widerspricht die Schiedsklausel zwingenden Bestimmungen des IPRG: So ist nämlich ein Instanzenzug Schiedsgericht - staatliches Gericht nicht möglich und ein Schiedsentscheid nur aus ganz bestimmten Gründen (Art. 190 II IPRG) und nur bei bestimmten Gerichten (Art. 191 IPRG) anfechtbar. Die Klausel hätte demnach einen unmöglichen bzw. widerrechtlichen Inhalt und wäre nach Art. 20 I OR nichtig.

Die ganze Klausel ist jedoch gar nicht als Schieds- sondern als Schlichtungsklausel zu interpretieren. Dies aus verschiedenen Gründen:

Erstens spricht die Klausel von parteiernannten „Repräsentanten“. Ein Repräsentant ist jemand, der eine Personengruppe/eine Partei/ein Unternehmen nach aussen vertritt. Er ist per Definition nicht unabhängig, sondern er nimmt Partei für diejenigen, die er vertritt. Die Ernennung von Repräsentanten als Schiedsrichter würde gegen Art. 180 I IPRG und gegen Art. 7 I SchO verstossen (SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, S.62).

Die Klausel spricht zweitens davon, dass die Streitigkeit „nicht gelöst“ und nicht etwa „nicht entschieden“ werden könnte. Während letzteres klar auf eine objektive Unmöglichkeit hindeuten würde, einen Entscheid zu fällen (z.B. wenn zum Streitzeitpunkt die ICC nicht mehr existieren würde), so erscheint es bei der Wortwahl „lösen“ als viel wahrscheinlicher, dass die Parteien an ein Schlichtungsverfahren gedacht haben. Dies umso mehr, als die ICC sogar eine Schlichtungsordnung (ICC ADR-Regeln, früher Rules Of Conciliation) erlassen hat und (genauso wie eine institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit auch) ein Schlichtungsverfahren anbietet.

Vergegenwärtigt man sich also, dass die Parteien sich ein Verfahren vorgestellt hatten, bei dem zunächst je ein parteilicher Vertreter sowie eine neutrale Drittperson versuchen sollten, für eine Streitigkeit eine Lösung zu finden und im Falle des Scheiterns die Gerichte von Prag zuständig sein sollten, so wird klar, dass die Parteien eigentlich an ein Schlichtungsverfahren gedacht haben, aber (sowohl bei der Vertragsverhandlung als auch bei der Formulierung der Klausel) irrtümlicherweise die Worte „Schiedsgerichtsbarkeit“ bzw. „Schiedsordnung“ verwendeten. Nach Art. 18 I OR und dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ ist jedoch der wirkliche Parteiwille zu berücksichtigen. Deshalb handelt es sich bei der Klausel um eine Schlichtungsklausel.

Schliesslich ist festzuhalten, dass mit der Interpretation des Art. 22 des von den Parteien

geschlossenen Vertrages als Schlichtungsklausel sämtliche Elemente der Klausel einen Sinn erhalten, ohne dass die Klausel wegen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalts als nichtig anzusehen ist. Denn es ist zulässig, dem staatlichen Gerichtsverfahren ein Schlichtungsverfahren vorzuschalten. Mit der Interpretation kann also auch dem Grundsatz „in favorem validitatis“ Rechnung getragen werden. Vergleiche dazu aber auch den fast identisch gelagerten Fall Langlais c/ Bruneau, Revue de l'Arbitrage 1986, S. 255 ff. wo der Cour d'appel de Nancy genau so entschieden hat (Zustimmend überdies HOCHBAUM, S. 111 ff.).

Für den Fall, dass das Schiedsgericht nicht von einer beidseitigen Falschbezeichnung im oben erklärten Sinne ausgehen, sondern die Klausel als Schiedsklausel interpretieren sollte, ist zu berücksichtigen, dass zumindest die Beklagte sich in einem Erklärungsirrtum befand: 13

Die Klägerin behauptet ohne irgendwelche Belege, die Beklagte habe gewusst, worum es sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit handle (KS Rz. 31). Wie unsere obigen Ausführungen zeigen, war das Gegenteil der Fall. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Beklagte bei der Ausarbeitung der „Schiedsvereinbarung“ mitgewirkt hat. Sie war sich nicht bewusst, dass mit einer Schiedsvereinbarung auf die staatliche Gerichtsbarkeit verzichtet wird. Vielmehr dachte sie, Schiedsgerichtsbarkeit sei ein Verfahren, in dem versucht würde, einen Konflikt einvernehmlich zu lösen. Sie verwechselte Schieds- mit Schlichtungsverfahren und befand sich demnach in einem Erklärungsirrtum i.S.v. Art. 24 I OR. Damit ist für die Beklagte die „Schiedsklausel“ unverbindlich, Art. 23 OR. 14

2.1 Fazit

Bei Art. 22 des von den Parteien geschlossenen Vertrages handelt es sich nicht um eine Schieds- sondern um eine Schlichtungsklausel (Art. 18 I OR). Würde man den Artikel als Schiedsklausel auslegen, so wäre diese aufgrund unmöglichen und ungesetzlichen Inhalts als nichtig anzusehen (Art. 20 I OR). Eventualiter wäre sie wegen Erklärungsirrtums für die Beklagte ohnehin unverbindlich (Art. 24 I OR). Aus diesen Gründen ist das Schiedsgericht für die Beurteilung des Falles nicht zuständig. 15

3. Bestreitung des Anspruchs auf Rückerstattung des Kostenvorschusses

3.1 Fehlen einer Schiedsabrede/Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes

Die Klägerin leitet ihren Anspruch zunächst davon ab, dass die Parteien eine gültige Schiedsvereinbarung geschlossen hätten (KS Rz. 38). Wie soeben dargelegt, bestreitet die 16

Beklagte, dass i.c. eine solche Vereinbarung besteht und lehnt deshalb alle aus dieser abgeleiteten „Pflichten“ und „Ansprüche“ ab. Die Beklagte trifft aber auch dann keine Verpflichtung auf Zahlung des Kostenvorschusses, wenn sich das Gericht für zuständig erklären sollte:

3.2 Bestreitung der vertraglichen Natur der Verpflichtung

Die Klägerin macht weiter geltend, die Schiedsvereinbarung begründe eine vertragliche Pflicht beider Parteien, die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen (KS Rz. 38). Die vertragliche Natur dieser Pflicht bzw. des Anspruchs auf Vorschuss-Rückzahlung wird hiermit bestritten. Grundsätzlich regelt die Schiedsordnung sowohl die Bedingungen, unter denen der ICC-Schiedshof seine Dienste anbietet, als auch die Beziehungen zwischen Schiedshof und Parteien, nicht aber die Beziehungen der Parteien untereinander (MITROVIC, S. 88f.). Die Schiedsordnung ist deshalb nicht geeignet, um einen vertraglichen Anspruch der Parteien herzuleiten. 17

Überdies ist im ICC-Schiedsverfahren vorgesehen, dass jede Partei die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen hat (Art. 30 III SchO). Nach Art. 30 II SchO kann aber der Gerichtshof für die Klage- und die Widerklageansprüche getrennte Kostenvorschüsse festsetzen. 18

Diese Vorschrift zeigt klar auf, dass die Rechte und Pflichten im Bezug auf den Kostenvorschuss nicht vertraglicher Natur sein können. Denn dann wäre es nicht möglich, dass ein aussenstehender Dritter, i.c. der Schiedshof, auf die Verpflichtung der Parteien Einfluss nehmen, diese ändern und gestalten könnte. 19

Eine Verpflichtung zur Bezahlung des hälftigen Kostenvorschusses kann sich also nicht auf Vertrag sondern nur auf das Reglement der ICC-Schiedsordnung stützen (welche, wie gezeigt, i.c. mangels fehlender Schiedsklausel gar nicht anwendbar ist). Die Frage des Kostenvorschusses ist deshalb als Frage prozessualer Natur einzustufen (FAVRE-BULLE, S. 240; vgl. auch RÜEDE/HADENFELDT, S. 223 und 225). 20

3.3 Inkompetenz des ICC-Schiedsgerichtes zur Fällung eines Teilentscheides bezüglich des Kostenvorschusses

Es ist somit die Frage zu prüfen, ob die Beklagte zwar nicht aus Vertrag, hingegen gestützt auf die SchO verpflichtet werden kann, einen hälftigen Kostenvorschuss zu leisten. Eine der Besonderheiten der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit ist bekanntlich, dass die gesamte Administration, insbesondere alle Fragen im Zusammenhang mit dem Kostenvorschuss in den 21

Zuständigkeitsbereich des Schiedsgerichtshofs (nicht des Schiedsgerichts!) fallen (MITROVIC, S. 88f. vgl. z.B. Art. 30 II). In einem ICC-Verfahren kann das Schiedsgericht demnach nicht in die Kompetenz des Schiedshofes eingreifen und einen Teilentscheid über die Bezahlung des Kostenvorschusses fällen (FAVRE-BULLE, S. 238).

Des Weiteren ist anzumerken, dass die ICC-Ordnung bekanntlich keine Sanktion vorsieht gegen eine Partei, die ihren Kostenvorschuss nicht bezahlt. Dies, obwohl es durchaus denkbar wäre, dass die Schiedsordnung dem Schiedsgericht explizit die Kompetenz einräumen würde, die säumige Partei zur Rückzahlung des Kostenvorschusses an die Gegenpartei zu verpflichten. In diesem Fall ginge diese Bestimmung dann natürlich der soeben genannten grundsätzlichen Kompetenzaufteilung zwischen Schiedsgericht und –hof vor.

Bei der Erfahrung der ICC und der geballten Fachkompetenz in ihren Gremien muss diesbezüglich von einem qualifizierten Schweigen ausgegangen werden. Somit ist es dem Schiedsgericht verwehrt, dem Anspruch der Klägerin stattzugeben.

3.4 Nichterfüllung der Voraussetzungen von Art. 23 SchO

Das Schiedsgericht hat nur die Kompetenz, über die definitive Verteilung der Kosten zu entscheiden. (Diese Entscheidung hängt dann eben stark davon ab, wer materiell den Prozess gewinnt, womit sie nicht mehr als administrative Entscheidung gelten kann). Aus dieser Kompetenz ergäbe sich immerhin die Kompetenz, über die Bezahlung des Kostenvorschusses eine sichernde und vorläufige Massnahme i.S.v. Art. 23 SchO und Art. 183 I IPRG zu erlassen. Deren Voraussetzungen sind i.c. jedoch nicht erfüllt:

Zur Anordnung einer vorläufigen Massnahme müssen insbesondere ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil oder Schaden und die zeitliche Dringlichkeit nachgewiesen werden (FAVRE-BULLE, S. 238 mit weiteren Literaturverweisen).

Beide Voraussetzungen sind i.c. nicht erfüllt. Anders als die Klägerin behauptet, ist dieser durch die Bezahlung des gesamten Kostenvorschusses kein Schaden entstanden. Ein Schaden ist nämlich gemäss Definition eine dauernde Vermögenseinbusse, sprich eine Verringerung der Aktiven oder eine Vermehrung der Passiven. Der Kostenvorschuss im ICC-Verfahren ist seiner Natur nach hingegen provisorischen Charakters, da er die Tragung der Verfahrenskosten nicht endgültig regelt. Diese wird durch den Endentscheid bestimmt, wo die Beklagte allenfalls zu entsprechenden Rückzahlungen verpflichtet werden wird (sofern die Klägerin in ihren Standpunkten Recht bekommen sollte).

Aus diesen Gründen (und weil das Schiedsverfahren trotz der Weigerung der Beklagten, den hälftigen Kostenvorschuss zu bezahlen, durchgeführt werden kann), ist ein Schaden oder auch nur ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil der Klägerin nicht ersichtlich. Ebensowenig gilt dies für die zeitliche Dringlichkeit der Massnahme, welche von der Klägerin überdies in ihrer Klageschrift schon gar nicht erst behauptet, geschweige denn dargelegt worden ist. Der klägerische Anspruch auf Rückzahlung des hälftigen Kostenvorschusses ist somit abzulehnen. 27

4. Unberechtigte Vertragsaufhebung

4.1 Einleitung

Es soll nachfolgend aufgezeigt werden, dass die Vertragsaufhebung der Klägerin nicht berechtigt war, weil keine wesentliche Vertragsverletzung vorlag, welche eine Vertragsaufhebung rechtfertigte (3.2), Art. 49 I b CISG nicht anwendbar ist (3.3), das Recht der Beklagten auf Nacherfüllung nie entfallen ist (3.4) und die Klägerin die Vertragsaufhebung/Ablehnung des Nacherfüllungsangebotes nicht innert angemessener Frist erklärt hat (3.5). 28

4.2 Wesentliche Vertragsverletzung

Die Klägerin behauptet (KS Rz. 64), gestützt auf den Entscheid des OLG Hamburg (OLG Hamburg 1 U 167/95), dass i.c. eine wesentliche Vertragsverletzung vorliege, da die Beklagte die Klägerin in völliger Ungewissheit darüber gelassen habe, ob sie ihre Montagepflicht überhaupt noch (und ggf. wann) erfüllen würde. Die Beklagte hat die Klägerin jedoch in keiner Weise in Ungewissheit – und erst recht nicht in völliger Ungewissheit – gelassen, ob sie ihre Montagepflicht erfüllen würde. Vielmehr nannte sie der Klägerin ein genaues Datum, bis wann die Montage allerspätestens abgeschlossen sein sollte. Es ist zwar wahr, dass die Klägerin die gesetzte Nachfrist für die Endmontage bis zum 9. Oktober 2002 nicht bestätigte (KS Rz. 64), sie hat der Klägerin aber angeboten dafür zu sorgen, dass die Montage spätestens am 30. Oktober 2002 abgeschlossen sein würde. (Beilage K-5). In dem von der Klägerin vorgebrachten Entscheid des OLG Hamburg lag die Sache dagegen anders. Der Verkäufer, teilte dem Käufer dort mit, dass er mit seinem Lieferanten über eine Lieferung, oder falls diese nicht möglich sei, über Schadenersatz verhandle und dafür Zeit benötige. In dieser Situation liess der Verkäufer in der Tat offen, ob die Lieferung überhaupt erfolgen würde oder ob der Käufer vom Lieferanten nur Schadenersatz bekäme. Des Weiteren handelt es sich in jenem Fall um einen Verzug bei der Erfüllung der Lieferpflicht und nicht nur der Montagepflicht, wie in unserem Fall. Das Ausbleiben der Lieferung ist 29

wohl unstreitig gravierender, als das der Montage.

In unserem Fall verhält es sich also grundlegend anders als im Fall, auf den sich die Beklagte stützt. Im Unterschied zum Fall am OLG Hamburg, nannte die Beklagte ein Datum für die Vornahme der Montage und liess die Beklagte nicht in völliger Ungewissheit, wann und vor allem ob die Erfüllung noch erfolge. Es lässt sich hieraus also keine Wesentlichkeit der Vertragsverletzung ableiten. 30

Als einzigen Grund für die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung könnte, nachdem keine völlige Ungewissheit, ob, und ggf. wann die Lieferung erfolgen würde vorlag, nur noch vorgebracht werden, dass die Montage nicht fristgerecht durchgeführt wurde. Eine wesentliche Vertragsverletzung liegt aber in einem solchen Fall nur vor, wenn der Vertrag mit Einhaltung der Frist steht oder fällt (FREIBURG, S. 75, Nr. 2a). 31

In unserem Fall sollte das Kontrollsystem eine allgemeine Effizienzsteigerung bewirken (siehe Verfügung 1). Diese Effizienzsteigerung tritt auch ein, wenn das Kontrollsystem erst später installiert wird. Der Nutzen des Kontrollsystems ist somit, auch wenn es später montiert wird, gleich gross; er tritt nur später ein, was mit Schadenersatzzahlungen hätte kompensiert werden können. Eindeutig wird dies auch dadurch, dass die Klägerin auch noch nach Ablauf der von ihr gesetzten Nachfrist ein ähnliches Kontrollsystem bei Bridget kaufte. Dieses war dann erst zehn Tage nach Ablauf der von der Beklagten angebotenen Nacherfüllungsfrist und sogar einen Monat nach Ablauf der Nachfrist vom 9. Oktober 2002 betriebsbereit. Der Nutzen des Vertrags fällt somit mit einer verspäteten Installation nicht dahin, sonst hätte die Klägerin ja nachher kein Kontrollsystem mehr gekauft, er tritt lediglich etwas später ein. Eine wesentliche Vertragsverletzung infolge Überschreitung der Montagefrist liegt also auch nicht vor. Erst recht, da eine verzögerte Erfüllung, welche aber noch auf einen späteren Zeitpunkt hin in Aussicht gestellt wurde, regelmässig keine wesentliche Vertragsverletzung darstellt (BOTZENHARDT, S. 261; FREIBURG S. 74 Nr. 2a). Dafür ist vielmehr ein besonders grosses Interesse des Käufers an rechtzeitiger Erfüllung (wie z.B. bei einem Fixgeschäft) nötig, was hier zweifelsohne nicht gegeben ist. 32

4.3 Wesentlichkeit nach Art. 49 I b CISG

Die Klägerin behauptet, dass die Wesentlichkeit notfalls auch umgangen werden kann, da nach Art. 49 I b i.V.m. Art. 47 I CISG eine von ihr gesetzte angemessene Nachfrist ungenutzt verstrichen sei (KS Rz. 68). 33

Art. 49 I b CISG ist aber, wie es schon dem Wortlaut des Artikels zu entnehmen ist, nur 34

anwendbar, wenn der Verkäufer die Ware nicht innerhalb angemessener Frist liefert. I.c. ist das Kontrollsystem aber fristgerecht geliefert worden, einzig die Montage hatte sich verzögert. Die Montagepflicht und die Lieferpflicht stehen hier als zwei selbständige Pflichten nebeneinander. Nur für die Lieferpflicht als solche gilt eine besondere Nachfristregel des Art. 49 I b CISG. Ob die Nichterfüllung der Montagepflicht die Vertragsaufhebung rechtfertigt, ist aber nicht aufgrund des Art. 49 I b CISG, sondern allein anhand von Art. 49 I a CISG zu beantworten (SCHLECHTRIEM, Art. 49, N 27a; auch HONSELL, Art. 49, N 96, 97 auf den sich die Klägerin fälschlicherweise beruft). Die Klägerin kann sich somit nicht auf Art. 49 I b CISG berufen.

4.4 Nacherfüllung/Annahme des Angebotes vom 30. Oktober 2002

Aber selbst wenn eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen würde, hätte die Beklagte das Recht zur Nacherfüllung innerhalb der von ihr angegebenen Frist (SCHLECHTRIEM, Art. 49, N 62). Die Beklagte hatte nämlich angeboten, die Montage bis zum 30. Oktober 2002 nachzuerfüllen und die Klägerin i.S.v. Art. 48 II CISG aufgefordert, ihr mitzuteilen, ob sie damit einverstanden sei. Das Schweigen der Klägerin auf dieses Angebot muss gemäss Art. 48 II CISG als Annahme dieses Angebots gewertet werden (SCHLECHTRIEM, Art. 48, N 32). Die Beklagte war damit zur Nacherfüllung innerhalb des von ihr angegebenen Termins berechtigt. Die Klägerin allerdings war innerhalb dieser Frist nicht berechtigt den Vertrag aufzuheben, da sie gemäss 48 II letzter Satz CISG verpflichtet ist, vor Ablauf der angebotenen Frist keine Rechte auszuüben, welche der Erfüllung durch den Verkäufer entgegenstanden (SCHLECHTRIEM, Art. 48, N 32). Ein allfälliges Aufhebungsrecht wäre somit zumindest bis zum Ablauf der angebotenen Nacherfüllungsfrist suspendiert gewesen (SCHLECHTRIEM, Art. 49, N 62). 35

4.4.1 Ausschluss des Nacherfüllungsrechts in Folge:

4.4.1.1 Mangel am Inhalt des Nacherfüllungsangebots

Die Klägerin behauptet, das Angebot zur Nacherfüllung sei nicht mit zweifelsfreier Ernsthaftigkeit vorgebracht worden (KS Rz. 72). 36

Dies ist nicht der Fall. Die Beklagte teilte der Klägerin in ihrem Fax vom 19. September 2002 erneut mit, weshalb sich die Montage verzögert hatte. Sie teilte ferner mit, für sie sei eine schnellstmögliche Montage selbstverständlich und sie werde Reliable die Vertragsauflösung androhen, falls diese nicht bis zum 10. Oktober 2002 mit der Montage begonnen habe. Damit wäre die Montage aller Voraussicht nach sogar ca. 5 Tage vor der angebotenen 37

Nachfrist abgeschlossen gewesen. Zudem hatte die Beklagte zugesichert, dass sie eine andere Montagefirma beauftragen würde, falls Reliable nicht in der Lage sei, die Montage durchzuführen. Dies um auf jeden Fall sicher zu stellen, dass bis zum 30. Oktober 2002 die Montage fertig sei. Damit wäre auch das Argument entkräftigt, dass die Klägerin noch keine Zusage der Reliable gehabt habe (KS Rz. 72): für den Fall, dass es Reliable unmöglich wäre, die Montage fristgerecht vorzunehmen, war ja so vorgesorgt. Die Beklagte hat also erklärt, warum sich die Sache verzögert hatte, und zudem beteuert, dass sie um die Wichtigkeit wisse, ferner hat sie erläutert, welche Schritte sie unternehme, um die fristgerechte Montage sicher zu stellen, und sie hat vorgesorgt für den Fall, dass Reliable dazu nicht in der Lage wäre. Es kann also mitnichten von einem nicht ernsthaften Angebot die Rede sein.

Der Einwand, das Nacherfüllungsangebot sei deshalb nicht ernsthaft gewesen, weil es genau einen Tag, nach dem die Klägerin eine Nachfrist bis zum 9. Oktober 2002 eingeräumt hatte, dargebracht wurde (KS Rz. 72), vermag auch nicht zu überzeugen. Es war doch sinnvoll, dass die Beklagte, unverzüglich nachdem die Klägerin eine Nachfrist angesetzt hatte, mitteilte, dass sie diese nicht einhalten könne, und hinzufügte, bis wann die Montage fertig sein könnte. Dies unterstreicht doch eher die Ernsthaftigkeit der angebotenen Nacherfüllungsfrist. Hätte die Beklagte hingegen einfach die Nachfrist der Klägerin akzeptiert, obwohl ihr die Erfüllung derselben nicht möglich gewesen war, so wäre dieses Schweigen nicht ernsthaft gewesen. Aus all diesen Ausführungen ergibt sich somit, dass die Beklagte ihr Nacherfüllungsangebot sehr wohl mit zweifelsfreier Ernsthaftigkeit (HONSELL, Art. 48, N 42) vorgebracht hat. 38

4.4.1.2 Unzumutbarkeit des Nacherfüllungsrecht

Die Klägerin behauptet des Weiteren, dass die von der Beklagten angebotene Frist zur Nacherfüllung von weiteren 3 Wochen seit dem 9. Oktober 2002 unzumutbar war (KS Rz. 72). I.c. spricht jedoch nichts dafür, dass eine solche Frist unzumutbar wäre. Vielmehr scheint es sehr wohl zumutbar, dass die Klägerin weitere 3 Wochen wartet (und Schadenersatz verlangt), da das Kontrollsystem eine allgemeine Steigerung der Effizienz (siehe Verfügung 1) bringen sollte, welche es auch gut 3 Wochen später erbringen konnte. 39

Zudem hat ja die Klägerin selber am 10. Oktober 2002, also als sie das Angebot zur Nacherfüllung kannte, einen Vertrag mit der Bridget Ltd. geschlossen, nach welchem das von dieser gelieferte Kontrollsystem sogar erst 10 Tage nach Ablauf dieser dreiwöchigen Frist betriebsbereit sein musste (SchA 14.14). Die Frist kann also unmöglich unzumutbar 40

für die Klägerin gewesen sein.

Selbst wenn diese Frist jedoch unzumutbar gewesen wäre, war die Beklagte nach ganz 41
überwiegender Meinung (HONSELL, Art. 48, N 38 mit Verweis auf zahlreiche Autoren)
trotzdem zur Nacherfüllung berechtigt gewesen, da die Klägerin das Angebot der Beklagten
stillschweigend angenommen hatte.

4.4.1.3 Aufhebungslage

Die Klägerin macht geltend, der Verkäufer (i.c. also die Beklagte) solle sein Recht auf 42
Nacherfüllung bereits dann verlieren, wenn eine Aufhebungslage vorliege und der Käufer
zur Aufhebung des Vertrages berechtigt sei (KS Rz. 77). Dem kann nicht zugestimmt
werden, da das Aufhebungsrecht nicht kraft Gesetzes, sondern allein aufgrund ausdrückli-
cher Erklärung des Käufers wirksam wird und somit vor diesem Zeitpunkt auch nicht das
Recht des Käufers verdrängen kann (HONSELL, Art. 48, N 35; HONNOLD, Art. 48, Anm.
296; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, Art.48, Anm. 4, Anm.10). Überdies würde mit so
einer Regelung Art. 48 II - IV CISG überflüssig, weil der Verkäufer in so einem Fall ja gar
keine Berechtigung mehr zur Nacherfüllung hätte (HONSELL, Art. 48, N 35). Auch das
Argument, dass der Käufer nicht zur Erfüllung gegen seinen Willen gezwungen werden
darf (KS Rz. 76), sticht nicht, da der Käufer bei einer Aufhebungslage ja problemlos die
Nacherfüllung ablehnen kann. Zuletzt sei nochmals wiederholt, dass i.c. ja gar keine
Aufhebungslage - sprich wesentliche Vertragsverletzung - vorlag (siehe Rz. 32).

Mit den gleichen Argumenten ist abzulehnen, dass das Recht auf Nacherfüllung bereits bei 43
einer wesentlichen Vertragsverletzung (dies ist ja gerade eine Aufhebungslage) entfällt. Der
Entscheid des LG Berlin (LG Berlin 52 S 247/94), worauf sich die Klägerin stützt, ist denn
auch aller Voraussicht nach so zu verstehen, dass bei einer wesentlichen Vertragsverletzung
gegen den Willen des Verkäufers kein Recht auf Nacherfüllung besteht. Das heisst, dass der
Käufer in dieser Situation ein Nacherfüllungsangebot ablehnen darf.

4.4.1.4 Sinngemässe Auslegung des Art. 48 CISG

Des Weiteren behauptet die Klägerin, dass mit ihrer Aufhebungserklärung das Recht zur 44
Nacherfüllung erlösche. Dem wäre freilich zuzustimmen, wenn zum einen die Aufhebung
durch eine wesentliche Vertragsverletzung gerechtfertigt gewesen wäre und v.a. zum
anderen die Klägerin nicht vor ihrer Aufhebungserklärung das Nacherfüllungsangebot
durch ihr Schweigen konkludent angenommen hätte. Natürlich verdrängt die Aufhebungs-
erklärung das Recht zur Nacherfüllung nach Treu und Glauben nicht retroak-

tiv (ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, Art. 48, Anm. 10), wenn diese vorher gutgeheissen wurde. Erst recht nicht, wenn die Vertragsaufhebung ungerechtfertigt ist

Auch dass die Klägerin das Angebot nicht hätte ausschlagen müssen, kann hier nicht vorgebracht werden. In Art. 48 II CISG steht ausdrücklich, der Verkäufer sei berechtigt innerhalb der angebotenen Frist zu erfüllen, wenn der Käufer dem Angebot nicht innerhalb angemessener Frist entspreche (SCHLECHTRIEM, Art. 48, N 32). Angemessen i.S. dieses Artikels heisst unverzüglich (SCHLECHTRIEM, Art. 48, N 33). Die Klägerin schwieg jedoch auf das Angebot und kündigte 20 Tage später den Vertrag. 45

Dass die Klägerin das Angebot nicht ausschlagen musste, da es nicht im Sinn des Art. 48 II CISG sei, den Käufer (i.c. Klägerin) zu verpflichten, einer Aufforderung zur Beantwortung des Angebots umgehend nachzukommen, um die Entstehung des Nacherfüllungsrechts zu vermeiden (KS Rz. 76), erscheint bei der Lektüre des Artikels völlig unverständlich. Honsell (HONSELL, Art. 48, N 39), der einen ähnlichen Satz schrieb, auf welchen sich die Klägerin wahrscheinlich stützt, sagte, dass es nicht sachgerecht sei, den Käufer zur Antwort zu verpflichten, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die Aufforderung erfolge. Er spielte damit aber nur auf den Fall an, dass das Nacherfüllungsangebot unzumutbar wäre, was hier nicht der Fall ist und in diesem Kontext von der Klägerin auch nicht vorgebracht wurde. Ausserdem widerspricht ihm die ganz überwiegende Lehrmeinung hierbei (HONSELL, Art. 48, N 38). 46

4.4.1.5 Schon gesetzte Nachfrist

Die Klägerin macht geltend, dass das Nacherfüllungsrecht entfällt, da der Käufer dem Verkäufer bereits eine Nachfrist zur Erfüllung per 9. Oktober 2002 angesetzt hat. 47

Dem kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ist Art. 48 II und III CISG anwendbar, falls der Verkäufer, dem die Nachfrist zu kurz ist, eine Nacherfüllung innerhalb einer längeren Frist anbietet (wie es i.c. geschehen ist). Wenn der Käufer also, wie in unserem Fall, der vom Verkäufer angebotenen Gegenfrist nicht unverzüglich widerspricht, dann gilt dessen Schweigen als Zustimmung zur Nacherfüllung in angebotener Gegenfrist (SCHLECHTRIEM, Art. 48, N 36). Auch der Entscheid (LG Regensburg 6 O 107/98), mit dem die Klägerin ihr Vorbringen zu untermauern sucht, erwähnt an keiner Stelle, dass durch eine gesetzte Nachfrist das Nacherfüllungsrecht entfällt. Im Gegenteil: in diesem Entscheid wurde die von der Käuferin angesetzte Nachfrist verworfen und deren Vertragsaufhebung als unberechtigt angesehen. 48

4.5 Versäumnis zur Aufhebungserklärung

Gemäss Art. 49 II b) ii CISG war die Klägerin, nachdem die Beklagte durch das Angebot zur Nacherfüllung bis zum 30. Oktober konkludent auch erklärte, dass sie die Nachfrist bis zum 9. Oktober nicht erfüllen würde (Art. 49 II b) ii CISG), verpflichtet, innerhalb einer angemessenen Frist seit der Ablehnung der Nachfrist die Aufhebung des Vertrages zu erklären. Die Ablehnung erfolgte am 19. September 2002 (Beilage K-5), die Klägerin wartete jedoch bis zum 9. Oktober 2002. Die Klägerin liess somit 20 Tage verstreichen. Bei einem verhältnismässig einfachen Fall wie diesem, wo es nur darum geht, ob man die Gegenfrist akzeptieren will oder nicht, wo keine Prüfung der Ware auf Mangelhaftigkeit und auch keine Einholung einer Rechtsauskunft nötig ist, wäre es angemessen die Vertragsaufhebung unverzüglich zu erklären. In jedem Fall aber sind 20 Tage sicherlich nicht mehr angemessen (SCHLECHTRIEM, N 44, 46, 63).

Falls die Klägerin also je ein Recht zur Vertragsaufhebung gehabt hätte, hätte sie es mit ihrem Schweigen auf das Nacherfüllungsangebot verloren und frühestens bei Ablauf der Nacherfüllungsfrist vom 30. Oktober 2002 zurückgewinnen können (SCHLECHTRIEM, Art. 49, N 50, 62)

4.6 Fazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass weder eine wesentliche Vertragsverletzung vorlag, welche eine Vertragsaufhebung rechtfertigte, noch Art. 49 I b CISG angewendet werden kann, noch das Recht zur Nacherfüllung entfiel. Damit war die Klägerin nicht berechtigt, den Vertrag aufzuheben; die Beklagte allerdings war zur Nacherfüllung berechtigt. Zudem ist die Erklärung der Vertragsaufhebung nicht innert angemessener Frist erfolgt. Die Vertragsaufhebung war somit unberechtigt.

5. Entlastung gemäss Art. 79 CISG vom Schadenersatzanspruch der Klägerin gemäss Art. 75 CISG

5.1 Entlastung Kontroll System GmbH

In Art. 79 I CISG werden strenge Voraussetzungen aufgestellt, die für eine Entlastung kumulativ erfüllt sein müssen. Die Nichterfüllung einer Vertragspflicht muss auf einen Hinderungsgrund zurückgehen, den die Klägerin weder beeinflussen noch bei Vertragsschluss vorhersehen und ihn und seine Folgen weder vermeiden noch überwinden konnte (HONSELL, Art. 79, N 9).

Die Klägerin selbst legte offen, dass der Grund, der die Vertragserfüllung der Beklagten vor dem 9. Oktober 2002 verhinderte, für diese unvorhersehbar und unbeherrschbar war (vgl. KS Rz. 116). Die Beklagte wird nachfolgend beweisen, dass von ihr vernünftigerweise auch nicht erwartet werden konnte, diesen Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. 53

Für diesen Entlastungsbeweis gilt ein objektiver Massstab. Es kommt darauf an, wie sich eine vernünftige Person in gleicher Lage verhalten hätte (Art. 8 II CISG) (HONSELL, Art. 79, N 11; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, Art. 79, Anm. 6.2). 54

Um den Hinderungsgrund zu überwinden, ist der Schuldner zu angemessenen Aktivitäten verpflichtet, um die Erfüllung des Vertrages gleichwohl noch zu ermöglichen (HONSELL, Art. 79, N16). 55

Der Schuldner hat alles in seiner Kraft Stehende zu tun, den Hinderungsgrund oder seine nachteiligen Folgen zu vermeiden. Dies kann er tun indem er das Leistungshindernis beseitigt oder dessen Folgen vermeidet, beispielsweise durch Abhilfemassnahmen gering hält. Ist es dem Schuldner nicht möglich oder jedenfalls nicht zuzumuten, ist er entlastet (HERBER/CZERWENKA, Art. 79, N 12, 13). 56

Wenn bestimmte Modalitäten der Leistung durch das Hindernis ausgeschlossen werden, ist das Hindernis vermeidbar, wenn der Schuldner anstelle der verhinderten, exakt dem Vertrag entsprechenden Leistung eine andere, nach Handelsauffassung vernünftige Ersatzform der Leistung wählt, die den Vertragszweck ebenso gut erfüllt. 57

Diese Leistung eines sog. „commercially reasonable substitute“ wird insoweit eingeschränkt, als ein evt. Widerspruch Gläubigers vom Schuldner zu respektieren ist (SCHLECHTRIEM, Art. 79, N 24). 58

Die Beklagte bemühte sich nach Eintreten des Hinderungsgrundes um die Einhaltung des vertraglichen Endtermins. Als klar wurde, dass dieser Termin nicht einzuhalten war, suchte die Beklagte nach einer Ersatzlösung, die dem Erfüllungsinteresse der Klägerin entsprach (sprich die schnellstmögliche Montage). 59

Die Klägerin kann nicht behaupten, die Beklagte habe gegenüber Reliable nicht mit Nachdruck auf die „Wichtigkeit der Erfüllung“ hingewiesen (vgl. KS Rz. 119). Denn: 60

1. Die Erfüllung des Vertrages stand nie in Frage, nur die vertragliche Termineinhaltung wurde von dem Hinderungsgrund tangiert. 61

2. Die Beklagte hatte Reliable seit dem Auftauchen der Probleme an, daran erinnert, wie wichtig die Einhaltung des vertraglichen Endtermins der Montage für Labe war, und zwar mehrfach telefonisch (SchA 14.8), wie auch schriftlich (Beilage B-2). 62

In Beilage B-2 mahnte sie Reliable, dass sie eine andere Firma beauftragen würde, wenn kein fixer Termin für den Montagebeginn genannt werde. Sie fügte, um dieser Aussage mehr Gewicht beizumessen, ein Faxschreiben von Labe bei und schloss mit der Anmerkung, sie rechne mit Reliables schnellstmöglicher Antwort. Reliable gab zur Antwort, sie würden bis zum 20. September 2002 einen Termin für die Ankunft des Teams in Prag nennen. Als die Klägerin gleichzeitig mit der Fristsetzung für den 9. Oktober 2002 (Beilage K-4) darauf hinwies, dass sie nicht verstehe, weshalb die Beklagte noch keine neue Firma beauftragt hätte, teilte ihr die Beklagte wahrheitsgetreu mit, dass dies einige zusätzliche Wochen erfordern würde (Beilage K-5, 4.Abschnitt). 63

Die Beauftragung einer neuen Firma bedarf viel Zeit: Informationssuche, Vertragsverhandlungen, Planungszeit sowie evtl. andere Projekte, die die Kapazität der entsprechenden Firmen einschränken können (siehe auch Verfügung 1) - zusätzlich die zwei Wochen, die die Montage schätzungsweise dauern würde (SchA 14.5). 64

Die Beklagte hatte auch keine „unwahren und falschen Angaben gemacht“ (vgl. KS Rz. 119), als sie gegenüber Reliable von einer „Inangriffnahme“ der Montage bis zum 9. Oktober 2002 sprach. So hatte sie vorher darauf hingewiesen, dass Labe das Ende der Montage für den 9. Oktober 2002 erwarte. Und sie schrieb sie nur „glaube“, nicht dass sie „wisse“(!), dass Labe die Inangriffnahme anstelle des Endes der Montage akzeptieren würde. Den Begriff „Inangriffnehmen“ hat die Beklagte wohl gewählt, um nochmals Druck auf Reliable auszuüben und ihnen gleichzeitig eine reale Chance zur Behebung des Problems bei der anderen Montage einzuräumen. Denn wenn die Montage nicht bis zum 9. Oktober 2002 mindestens begonnen werden würde, drohte die Beklagte eine andere Firma mit der Montage zu beauftragen (Beilage B-4). 65

Gleichzeitig mit der Information über die zweite Abmahnung von Reliable, bot die Beklagte der Klägerin in diesem Schreiben eine vollständige Montage bis zum 30. Oktober 2002 mit gleichzeitiger Anpassung des Kaufpreises an, „um den ihr entstandenen Unannehmlichkeiten Rechnung zu tragen“ (Beilage K-6, 4. Abschnitt). 66

Bei diesem Versuch den Hinderungsgrund zu überwinden kommt es der Beklagten also eindeutig auf die Erfüllungen des Vertrages an. Sie nimmt sogar einen Geschäftsverlust hin 67

(vgl. SCHLECHTRIEM, Art. 79, N 25).

Die Beklagte bot der Klägerin anstatt der verhinderten, exakt dem Vertrag entsprechenden Leistung zwei andere, nach Handelauffassung vernünftige Ersatzformen der Leistung an, die den Vertragszweck (schnelle Endmontage) auch gut erfüllen. Nämlich einerseits die Endmontage durch Reliable bis zum 30. Oktober 2002 oder andererseits die Beauftragung einer neuen Montagefirma (siehe Rz. 58). 68

Die Montage Reliables bis zum 30. Oktober 2002 entsprach im Vergleich zur Beauftragung einer neuen Firma eher den vertraglich vereinbarten Modalitäten zwischen den Parteien (vgl. Beilage K-1, Pt. 4). Auch wäre hier der Termin gesichert gewesen. Sie ist insofern als das „commercially reasonable substitute“ anzusehen. Neben der Mitteilungspflicht nach Art. 79 IV CISG, der die Beklagte nachkam (Beilage K-5), hatte diese einen etwaigen Widerspruch der Klägerin zu dulden (siehe Rz. 73) 69

Da die Klägerin auf dieses Schreiben jedoch nicht reagierte (SchA 14.12), bzw. widersprach, konnte die Beklagte davon ausgehen, die Klägerin sei mit einer vollständigen Montage bis zum 30. Oktober 2002 einverstanden. Daraufhin hielt die Beklagte auch am Vertrag mit Reliable fest (vgl. Rz. 52). 70

Wie in Beilage K-7 an die Klägerin geschrieben, war die Verzögerung der Montage wenn auch ärgerlich, so doch nicht „ausserordentlich gross“ und wäre immerhin vor der von Bridget fertig gewesen. Das Montageteam von Reliable war gemäss derselben Beilage ab dem 14. Oktober 2002 verfügbar und hätte die Montage bis 25. Oktober 2002 abgeschlossen. Wenn der Vertrag nicht von der Klägerin aufgelöst worden wäre, wäre die Montage spätestens am 30. Oktober 2002 fertig gestellt worden. Diese Annahme ist real, der Zeitaufwand war erfahrungsgemäss auf 2 Wochen geschätzt worden (SchA 14.5). 71

Bridget war im Vergleich dazu erst 12 Tage später fertig. Insofern vertrat die Beklagte die Interessen der Klägerin, wenn sie an dem Vertrag mit Reliable festhielt. Das hätte der Klägerin die Montage zu einem früheren Zeitpunkt gesichert, was ihrem Erfüllungsinteresse i.S. einer schnellstmöglichen Inbetriebnahme des Kontrollsystems besser entsprochen hätte. Die Beklagte hatte also nicht wie in KS Rz. 118 behauptet, „ihre eigenen Interessen“ über die der Klägerin gesetzt. 72

Eine vernünftige Person in der Lage der Beklagten hätte sich nicht anders verhalten (siehe Rz. 55; vgl. KS Rz. 119). Sie hätte ebenso den Fokus auf eine möglichst rasche Erfüllung des Vertrages gestellt und daher sowohl Reliable abgemahnt und unter Druck 73

gesetzt, als auch die Klägerin wegen der schwierigen Situation um Entgegenkommen gebeten.

Die Massfigur hätte auch am Vertrag mit Reliable festgehalten, solange die Klägerin erstens 74 keinen Widerspruch gegen die Beendigung der Montage bis zum 30. Oktober geltend gemacht und/oder zweitens nicht die Erlaubnis gegeben hätte eine andere Firma zu beauftragen und damit eine weitere Verzögerung in Kauf zu nehmen (was dem Interesse der Klägerin zuwider gelaufen wäre). Sie hätte keine neue Firma beauftragt, da so das Erfüllungsinteresse der Klägerin am wenigsten zu befriedigen gewesen wäre (siehe Rz. 65).

Die Beklagte hat folglich alles getan, was in ihrer Kraft stand, um eine möglichst termingerechte bzw. schnelle Montage zu ermöglichen und so den Hinderungsgrund zu überwinden. 75 So versuchte sie erst die genaue vertragliche Leistung doch noch zu ermöglichen und dann den Hinderungsgrund durch Abhilfemassnahmen zu überwinden. (siehe oben Rz 55, 56, 57). Dies wäre ihr auch gelungen, wenn die Klägerin den Vertrag nicht vorher unrechtmässig aufgelöst hätte.

5.2 Entlastung der Reliable

Die Klägerin qualifiziert Reliable in KS Rz. 119 als Zulieferer. Dann ist es für die Befreiung der Beklagten nicht mehr notwendig, dass sich Reliable nach Art. 79 I CISG entlasten kann. Folgt das Gericht dieser Ansicht, so ist erst Rz. 79 wieder relevant. 76

Die Beklagte sieht Reliable als selbständigen Erfüllungsübernehmer. Denn so war sich 77 Reliable, wie nach (SCHLECHTRIEM, Art. 79, N 36) erforderlich, bewusst mit seiner Tätigkeit eine Verbindlichkeit des Schuldners ganz oder teilweise zu erfüllen. Nämlich die Montage des bereits gelieferten Kontrollsystems (Beilage B-1). Somit kann sich die Beklagte gemäss Art. 79 II CISG nur entlasten, wenn sich auch Reliable nach Art. 79 I CISG entlasten kann.

Der Tod des Teams von Reliable als nicht voraussehbarer Ausfall entlastet Reliable, da die 78 Arbeit, die sie ausführen hätten sollen, persönliche Fähigkeiten und Kenntnisse erfordert. (Vgl. SCHLECHTRIEM, Art. 79, N 17). Der Hinderungsgrund war weiter für Reliable nicht beherrschbar oder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussehbar. Reliable versuchte seit dem Auftauchendes Hinderungsgrundes diesen zu überwinden. So informierte sie die Beklagte schon einen Tag nach dem Flugzeugunglück über dieses mit gleichzeitiger Versicherung ein zweites Team zur termingerechten Montage zu schicken (vgl. Beilage K-2). Auch als weitere drei Tage unvorhergesehene Probleme bei dem zweiten Team auf-

tauchten, teilte sie der Beklagten mit, das Team würde direkt im Anschluss an die Problembehebung nach Prag reisen (SchA 14.7). Reliable „scheute keine Mühe“, ihr Team schnellstmöglich zur Montage bei Labe zu entsenden (Beilage B-3) (vgl. Rz. 58). Als schliesslich ein Weg gefunden war, den Hinderungsgrund zu überwinden, hob die Klägerin den Vertrag auf. Ansonsten wäre dem Erfüllungsinteresse der Klägerin entsprochen worden. Reliable hat ebenfalls alles in ihrer Kraft stehende getan, um den Hinderungsgrund zu überwinden. Somit gelingt ihr der Entlastungsbeweis nach Art. 79 I CISG.

5.3 Fazit

Die Beklagte wäre somit also bei Gutheissung des von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzes nach Art. 75 CISG von diesem gem. Art. 79 I CISG befreit. 79

6. Bestreitung der Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Art. 81 CISG

Der Vertrag wurde durch die Klägerin ungerechtfertigt aufgehoben. Wird ein Vertrag vom Käufer, also der Klägerin, unberechtigt aufgehoben, so besteht der Vertrag von alleine fort, solange der Verkäufer sich weder mit der Aufhebungserklärung des Käufers einverstanden erklärt noch seinerseits die Vertragsaufhebung erklärt (SCHLECHTRIEM, Art. 49, N 69). Somit ist der Vertrag noch gar nicht aufgelöst und kann auch nicht in ein Abwicklungsverhältnis umgesteuert worden sein. Es bestehen keine Rückgabepflichten der Beklagten. 80

7. Bei Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Art. 81 CISG Rückzahlung von lediglich EUR 330'000

Wie die Klägerin in KS RZ 83 zutreffend darlegt, wird das Vertragsverhältnis durch die Vertragsauflösung in ein Abwicklungsverhältnis umgesteuert, mit dem Ziel der Rückgewährung des Geleisteten und einer etwaigen Vorteilsausgleichung (Weber in HONSELL, Art. 81, N 4). Die ursprünglichen Leistungen würden durch Rückleistungsforderungen ersetzt. 81

Ebenfalls nicht strittig ist, dass die Rückgewähr der Leistungen gemäss Art. 81 Abs. 2 CISG Zug um Zug zu erfolgen hat. Bei einem Zug-um-Zug-Geschäft muss jede Vertragspartei ihre Leistung nur gegen Erhalt der ihr zustehenden Gegenleistung erbringen (SCHLECHTRIEM, Art. 81, N 16). Daraus folgt, dass die Rückgabe des Kontrollsystems an die Beklagte zeitgleich mit der Rückzahlung von 330'000 EUR an die Klägerin zu erfolgen hat. 82

Die Beklagte bestreitet zwar nicht, dass sie den Kaufpreis zurückzahlen muss, jedoch bestreitet sie den Betrag von 400'000 EUR. Der genannte Betrag von maximal 330'000 83

EUR, den die Beklagte bereit ist zurückzuzahlen, errechnet sich aus einer Verrechnung des erhaltenen Kaufpreises, von 400'000 EUR, mit dem der Beklagten entgangenen Gewinn von 70'000 EUR.

Eine Verrechnung sieht das CISG zwar nicht vor. Die angeordnete Zug-um-Zug-Abwicklung findet in der Verrechnung von Geldforderungen aus dem Kaufvertrag ihre direkte Fortsetzung, was für eine systemimmanente Ergänzung spricht (SCHLECHTRIEM, Art. 81, N 16; Weber, in BUCHER, S. 186; PILTZ, §5, N 291). 84

Somit ist die Rückzahlung von lediglich EUR 330'000 gerechtfertigt. 85

8. Schadenersatz nach Art. 74 CISG

Voraussetzungen für eine Schadenersatzforderung nach Art. 74 CISG sind ein Schaden, eine Vertragsverletzung, ein bestehender Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden und der Schaden muss voraussehbar sein. 86

8.1 Schaden

Voraussetzung des Schadenersatzes ist ein Schaden aus Vertragsverletzung. Bei dem vorliegenden Schaden handelt es sich einerseits um entgangenen Gewinn andererseits um einen Nichterfüllungsschaden. Unter ersterem versteht man, dass ein Gewinn nicht realisiert wurde, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge abstrakt und konkret hätte erwartet werden dürfen (HONSELL, Art. 74, N 10). 87

8.2 Vertragsverletzung

Die Haftungsfolge tritt ein, wenn eine Partei eine ihrer Pflichten nach dem Vertrag oder dem CISG nicht erfüllt. Die Vertragsverletzung muss nicht wesentlich sein i.S.v. Art. 25 CISG (SCHLECHTRIEM, Art. 74, N 7). Vertragsverletzung ist jede Form der objektiven Nichterfüllung einer Vertragspflicht. Gemäss Vertrag schuldet uns die Klägerin noch 100'000 EUR und müsste die Montage des Kontrollsystems dulden. Ueberdies hat sie den Vertrag, wie in Rz. 52 dargelegt, unrechtmässig aufgehoben. Somit ist eine Vertragsverletzung seitens der Klägerin gegeben. 88

Könnte die Klägerin den Entlastungsbeweis i.S.d. Art. 79 I u. II CISG führen, so wäre sie von der Schadenersatzpflicht befreit, dies ist i.c. aber nicht der Fall (siehe RZ 101). 89

8.3 Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden

Die Vertragsverletzung muss Ursache des eingetretenen Schadens gewesen sein. Es genügt, dass die Vertragsverletzung blosse Bedingung für den eingetretenen Verlust ist. Dies ist im 90

vorliegenden Fall gegeben. Hätte die Klägerin den Vertrag nicht unrechtmässig aufgehoben sondern erfüllt (i.S.v. Duldung der Montage, Bezahlung des Restbetrages), so wäre uns der Schaden auch nicht entstanden.

8.4 Voraussehbarkeit des Schadens

Art. 74 CISG stellt allein auf die Voraussehbarkeit des Schadens seitens der vertragsbrüchigen Partei, also der Klägerin, ab. Es genügt, dass die Klägerin den Schaden bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder hätte voraussehen müssen. 91

Für die Klägerin war von Anfang an voraussehbar, dass bei einem Nicht-Dulden der Montage durch Reliable, der nicht Bezahlung des Restbetrages und der ungerechtfertigten Vertragsauflösung der Beklagten Gewinn entgeht. 92

Somit ist die Voraussehbarkeit als gegeben zu erachten. 93

8.5 Fazit

Die Beklagte erfüllt sämtliche Voraussetzungen des Art. 74 CISG und ist somit berechtigt von der Klägerin Schadenersatz aus Vertragsverletzung zu Fordern. 94

9. Entlastungsbeweis der Klägerin nach Art. 79 CISG

Die Bedingungen der Entlastung der Klägerin finden sich in Rz. 53. Hinsichtlich der Möglichkeit, den Hinderungsgrund zu beeinflussen, vorzusehen oder zu vermeiden gilt für Art. 79 Abs. 1 CISG ein objektiver Massstab. Es kommt darauf an, wie sich eine vernünftige Person in gleicher Lage verhalten hätte. 95

Als Hinderungsgrund kommen nur ausserhalb der Person der Klägerin vorhandene Umstände in Betracht, die der Erfüllung entgegenstehen (SCHLECHTRIEM, Art. 79, N 6). Störungen aus innerbetrieblichen Vorgängen stellen keine Hinderungsgründe dar. 96

Ein solcher externer Hinderungsgrund liegt i.c. nicht vor. Die Vertragsverletzung durch die Klägerin beruht auf dem Nicht-Dulden der Montage durch Reliable, der Verweigerung der Zahlung des Restbetrages und der ungerechtfertigten Vertragsauflösung. 97

Eine vernünftige Person in der gleichen Lage, hätte eine angemessene Nachfrist angesetzt oder mindestens dem Nacherfüllungsangebot der Beklagten widersprochen. 98

Da die in Rz. 53 aufgezählten Bedingungen für eine Entlastung von der Schadenersatzpflicht kumulativ zu erfüllen sind, gelingt der Klägerin der Entlastungsbeweis gemäss 99

Art. 79 I CISG nicht.

9.1 Fazit

Die Klägerin hat für die Vertragsverletzung nach Art. 74 CISG voll einzustehen, da ihr der Entlastungsbeweis nach Art. 79 CISG mangels Erfüllung der hierfür geforderten Voraussetzungen nicht gelingen kann 100

Hochachtungsvoll,

Moot Court Gruppe 3:

Annette Dalcher

Hilary von Arx

Joel Fischer

Selina Saller