

Labe Papírovna a.s.  
Belehradaska 120  
Prag  
Tschechische Republik

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

## **KLAGESCHRIFT**

**In Sachen**

**LABE PAPÍROVNA a.s.**  
**Klägerin**  
vertreten durch die Moot Court Gruppe 3

**gegen**

**KONTROLL SYSTEM GMBH**  
**Beklagte**

**betreffend**

**Vertragsauflösung**

**Rechtsbegehren:**

1. *Es sei festzustellen, dass die Schiedsklausel gültig zustande gekommen sei und das Schiedsgericht folglich zuständig sei.*
2. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin USD 22'000 nebst Zins zu 5% seit dem 22.12.2003 zu bezahlen.*
3. *Es sei festzustellen, dass die Vertragsauflösung der Klägerin rechtmässig war..*
4. *Die Beklagte sei zu verpflichten, Schadenersatz von EUR 50'000 zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit 10.10.02 zu bezahlen.*
5. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Teilzahlung von 400'000 EUR zuzüglich Zins in der Höhe von 5% seit 22. August 2002 zurückzuerstatten.*
6. *Das Schadenersatzbegehren der Beklagten sei abzuweisen.*  
*Eventualiter, falls das Begehren der Klägerin abgewiesen wird, befreit sich die Klägerin nach Art. 80 CISG vom Schadenersatzanspruch*
7. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."*

Literaturverzeichnis.....	IV
Zeitschriftenverzeichnis .....	VI
Entscheidungsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	IX
1. Einleitung.....	1
2. Gültigkeit der Schiedsklausel.....	1
2.1 Anwendbarkeit des Schweizer Rechts.....	1
2.2 Materielle und formelle Gültigkeit der Schiedsklausel .....	1
2.3 Einigung über die Schiedsgerichtsbarkeit im Konfliktfalle .....	2
2.4 Auslegung der Formulierung „Internationale Handelskammer mit Sitz in Zürich“ .....	3
3. Teilentscheid über die Rückzahlung des Kostenvorschusses .....	5
3.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichtes aufgrund der vertraglichen Natur des Anspruchs.....	5
3.2 Teilentscheid aufgrund der Selbstständigkeit des geltend gemachten Anspruches .....	6
3.3 Sichernde und vorläufige Massnahmen.....	7
4. Anwendbares Recht .....	7
5. Berechtigung der Klägerin zur Vertragsauflösung .....	7
5.1 Vertragsaufhebung / Wesentliche Vertragsverletzung.....	7
5.2 Das objektive Gewicht der Vertragsverletzung.....	8
5.3 Nacherfüllung der Montage innerhalb angemessener Frist.....	9
5.4 Vorausssehbarkeit .....	12
5.5 Ablehnung des Nacherfüllungsangebotes/ Erklärung der Vertragsaufhebung innerhalb angemessener Frist .....	13
5.6 Fazit.....	14
6. Schadenersatzanspruch der Klägerin .....	14
6.1 Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung und Deckungsgeschäft gemäss Art. 75 CISG.....	14
6.1.1 Vertragsaufhebung wegen der durch die Beklagte begangene Vertragsverletzung... 14	
6.1.2 Abschluss eines Deckungsgeschäftes.....	14
6.1.3 Abschluss des Deckungsgeschäfts „in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Aufhebung“ .....	15
6.2 Entlastungsgründe der Beklagten nach Art. 79 CISG .....	16
6.2.1 Flugzeugabsturz als Hinderungsgrund .....	16
6.2.2 Probleme bei der anderen Montage als Hinderungsgrund .....	16
6.2.3 Unüberwindbarkeit.....	17
6.2.4 Haftung für Drittpersonen / selbständige Erfüllungsunternehmer (Art. 79 II CISG) 18	
7. Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten.....	19
8. Ablehnung des gegnerischen Begehrens um Schadenersatz, eventualiter Befreiung nach Art. 80 CISG .....	19

## Literaturverzeichnis

- ACHILLES, Wilhelm-Albrecht      Kommentar zum UN-Kaufrechts-Übereinkommen (CISG), Neuwied/Kriftel 2000.  
Zitiert: ACHILLES
- BIANCA, C. M./BONELL, M. J.      Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè/Mailand 1987.  
Zitiert: BIANCA/BONELL
- BOTZENHARDT, Bertrand      Die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht, Lang/Frankfurt am Main 1998.  
Zitiert: BOTZENHARDT
- CORVAGLIA, Stefano      Das einheitliche UN-Kaufrecht, 1. Auflage, Berlin 1991.  
Zitiert: CORVAGLIA
- CRAIG, Laurence W./PARK William W./PAULSSON, Jan      International Chamber of Commerce Arbitration, 3<sup>rd</sup> Edition, Dobbs Ferry, New York 2000.  
Zitiert: CRAIG ET AL
- ENDERLEIN, Fritz/MASKOW Dietrich, STROHBACH, Heinz      Internationales Kaufrecht, 1. Auflage, Berlin 1991.  
Zitiert: ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH
- FOUCHARD, Philippe/GAILLARD, Emmanuelle/GOLDMANN, Berthold      Traité de l'Arbitrage Commercial International, Paris 1996.  
Zitiert: FOUCHARD ET AL
- FREIBURG, Nina      Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlussgründe, Münster 2001, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 2380.  
Zitiert: FREIBURG

- HEINI, Anton/KELLER, Max/SIEHR, Kurt/VISCHER, Frank/ VOLKEN, Paul IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich 1993.  
Zitiert: HEINI ET AL
- 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
- 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
- KAROLLUS, Martin UN-Kaufrecht: eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Springer/Wien 1991.  
Zitiert: KAROLLUS
- PILTZ, Burghard Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München 1993.  
Zitiert: PILTZ
- RUEDE, Thomas/HADENFELDT Reimer Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage und Supplement zur 2. Auflage, Zürich 1993/1999.  
Zitiert: RUEDE/HADENFELDT
- SCHLECHTRIEM, Peter Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der vereinten Nationen über Verträge

über den internationalen Warenkauf, 3. neuarbeitete Auflage, München 2000.

Zitiert: SCHLECHTRIEM

VON STAUDINGER J./MAGNUS U.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener Kaufrecht (CISG), 1999.

Zitiert: STAUDINGER/MAGNUS

WALTER, Gerhard/BOSCH, Wolfgang/BRÖNIMANN, Jürgen

Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991.

Zitiert: WALTER ET AL

## **Zeitschriftenverzeichnis**

FADALLAH, Ibrahim

Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties' Reciprocal Obligations, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/No. 1, 2003, S. 53ff.

Zitiert: FADALLAH

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. 88.

Zitiert: MITROVIC

SECOMB, Matthew

Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/No. 1, 2003, S. 59.

Zitiert: SECOMB

## Entscheidverzeichnis

### Schiedssprüche:

IHK-Schiedssache Nr. 4023 (1984), Journal du Droit International 1984, S. 950 f.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 4023

IHK-Schiedssache Nr. 4472 (1984), Journal du Droit International 1984, S. 946 ff.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 4472

IHK-Schiedssache Nr. 5294 (22.2.1988), Yearbook of Commercial Arbitration, YCA XIV-1989, S. 137ff.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 5294

IHK-Schiedssache Nr. 10526 (2000), Journal du Droit International 2001, S. 1179 ff.

Zitiert: IHK-Schiedssache Nr. 10526

IHK-Schiedssache, Teilentscheid vom 27. März 2001, X Company, Panama gegen Y S.A. Schweiz, ASA Bulletin 2001, S. 285 ff.

Zitiert: Teilentscheid 2001

### Urteile staatlicher Gerichte

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. September 1975, BGE 101 II 323 ff.

Zitiert: BGE 101 II 323 ff.

Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Juli 2003, BGE 129 II 675 ff.

Oberlandesgericht Dresden, Deutschland, Urteil vom 5.12.1994 – 2U 1010/94, ASA Bulletin 1995, S. 247 ff.

Zitiert: OLG Dresden 2U 1010/94

Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Unveröffentlichter

Bundesgerichtsentscheid vom 21. November 2003, 4P.162/2003,

[http://www.polyreg.ch/bgeunpubliziert/Jahr\\_2003/Entscheide\\_4P\\_2003/4P.162\\_2003.html](http://www.polyreg.ch/bgeunpubliziert/Jahr_2003/Entscheide_4P_2003/4P.162_2003.html)

Zitiert: BGE 4P.162/2003

Oberlandesgericht Düsseldorf, vom 18.11.1993, CISG-online 92, 6 U 228/92

Zitiert: OLG Düsseldorf 6 U 228/92

Pretura di Parma Fidenza 24.11.1989, 77/89 CISG-online 316, 77/89

Zitiert: Pretura 77/89

Oberlandesgericht Hamburg 1 U 167/95, 28.2.1997

Zitiert: OLG Hamburg 1 U 167/95

Handelsgericht des Kt. ZH, 10. Februar 1999, HG 970238.1, CISG-online 488

Zitiert: Handelsgericht des Kt. ZH, HG 970238.1

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
a.s.	akciová společnost
BaK	Basler Kommentar
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bsp.	Beispiel
bzw.	beziehungsweise
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)
CZ	Tschechische Republik
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
f./ff.	folgende (Seite/Seiten)
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
i.c.	in casu
ICC	International Chamber of Commerce
IHK	Internationale Handelskammer
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
Kt.	Kanton
lit.	Littera
Ltd.	Limited Liability Company
N	Randnummer
Nr.	Nummer
Okt.	Oktober
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchO	Schiedsgerichtsordnung des internationalen Schiedsgerichtshofes gültig seit dem 1. Januar 1998
u.	und
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
UN	United Nations
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zzgl.	zuzüglich

## 1. Einleitung

Zunächst wird die Klägerin zeigen, dass das Schiedsgericht aufgrund einer gültigen Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien für die Beurteilung des vorliegenden Streitfalles zuständig ist [2].

In der Folge wird sie darlegen, dass sie Anspruch hat auf Rückerstattung des Kostenvorschusses zzgl. 5% Zins seit dem 23. Dezember 2003 [3].

Darüber hinaus wird die Klägerin darlegen, dass die Vertragsauflösung am 9. Oktober 2002 berechtigt war [5] und dass ihr ein Schadenersatzanspruch für das gekaufte Ersatzkontrollsystem zusteht [6].

Schliesslich wird sie nachweisen, dass sie einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Kaufpreiszahlung hat [7] und dass das gegnerische Begehren um Schadenersatz abzuweisen ist eventualiter sei die Klägerin bei einer anderen Entscheidung des Schiedsgerichtes von allfälligen Schadenersatzforderungen freizusprechen [8].

## 2. Gültigkeit der Schiedsklausel

### 2.1 Anwendbarkeit des Schweizer Rechts

Nach Art. 176 I IPRG gilt das zwölfte Kapitel dieses Gesetzes für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Zudem darf die Anwendbarkeit der Regeln nicht ausgeschlossen worden ist (Art. 176 I und II IPRG).

I.c. ist der Sitz des Schiedsgerichtes Zürich. Des weiteren hatten sowohl Beklagte als auch Klägerin bei Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Sitz ausserhalb der Schweiz und die Anwendung des zwölften Kapitels des IPRG wurde nicht ausgeschlossen. Somit bestimmt sich die Gültigkeit der Schiedsklausel nach IPRG.

### 2.2 Materielle und formelle Gültigkeit der Schiedsklausel

Nebst den formellen Voraussetzungen in Art. 178 I IPRG und der Schiedsfähigkeit des Anspruchs (Art. 177 I IPRG), muss eine Schiedsklausel auch Anforderungen erfüllen, die das Gesetz nicht explizit aufführt: Als essentialia negotii müssen die Parteien einerseits das Rechtsverhältnis bestimmt haben, auf das die Schiedsklausel Anwendung finden soll. Andererseits muss ein Konsens darüber bestehen, dass ein aus diesem Rechtsverhältnis entstehender Streit durch ein Schiedsgericht entschieden würde (vgl. WALTER ET AL, Art. 178, S. 68f.; Volken in HEINI ET AL, Art. 178 N 19). Zudem sollte das zur Entscheidung

berufene Schiedsgericht bestimmbar sein, und ebenso dessen Sitz (wobei das eine das andere ergibt, vgl. Art. 176 III Art. 179 II IPRG). Darüberhinaus sollte die Schiedsvereinbarung insgesamt hinreichend klar und bestimmt sein.

I.c. dürften die meisten dieser Punkte (z.B. formelle Gültigkeit, Schiedsfähigkeit des Anspruches, etc.) unbestritten sein. Daher gehen wir auf diese Punkte nachfolgend nicht ein. Sollte die Gegenpartei wider Erwarten zu jenen Punkten Einwände erheben, werden wir im Rahmen der Plädoyers gerne dazu Stellung nehmen. Genauer eingehen möchten wir hingegen auf den Konsens über die Schiedsgerichtsbarkeit. Des Weiteren werden wir die vermeintlich unklar formulierten Teile der Vereinbarung auslegen.

### **2.3 Einigung über die Schiedsgerichtsbarkeit im Konfliktfalle**

Die fragliche Vertragsklausel statuiert grundsätzlich die Konfliktlösung unter einer Schiedsordnung, sieht aber auch die Zuständigkeit der Gerichte in Prag vor, falls die Schiedsrichter die Streitigkeit nicht lösen könnten. Diese Formulierung wirft die Frage auf, was die Parteien mit der Klausel genau bewirken wollten, bzw. ob sie mit ihr ein Schiedsgericht vereinbart haben oder nicht. Die Schiedsklausel muss deshalb (nach den Regeln von Art. 1 ff. OR) ausgelegt werden. Mittels Anwendung des Vertrauensprinzips, kann aufgezeigt werden, dass im Bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit zumindest ein rechtlicher Konsens bestand:

Am Ende der Vertragsverhandlungen diskutierten die Parteien darüber, wo und von wem allfällige Streitigkeiten entschieden werden sollten. Unbestritten war dabei von „Schiedsgerichtsbarkeit“ die Rede und die Schiedsklausel wurde in diesem Kontext formuliert und abgeschlossen. Schon deshalb konnte und musste die Klägerin die Klausel nach Treu und Glauben dahingehend verstehen, dass im Falle eines Konfliktes die Entscheidungskompetenz an ein Schiedsgericht delegiert werden sollte. Dafür spricht auch der Wortlaut der Klausel, der sowohl eine Schiedsordnung bestimmt als auch eine geradezu klassische Ernennung der Schiedsrichter vorsieht: Ein Dreierschiedsgericht, dessen Präsident durch die zwei von den Parteien gewählten Schiedsrichter gewählt wird.

Auch die Erwähnung der Prager Gerichte erschien bei Abschluss der Schiedsklausel plausibel. Dies war eine Vorsichtsmassnahme für den Fall, dass trotz einer Schiedsvereinbarung ein Konfliktfall nicht durch ein Schiedsgericht gelöst werden könnte, beispielsweise wenn das Schiedsgericht sein Mandat niederlegen würde oder wenn die Parteien den Kostenvorschuss nicht bezahlen könnten (weitere Bsp. aus der Praxis siehe HOCHBAUM,

S. 23). Des weiteren hatte die Beklagte klar zu verstehen gegeben, dass es wichtig für sie war, einen allfälligen Konflikt nicht vor tschechischen Gerichten auszutragen. Somit war klar, dass die Prager Gerichte nicht ordentlicher Gerichtsstand, sondern nur eine Art ultima ratio für den Fall des Scheiterns der Schiedsgerichtsbarkeit sein sollten.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass es insgesamt nur logisch war, dass die Klägerin bei der Vertragsunterzeichnung davon ausging, man habe Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart. Aufgrund der damaligen Umstände musste sie dies sogar tun. Sie ist deshalb nun in ihrem Vertrauen zu schützen. 12

#### **2.4 Auslegung der Formulierung „Internationale Handelskammer mit Sitz in Zürich“**

Die Schiedsklausel enthält die Formulierung „Schiedsordnung der internationalen Handelskammer mit Sitz in Zürich“. Da die IHK ihren Sitz in Paris hat und es in Zürich keine Institution mit diesem Namen gibt, muss auch diese Formulierung ausgelegt werden. Dabei ist der grundsätzliche Wille der Parteien, sich einem Schiedsgericht zu unterstellen, zu respektieren (BGE 4P.162/2003, E. 3.1). 13

Offensichtlich ist, dass die Parteien mit der verwendeten Formulierung eine Schiedsordnung und eine Schiedsinstitution wählen wollten. Sie haben sich dabei aber unklar ausgedrückt. In Literatur und Rechtsprechung ist man sich einig, dass die ungenaue oder falsche Bezeichnung einer Schiedsinstitution oder -ordnung nicht schadet, solange sich feststellen lässt, welche Institution bzw. Ordnung die Parteien gemeint haben (statt vieler BGE 129 II 681; Wenger in BaK IPRG zu Art. 182, N 20). Der Sinn einer solchen Falschbezeichnung beurteilt sich eben „nicht bloss nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach dem Zusammenhang, in dem die Äusserung steht und nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben ist“ (BGE 101 II 325). I.c. sind folgende Zusammenhänge wesentlich: 14

Die Parteien sprachen bei den Endverhandlungen des Vertrages davon, dass die IHK eine Schiedsordnung anbiete. Die Klausel wurde gleich im Anschluss an jene Diskussion formuliert. Es war im Laufe dieser Gespräche weder von einer anderen Handelskammer, noch von einer anderen Schiedsordnung die Rede. Es kann deshalb nun auch keine andere Schiedsordnung gemeint sein als diejenige der IHK in Paris. Zumal es auf der ganzen Welt nur eine Institution namens IHK gibt. Laut Rechtsprechung, weist diese mittlerweile einen derartigen Bekanntheitsgrad auf, dass eine Verwechslung nahezu ausgeschlossen ist (OLG Dresden 2U 1010/94, S. 252). 15

Der Sitz der IHK ist zwar nicht in Zürich, er war während den Verhandlungen jedoch auch kein Thema (Verfügung 1). Dass Zürich in der Schiedsklausel erwähnt wird, hat damit zu tun, dass die Parteien praktisch gleichzeitig bestimmten, a) im Konfliktfall vor ein Schiedsgericht zu gehen und b) einen allfälligen Streit in der Schweiz auszutragen. In diesem Zusammenhang kann die Schiedsklausel nur dahingehend angelegt werden, dass die Vertragsparteien mit Zürich den Sitz des Schiedsgerichtes bezeichnen wollten. 16

Die falsche Sitzbezeichnung der IHK ist überdies ein häufiger Fehler bei Schiedsklauseln, sodass zahlreiche Urteile als Vergleich herangezogen werden können. vgl. u.a. die IHK-Schiedssache Nr. 4472 über die „Internationale Handelskammer Zürich“ / „Chambre de Commerce Internationale de Zurich“, IHK-Schiedssache Nr. 5294 über die „International Chamber of Commerce, Zurich, Switzerland“ und die IHK-Schiedssache Nr. 4023 über die „Chambre de Commerce Internationale siégeant à Genève“. Immer haben die Schiedsgerichte die jeweilige Klausel dahingehend interpretiert, dass die Parteien die Schiedsordnung der IHK und den Sitz des Schiedsgerichtes bestimmen wollten. Das war, wie soeben gezeigt, auch hier der Fall. 17

Selbst wenn dem nicht so wäre, entfielen die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes nicht automatisch. Wenn die Unwirksamkeit nur Teile der Schiedsabrede betreffen, kommt, wie im Vertragsrecht, Teilunwirksamkeit nach Art. 20 II OR in Frage (RUEDE/HADENFELDT, S. 84). Massgebend ist, ob die Parteien den Vertrag, bzw. hier die Schiedsklausel, auch ohne den ungültigen Teil („IHK in Zürich“) abgeschlossen hätten. 18

Die Interessenlage bei Vertragsschluss war i.c. dergestalt, dass keine Partei vor ein staatliches Gericht im Land der Vertragspartnerin gehen wollte. Primäres Ziel war jedoch für beide Parteien der Abschluss des Hauptvertrags und sie wollten unter allen Umständen eine Lösung bezüglich der gerichtlichen Streitbeilegung finden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Parteien auch bei Ungültigkeit des Passus „Schiedsordnung der Internationale Handelskammer mit Sitz in Zürich“ Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart hätten. Die Wahl der Schiedsordnung erscheint überdies recht zufällig (vgl. Verfügung 1), auch deshalb konnte die Schiedsvereinbarung nicht davon abhängen. 19

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Schiedsklausel gültig ist und die Parteien die Schiedsordnung der IHK gewählt und als Sitz des Schiedsgerichtes Zürich bestimmt haben. Eventualiter ist von Teilunwirksamkeit der Schiedsklausel auszugehen, wobei diese geheilt und Schiedsordnung und Sitz im Schiedsauftrag bestimmt wurden (i.S.v. Art. 182 II IPRG bzw. Art. 176 III IPRG). Das Schiedsgericht ist deshalb in beiden Fällen für die 20

Beurteilung des Falles zuständig.

### **3. Teilentscheid über die Rückzahlung des Kostenvorschusses**

Obwohl es mehrere positive Urteile gibt, ist in der Literatur umstritten, ob in einem ICC-Schiedsverfahren ein Anspruch auf Rückzahlung des Kostenvorschusses besteht. Zum einen wird die Kompetenz des Schiedsgerichtes, über diese Frage einen Entscheid zu fällen, bestritten. Zum andern wird geltend gemacht, beim Kostenvorschuss handle es sich nicht um einen selbständigen Anspruch, da über die definitive Verteilung der Kosten erst am Ende des Schiedsverfahrens entschieden werde. Deshalb könne darüber kein Teilentscheid getroffen werden. 21

#### **3.1 Zuständigkeit des Schiedsgerichtes aufgrund der vertraglichen Natur des Anspruchs**

Gemäss Art. 30 III SchO obliegt beiden Parteien die Pflicht zur Zahlung des Kostenvorschusses. Mit der Annahme der SchO sind die Parteien an diese gebunden. Es besteht folglich eine vertragliche Verpflichtung, im Konfliktfall die Bestimmungen der SchO einzuhalten. Damit bedeutet die Weigerung der Beklagten, den Kostenvorschuss zu bezahlen, Vertragsbruch (vgl. Teilentscheid (2001), E. 13+16 und IHK-Schiedssache Nr. 10526, S. 1182). 22

An der vertraglichen Natur des Anspruchs auf Rückzahlung des Kostenvorschusses ändert nichts, dass eine Partei nach Art. 30 III SchO den gesamten Kostenvorschuss übernehmen kann (wie i.c. geschehen). Dies dient nur dazu, bei der Weigerung einer Partei, den Vorschuss zu bezahlen, das Schiedsverfahren trotzdem zu ermöglichen (Teilentscheid (2001), E. 14; IHK-Schiedssache Nr. 7289, zitiert bei SECOMB, S. 61). 23

Auch der Einwand, dass die SchO nur die Beziehungen zwischen dem Schiedshof und der Einzelpartei regelt, hingegen einer Partei keine eigenen Ansprüche gegen die andere Partei verleiht (MITROVIC, S. 89, 2. Spalte oben), ist abzulehnen. Diese Meinung verkennt, dass sich die Pflicht zur Bezahlung nur indirekt auf Art. 30 III SchO stützt: Die Beklagte hat durch die Zustimmung zur Schiedsordnung der Klägerin versprochen, alle Pflichten zu erfüllen, die ihr diese Schiedsordnung auferlegt. Dazu gehören auch Pflichten gegenüber Dritten. Die Bezahlung des Kostenvorschusses ist eine versprochene Leistung zu Gunsten eines Dritten (i.S.v. Art. 112 I OR) und die Klägerin ist berechtigt, diese zu fordern. Aus diesem Grund spielt es auch keine Rolle, ob die Kosten einen administrativen Charakter haben (anders FAVRE-BULLE, S. 238). 24

Der Anspruch auf Rückerstattung des Kostenvorschusses wird nicht nur von der Rechtsprechung, sondern auch von der h.L. anerkannt (vgl. CRAIG ET AL § 14.04; FOUCHARD ET AL N 1254). Teilweise wird der säumigen Partei sogar ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorgehalten, weil die Beklagte zuerst eine Schiedsvereinbarung schloss, jetzt aber die Durchführung des Schiedsverfahrens bremst und die aus der Vereinbarung resultierenden Pflichten nicht erfüllt (FADLALLAH, S. 55, N 7). 25

Da der geltend gemachte Anspruch sich, wie dargelegt, aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ableitet, ist das Schiedsgerichtes zuständig, über ebendiesen Anspruch zu entscheiden (IHK-Schiedssache Nr. 10526, S. 1182). Es handelt sich um „eine aus diesem Vertrag entstehende Streitigkeit“ im Sinne der Schiedsklausel. 26

### **3.2 Teilentscheid aufgrund der Selbstständigkeit des geltend gemachten Anspruches**

Die Beklagte könnte vorbringen, der geltend gemachte Anspruch sei gar nicht selbständiger Natur, da über die Kosten erst am Ende des Verfahrens entschieden werde. Deshalb könne darüber kein Teilentscheid ergehen. Dazu ist auszuführen: Obwohl auch im Endentscheid die Kostenfrage ein Thema sein wird, sind die definitive Verteilung der Kosten und der Anspruch auf Rückzahlung des Kostenvorschusses voneinander gänzlich unabhängig (Teilentscheid (2001), E. 16). Der Anspruch auf Rückerstattung des Vorschusses wird durch den Teilentscheid endgültig und erschöpfend geregelt. Würde das Begehren der Klägerin abgewiesen, so würde ihr das (vertragliche!) Recht, nur die Hälfte des Vorschusses bezahlen zu müssen, verweigert. Es liegt in der Natur dieses Rechts, dass über daraus folgende Ansprüche schon vor dem endgültigen Schiedsspruch. entschieden werden muss. Denn mit dem definitiven Kostenentscheid, wird ein Entscheid über Rückzahlung des Kostenvorschusses überflüssig. Ein Anspruch aus diesem Recht kann nur durch die Rückzahlung des hälftigen Kostenvorschusses gewahrt werden (IHK-Schiedssache Nr. 10526, S. 1182). 27

Dass die Kostenaufteilung im Endentscheid und der Kostenvorschuss nichts miteinander zu tun haben, folgt schon daraus, dass sie auf verschiedenen rechtlichen Grundlagen beruhen. In der Praxis erkennt man die Selbstständigkeit des Anspruches daran, dass das Urteil am Ende des Verfahrens an einem vorgängig ergangenen Entscheid über den Kostenvorschuss nichts mehr zu ändern vermag (Teilentscheid (2001), E. 17; IHK-Schiedssache Nr. 10526, S. 1182). 28

Aufgrund der dargelegten Selbstständigkeit des Anspruches, kann das Gericht einen Teilent- 29

scheid über die Frage fällen.

### 3.3 Sichernde und vorläufige Massnahmen

Gewisse Stimmen in der Literatur behaupten, der Entscheid über den Kostenvorschuss sei ein prozessualer Entscheid, darüber könne das Schiedsgericht höchstens in Form einer vorläufigen Massnahme i.S.v. Art. 23 SchO entscheiden (vgl. FAVRE-BULLE, S. 238 u. 242). Diese Meinung ist aufgrund der Selbständigkeit des Anspruchs abzulehnen (vgl. FADLALLAH, E. 13, S. 57). Vorsichtshalber sei aber darauf hingewiesen, dass auch die Voraussetzungen von Art. 23 SchO (Dringlichkeit und nicht wieder gut zu machender Nachteil) in casu erfüllt wären: Die gegenwärtige Situation beeinträchtigt die Liquidität der Klägerin um den zuviel einbezahlten Betrag inkl. Zinsen. Diese Beeinträchtigung kann nur mit der sofortigen Rückzahlung des Kostenvorschusses aufgehoben werden. Eine Berücksichtigung der Zahlungsverweigerung der Beklagten im End-Schiedsspruch kompensiert den jetzigen Nachteil nicht mehr. Insoweit erleidet die Klägerin einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil.

Aus all diesen Gründen ist dem Rechtsbegehren der Klägerin stattzugeben und die Beklagte zu verpflichten, ihr \$ 22'000 zu bezahlen inkl. 5% Zins ab dem 22.12.2003 (Art. 104 I OR).

## 4. Anwendbares Recht

Nach Art. 187 I IPRG i.V.m. Art. 118 I IPRG i.V.m. Art. 2 I HaagerKaufIPRÜ ist i.c. Schweizerisches Recht anwendbar. Die Schweiz ist Vertragsstaat des CISG, ebenso Tschechien und die BRD, wo je eine Partei ihren Sitz hat. Die räumlichen Anwendungsvoraussetzungen nach Art. 1 I lit. a CISG sind somit erfüllt. Da es sich beim zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen Werklieferungsvertrag nach Art. 3 I CISG handelt, ist das CISG auch sachlich anwendbar (Art. 3 II CISG ist unproblematisch, vgl. Kaufpreismodalitäten). Somit ist der vorliegende Fall nach dem CISG zu beurteilen (wo dieses eine Regelung enthält, sonst nach OR.)

## 5. Berechtigung der Klägerin zur Vertragsauflösung

### 5.1 Vertragsaufhebung / Wesentliche Vertragsverletzung

Gemäss Art. 49 I a CISG kann der Käufer (i.c. also die Klägerin), die Aufhebung des Vertrages verlangen, wenn auf Seite des Verkäufers (Beklagte) eine wesentliche Vertragsverletzung i.S.v. Art. 25 CISG vorliegt. Diese ist grundsätzlich gegeben, wenn dem Käufer im wesentlichen entgeht, was er nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, diese

Folge war nicht voraussehbar. Was dies beinhaltet, wird aufgrund des Vertragstextes und der sonstigen Umstände des Einzelfalls beurteilt (KAROLLUS, Art. 25 N 12).

In vorliegendem Fall hat die Beklagte, zwar das Kontrollsystem geliefert, sie versäumte es aber für die Montage zu sorgen. Damit verletzte sie Ziff. 1 und 4 des Vertrages. 34

Das zentrale Problem bei der inhaltlichen Bestimmung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung besteht in der Festlegung, inwieweit die Wesentlichkeit einer Vertragsverletzung mit der Möglichkeit zur Nacherfüllung gemäss Art. 48 I CISG zusammenhängt. Hierzu gibt es zahlreiche Literaturmeinungen (dargelegt in HONSELL, Art. 49 N 18ff). Dem Problem soll gemäss der hier vertretenen Auffassung Rechnung getragen werden, indem neben dem objektiven Gewicht der Montage, auch untersucht wird, ob die Montage innerhalb angemessener Frist nachgeholt wurde, bzw. das Angebot der Beklagten zur Nacherfüllung noch innerhalb angemessener Frist war. Auf die Darlegung der anderen Lehrmeinungen kann verzichtet werden, da die Argumente grundsätzlich die gleichen blieben. Sie würden lediglich unter anderen Begriffen subsumiert. Eine Verletzung der Montagepflicht, ist also wesentlich, wenn 1.) das objektive Gewicht der Vertragsverletzung die Vertragsaufhebung rechtfertigt und 2.) der Verkäufer den Mangel der Erfüllung nicht innerhalb angemessener Frist (ohne unzumutbare Verzögerung, Art. 48 CISG) behebt (SCHLECHTRIEM, Art. 49 N 17; PILTZ, § 5 N 257; ACHILLES, Art. 25 N 5). Ferner muss die Wesentlichkeit vorhersehbar sein. 35

## **5.2 Das objektive Gewicht der Vertragsverletzung**

Für das objektive Gewicht der Vertragsverletzung ist entscheidend, ob es dem Käufer zuzumuten ist, die Ware trotz unvollständiger Vertragserfüllung, i.c. unterbliebener Montage, zu behalten und sich mit Schadenersatz zufrieden zu geben (SCHLECHTRIEM, Art. 46 N 31 & 35). Bei fehlender Montage kommt es zudem darauf an, ob die Klägerin mit verhältnismässigen Aufwand das System selbst montieren bzw. hätte montieren lassen können (SCHLECHTRIEM, Art. 49 Rn. 17; ACHILLES, Art. 25 N 9). 36

I.c. ist das Kontrollsystem ohne Montage völlig nutzlos und es kann der Klägerin natürlich nicht zugemutet werden, ein solches System zu behalten. Das Ausführen der Montage bedarf überdies besonderer Fertigkeiten und kann nur von in der CZ zugelassenen Fachleuten durchgeführt werden (Schiedsauftrag 14. 1). Die Klägerin verfügte nicht über solche Fachkräfte, womit sie die Montage unmöglich selber vornehmen konnte. Aufgrund der Komplexität der Montage und der Tatsache, dass ein Montageteam extra nach CZ eingeflo- 37

gen werden muss – insbesondere aber, weil es in der Regel unmöglich ist, dass innert einer Frist von wenigen Tagen seit Erteilung des Montageauftrages mit der Montage begonnen werden kann (Verfügung Nr. 1), war auch eine Montage durch Dritte nicht mit verhältnismässigem Aufwand und innert nützlicher Frist ab 9. Oktober möglich. Dies umso mehr, da die Klägerin erst drei Wochen nach Verhinderung des zweiten Montageteams vom Auftauchen dieses Problems erfuhr (siehe auch Rz. 74, 76).

Die Wichtigkeit der Montage spiegelt sich schliesslich auch in der Bezahlung. 50'000 €, also 10% des Kaufpreises, sollen gemäss Vertrag nämlich erst bezahlt werden, wenn die Montage erfolgt ist. 38

Zusammenfassend kann man somit sagen, dass der Verletzung der Montagepflicht ein objektives Gewicht zukommt, das die Vertragsaufhebung i.S.v. Art. 49 I a CISG rechtfertigt. 39

### **5.3 Nacherfüllung der Montage innerhalb angemessener Frist**

Eine wesentliche Vertragsverletzung allein aufgrund der Nichteinhaltung der Lieferfrist (i.c. Montagefrist) ist nur gegeben, wenn die genaue Einhaltung des Liefertermins von aussergewöhnlichem Interesse ist (z.B. bei verderblicher Ware), sodass das Vertragsinteresse mit Einhaltung des Termins steht und fällt (ACHILLES, Art. 25 N 5; OLG Düsseldorf 6 U 228/92). I.c. ist die Einhaltung des Termins zwar von erheblichen Gewicht, doch hing davon nicht das gesamte Vertragsinteresse ab. Der Vertrag wurde dementsprechend auch nicht sofort gekündigt. Dies geschah erst nach mehrmaligen ergebnislosen Anfragen und nach Ablauf der Nachfrist. 40

Wie nachfolgend dargelegt wird, war aber nach Ablauf der Nachfrist (9. Okt.) – und erst recht zum von der Beklagten angebotenen Termin (30. Okt.) – die Nacherfüllung der Montagepflicht gemäss Art. 48 I CISG unzumutbar und die angemessene Frist einer Nachholung der Montage endgültig verstrichen. Somit schlug die zunächst noch unwesentliche Vertragsverletzung in eine wesentliche um (FREIBURG, S. 78; BOTZENHARDT, S. 262; Handelsgericht des Kt. ZH, HG 970238.1, Pretura 77/89). 41

Der Massstab von Art. 48 I CISG für eine angemessene Frist zur Nacherfüllung ist der gleiche, wie ihn auch Art. 47 CISG für die Nachfrist verwendet (SCHLECHTRIEM, Art. 48 N 13; SÖRGEL/LÜDERITZ, Art. 48 N 4). Massgebendes Kriterium für die Bemessung der beiden Fristen bilden die Machbarkeit der Nacherfüllung durch den Verkäufer (siehe Rz. 47) und die Dringlichkeit der Erfüllung auf Seiten des Käufers. Wobei dem Interesse 42

des Käufers im Konfliktfall der Vorzug zu gewähren ist (HONSELL, Art. 47 N 23). Entscheidend für die Länge der Nachfrist ist somit in erster Line das erkennbare Interesse des Käufers an rascher Erfüllung (SCHLECHTRIEM, Art. 49 N 9).

Dieses Interesse der Klägerin an rascher Erfüllung (Montage) war, - von dieser mehrfach 43  
betont (vgl. u.a. Beilage K-3), also für die Beklagte gut erkennbar – unzweifelhaft sehr  
gross: Die Installation des Kontrollsystems hätte eine Produktionssteigerung der bestehen-  
den Anlage, einen sparsameren Einsatz der Rohmaterialien sowie die Einsparung von  
Personal bzw. die Einführung eines Mehrschichtbetriebes mit derselben Personalzahl  
ermöglicht (Verfügung Nr. 1). Die Montage hätte also eine erhebliche Effizienzsteigerung  
bewirkt. Alle diese Vorteile entgingen der Klägerin, solange das Kontrollsystem noch nicht  
installiert war.

Eine möglichst rasche Montage des Kontrollsystems war für die Klägerin auch daher von 44  
grossem Interesse, da die Nachfrage für die von der Klägerin produzierten Papierprodukte  
am Steigen war (Verfügung Nr. 1). Diese gesteigerte Nachfrage hätte man bei rechtzeitiger  
Montage befriedigen können. So aber entging der Klägerin der entsprechende Gewinn.  
Zudem verpasste sie die Chance, ihre Marktposition auszubauen, was einem irreparablen  
Nachteil gleichkam.

Die Verzögerung war insgesamt also mit beträchtlichen ökonomischen Einbussen verbun- 45  
den: Die Klägerin war berechtigterweise davon ausgegangen, das Kontrollsystem in etwa  
einem Jahr zu amortisieren (Verfügung 1). Allein die dreiwöchige Verzögerung bis zum  
Ablauf der Nachfrist (9. Okt.) kostete die Klägerin somit bereits rund € 29'000  
( $500 \cdot 0000 / 52 \cdot 3$ ).

Die Beklagte hat überdies die Wichtigkeit der rechtzeitigen Montage nie bestritten. Im 46  
Gegenteil, sie hat sogar selber Reliable mehrfach auf die Wichtigkeit der Einhaltung des  
vertraglichen Endtermins hingewiesen (Schiedsauftrag 14.8, vgl. auch Beilage K-5).  
Angesichts der dargelegten Wichtigkeit einer möglichst raschen Montage, ist die Frist, in  
welcher die Nacherfüllung der Montage noch angemessen gewesen wäre, kurz zu halten.

Es muss aber auch der Möglichkeit der Erfüllung des Verkäufers Rechnung getragen 47  
werden. Zu beachten ist hierbei, dass die Nachfrist (und somit die angemessene Frist zur  
Nacherfüllung) den Zeitraum definiert, innerhalb dessen eine Verspätung noch hinnehmbar  
ist. Sie stellt nicht etwa eine erneute Frist dar, in welcher dem Verkäufer genügend Zeit zur  
Erfüllung bleiben soll, falls er die notwendigen Vorkehrungen noch nicht getroffen hat

(SCHLECHTRIEM, Art. 47 N 9). Die Montage wäre in den etwas über 3 Wochen vom 16. September bis zum 9. Oktober gut möglich gewesen, da sie nur 2 Wochen dauert. Auch wäre es möglich gewesen, die Montage mit einer anderen Firma innerhalb der Nachfrist zu erledigen, falls die Beklagte rechtzeitig mit anderen Montagefirmen Gespräche geführt hätte. Diesfalls wäre sie selbst bei weiterer Verzögerung der Reliable in der Lage gewesen, die Montage bis zum 9. Oktober sicherzustellen. Stattdessen hatte die Beklagte sich jedoch nur sporadisch bei Reliable erkundigt, wann denn die Montage erfolgen könne. Und auch dies geschah nur auf Anfragen der Klägerin. Erst als die Klägerin die Nachfrist gesetzt hatte, und der Termin der Vollendung bereits abgelaufen war, setzte die Beklagte Reliable unter Druck, blieb aber im übrigen untätig und bot die Nacherfüllung für den 30. Oktober an. Dies war aber zu spät. Vielmehr hätte die Beklagte schon vor Ablauf des ersten Termins vom 16. September Anstrengungen zur Nacherfüllung unternehmen müssen. Dies gilt umso mehr, als sie selbst nach dem tragischen Unfall betont hatte, dass die Montage trotzdem noch vor dem 16. September abgeschlossen sein würde.

Aus vorherigen Argumenten ergibt sich, dass die Nachfrist, welche die Klägerin gesetzt hat, 48 einen angemessenen Zeitraum darstellte, in welchem die Nacherfüllung noch zumutbar war. Das Versäumnis dieser Nachfrist bildet zwar keine förmliche Voraussetzung zur Vertragsaufhebung. Sofern die Frist, wie i.c., angemessen war, macht das Versäumnis aber klar, dass nunmehr eine unzumutbare Verzögerung i.S.v. Art. 48 I CISG gegeben und daher der Tatbestand der „wesentlichen Vertragsverletzung“ erfüllt ist (SCHLECHTRIEM, Art. 48 N 13).

Zudem: Die Montagearbeiten hatten am 9. Oktober zudem aber noch nicht einmal begon- 49 nen, sodass das Kontrollsystem frühestens zwei Wochen später einsatzbereit hätte sein können. Am 9. Oktober aber schien nicht einmal dies realistisch, viel mehr konnte die Klägerin frühestens mit dem angebotenen Termin (30. Oktober) rechnen. Da bereits die Verzögerung bis zum 9. Oktober nicht mehr zumutbar war, umso weniger war dies der 30. Oktober. Dies zum einen, da eine Verzögerung von insgesamt sechs Wochen doppelt so hohe Kosten mit sich bringt, wie eine von drei Wochen (siehe Rz. 45). Und weil es nicht als angemessen betrachtet werden kann, wenn die Verzögerung dreimal so lange dauert (6 Wochen) wie die Vornahme der Montage (2 Wochen). Zum anderen aber konnte aufgrund des bisherigen Verhaltens der Beklagten nicht davon ausgegangen werden, dass der angebotene Nacherfüllungstermin diesmal eingehalten würde. Die Beklagte machte das Angebot erst drei Tage nach Ablauf des vertraglichen Montagetermins, und zwar nachdem

sie vorher keine ernsthaften Anstrengungen unternommen hatte, für die Montage zu sorgen. Auch hatte sie mehrfach versichert, Reliable sei im Begriff ein Team zu bilden, um die Montage alsbald vorzunehmen, was aber jeweils eine leere Versprechung gewesen war. Das Nacherfüllungsangebot musste der Klägerin deshalb als weitere haltlose Zusicherung erscheinen. Es waren auch keine weiteren Massnahmen ersichtlich, welche diese Zusicherung stützten (z.B. Gespräche mit einer anderen Firma, für den Fall dass sich die Montage von Reliable weiter verzögern würde). Die Verfehlungen der Beklagten waren sogar so gravierend, dass man durchaus argumentieren könnte, dass die Vertrauensbasis auf Seiten der Klägerin völlig zerstört worden und daher der Vorschlag zur Nacherfüllung nicht mehr als ernsthaftes Angebot zu sehen war. In diesem Falle wäre die Vertragsverletzung schon aufgrund völligen Verlustes der Vertrauensgrundlage wesentlich.

Aus allen obigen Argumenten ergibt sich, dass die Nacherfüllung bis zum 30. Oktober eine unzumutbare Verzögerung nach sich gezogen hätte und die Klägerin somit das Angebot zur Nacherfüllung ablehnen durfte (zur Länge der angemessenen Frist bzw. der Verzögerung vgl. Pretura 77/89, wo eine ähnlich lange Verzögerung zu einer wesentlichen Vertragsverletzung führte).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Nacherfüllung nicht innerhalb angemessener Frist erfolgt war. Selbst wenn die Angemessenheit der Nachfrist (9.Okt.) bestritten wird, schadet dies der Klägerin nichts, denn die von der Beklagten angebotene Nacherfüllung weitere drei Wochen später (30. Okt.) war für die Klägerin erst recht unzumutbar.

#### **5.4 Voraussehbarkeit**

Die Voraussehbarkeit ist gegeben, wenn die vertragsbrüchige Partei die durch die Vertragsverletzung bedingte Folge entweder vorausgesehen hat oder wenn eine vernünftige Person der gleichen Art unter den gleichen Umständen (Art. 8 II CISG) einen solchen Nachteil vorausgesehen hätte (CORVAGLIA, S. 116).

Die Klägerin hat betont, wie wichtig ihr die rechtzeitige Montage sei (Beilage K-3) und hat sich auch mehrfach bei der Beklagten erkundigt, wann die Montage denn endlich beginne (Schiedsauftrag 14.8). Auch wusste die Beklagte, als Verkäuferin des Kontrollsystems natürlich um die durch das Kontrollsystem mögliche Effizienzsteigerung und somit auch, dass die Verzögerung der Montage zu wesentlichen ökonomischen Einbussen führen würde. Die Beklagte hat die Wichtigkeit der rechtzeitigen Inbetriebnahme sogar selbst betont. Sie hat somit höchstwahrscheinlich vorausgesehen, welche Folgen die Vertragsver-

letzung nach sich zieht. Auf jeden Fall war es aber objektiv voraussehbar gewesen, dass die Verzögerung zu wesentlichen ökonomischen Einbussen führen würde. Die Voraussehbarkeit ist somit erstellt.

### **5.5 Ablehnung des Nacherfüllungsangebotes/ Erklärung der Vertragsaufhebung innerhalb angemessener Frist**

Die Beklagte könnte vorbringen, sie habe angeboten, die Montage bis zum 30. Oktober nachzuerfüllen, und die Klägerin i.S.v. Art. 48 II CISG aufgefordert, ihr mitzuteilen, ob sie damit einverstanden sei. Das Schweigen der Klägerin sei ferner als Annahme dieses Angebots zu werten gewesen. Daher sei die Klägerin gemäss Art. 48 II letzter Satz CISG verpflichtet gewesen, mit der Vertragsaufhebung bis zum 30. Oktober zuzuwarten, da sie vor Ablauf der angebotenen Frist keine Rechte ausüben durfte, welche der Erfüllung durch den Verkäufer entgegenstanden. Dem ist Folgendes entgegen zu halten: 54

Gemäss zutreffender Lehrmeinung muss die angebotene Frist zur Nacherfüllung zumutbar sein, andernfalls muss der Käufer dem Angebot nicht widersprechen (vgl. HONSELL, Art. 48 N 42). Da die von der Beklagten angebotene Frist dies nicht war, war die Klägerin folglich auch nicht an sie gebunden. Des weiteren, konnte die Klägerin aufgrund der vorherigen Verfehlungen der Beklagten, das Nacherfüllungsangebot nicht mehr als ernsthaftes Angebot werten und musste daher auch nicht mehr darauf reagieren (siehe Rz. 49). 55

Aber sogar wenn obige Argumente bestritten werden sollten, kann Folgendes vorgebracht werden: Die Klägerin hatte erklärt, sie behalte sich bei einer Versäumnis der Nachfrist alle Rechte vor (Beilage K-4). Da die Klägerin ausdrücklich die Ausübung aller Rechte angedroht hatte, war klar, dass der Beklagten im Falle einer Nichteinhaltung der Frist u.a. auch die schärfste Massnahme, nämlich die Vertragsaufhebung blühte. 56

Damit hatte sie bereits zum Ausdruck gebracht, dass eine weitere Verzögerung nach Ablauf der Nachfrist unzumutbar und für sie die Nacherfüllung nur innerhalb dieser Nachfrist akzeptabel war; ja mehr noch: dass sie keine Interesse mehr am Vertrag hätte, wenn die Nachfrist nicht eingehalten würde. Damit nahm die Klägerin bereits vorweg, dass sie ein Gegenangebot zur späteren Nacherfüllung ablehnen würde. Eine erneute Ablehnung des Angebotes der Beklagten war unter diesen Umständen überflüssig (die Problematik diskutierend, im Endeffekt aber a.M. SCHLECHTRIEM, Art. 48 N 36). Die Beklagte konnte nach Treu und Glauben in so einer Situation nicht davon ausgehen, dass die Klägerin, weil sie auf das Gegenangebot nichts mehr entgegnete, ihre Meinung grundlegend geändert hatte. Anzunehmen war vielmehr, sie sei der Ansicht, dass sie ihre ablehnende Haltung zu 57

einer weiteren Verzögerung ja bereits zum Ausdruck gebracht habe.

Aus all dem ergibt sich also, dass eine weitere Ablehnung nicht nötig war und die Klägerin 58  
folglich auch nicht den 30. Oktober abwarten musste, um den Vertrag aufzuheben.

Aus den gleichen Gründen war die Klägerin, nachdem die Beklagte durch das Angebot zur 59  
Nacherfüllung bis zum 30. Oktober konkludent auch erklärt hatte, dass sie die Nachfrist  
nicht erfüllen würde (Art. 49 II b) ii) CISG), nicht verpflichtet, innerhalb einer angemesse-  
nen Frist die Aufhebung des Vertrages zu erklären. Die Klägerin hatte ja schon zum  
Ausdruck gebracht, dass sie bei Versäumnis der Nachfrist den Vertrag aufheben würde. Es  
war überflüssig, dies zu nochmals zu tun (Gleiches gilt auch für Art. 49 II b) iii) CISG).  
Vielmehr musste Klägerin die Aufhebung des Vertrages innerhalb angemessener Frist,  
nämlich nach Ablauf der Nachfrist erklären (Art. 49 II b) ii) CISG). Dies tat sie auch, sie  
erklärte unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist die Aufhebung des Vertrages  
(Beilage K-6).

## **5.6 Fazit**

Aus den dargelegten Gründen war die Vertragsverletzung der Beklagten i.S.v. Art. 25 CISG 60  
wesentlich und damit die Vertragsaufhebung der Klägerin nach Art. 49 I b) CISG gerech-  
fertigt.

## **6. Schadenersatzanspruch der Klägerin**

### **6.1 Schadensberechnung bei Vertragsaufhebung und Deckungsgeschäft gemäss Art. 75 CISG**

#### **6.1.1 Vertragsaufhebung wegen der durch die Beklagte begangene Vertragsverletzung**

Da die Vertragsaufhebung tatsächlich erklärt wurde und wirksam ist, war die Klägerin 61  
berechtigt ihre Ware anderweitig zu beschaffen (vgl. Rz. 60) (HERBER/CZERWENKA,  
Art. 75, S. 335, N 3).

#### **6.1.2 Abschluss eines Deckungsgeschäftes**

Indem die Klägerin mit Bridget einen Tag nach der Vertragsaufhebung einen Vertrag 62  
abschloss, tätigte sie ein Deckungsgeschäft für den aufgehobenen Vertrag. Dieser neue  
Vertrag ist insofern auf die Vertragsaufhebung bezogen, als er das Erfüllungsinteresse der  
Klägerin ersatzweise befriedigt (Beilage K-8, 2. Absatz „Vertrag als Ersatz“) wird. Auch ist  
der zeitliche Zusammenhang zwischen der gescheiterten vertraglichen Beziehung mit der  
Beklagten und dem Abschluss des Deckungsgeschäftes hier so eng (selber Tag), dass

vernünftige Zweifel an der Bestimmung als Deckungsgeschäft nicht ersichtlich sind (OLG Hamburg 1U 167/95). Als Beweis für den nötigen Abschluss dieses Verpflichtungsgeschäftes, sollte die Erfüllung des Vertrages zwischen Bridget und der Klägerin genügen.

### **6.1.3 Abschluss des Deckungsgeschäfts „in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Aufhebung“**

Masstab für die Angemessenheit ist im Rahmen der einschlägigen Kaufmännischen Übung das Verhalten eines vorsichtigen und umsichtigen Geschäftsmannes (HERBER/CZERWENKA, Art. 75, N 4; Art. 75, S. 727, N 7). Die Klägerin wird dazu angehalten, ein möglichst günstiges Deckungsgeschäft abzuschließen. Dies folgt aus Art. 77 Abs. 1 CISG, wonach die Klägerin, alle den Umständen nach angemessenen Massnahmen zur Verringerung des aus der Vertragsverletzung folgenden Schadens zu treffen hat. Bei Nichteinhaltung dieser Obliegenheit ist die Folge „nur“ eine Herabsetzung des Schadenersatzanspruches nach Art. 77 Abs. 2 CISG. 63

Ein Merkmal für die Angemessenheit ist der Ort des Vertragsschlusses oder der Vertragserfüllung. Bejaht wird sie, wenn das Deckungsgeschäft dort abgeschlossen wird, wo es dem Schadenersatzpflichtigen möglichst wenig nachteilig ist (HONSELL, Art. 75 N 16). I.c. ist die Sache unproblematisch, denn der Vertrag wird an demselben Ort erfüllt, an dem der aufgehobene hätte erfüllt werden müssen. 64

Ein weiteres gewichtiges Indiz geben die Abschlussbedingungen. Das von Bridget gelieferte Kontrollsystem ist in Art und Qualität vergleichbar zu dem von der Beklagten gelieferten. Dazu kommt, dass der Vertrag zwischen Bridget und der Klägerin zu den gleichen Bedingungen vereinbart worden ist (der Vertrag beinhaltet ebenfalls die Lieferung eines Kontrollsystems inkl. Montage). Im Gegensatz zur Beklagten verfügt Bridget sogar über ein eigenes Montageteam mit einer Lizenz in der Tschechischen Republik. So musste nicht mehr mit einer dritten Partei verhandelt werden. 65

Hinweise für eine „angemessene Weise“ des Deckungskaufs gibt auch der Preis. Für das Kontrollsystem von Bridget inkl. der Montage beläuft er sich auf 550'000 EUR. Dies ist 10 % mehr als der mit der Beklagten vereinbarte Preis. Dies scheint insofern angemessen, als die Klägerin, obwohl ihr dies nicht zugemutet werden kann, eingehende Untersuchungen darüber angestellt hat, wie sie die Ersatzware am vorteilhaftesten einkaufen kann. Sie hatte mit Bridget schon vor dem Vertragsschluss mit Kontroll System GmbH verhandelt und sogar einen Vertrag in Betracht gezogen. An dem Tag, an dem das Kontrollsystem laut Vertrag zwischen den Parteien hätte montiert und betriebsbereit hätte sein sollen, nahm die 66

Klägerin wieder Kontakt mit Bridget auf und schloss drei Wochen später den Vertrag mit ihr ab. All dies lässt darauf schliessen, dass Bridget die beste Alternative (auch preislich) zum Vertrag mit der Beklagten darstellte.

Die für die „angemessene Zeit“ relevante Frist begann für die Klägerin in dem Augenblick, in dem ihre Vertragsaufhebungserklärung gemäss Art. 49 CISG Wirkung entfaltete. Die Vertragsaufhebung ist mit dem Fax vom 9. Oktober erklärt worden und der Beklagten am gleichen Tag zugegangen. Der nach Art. 75 CISG massgebende Zeitraum begann somit am 9. Oktober 2002. Die Klägerin schloss das Deckungsgeschäft bereits einen Tag danach ab. Sie hatte in der Zeit zwischen Offerte und Annahme genügend Zeit gehabt um zu entscheiden, dass sie a) ein Deckungsgeschäft abschliessen wolle und b) mit Bridget. So sparte sie zudem Zeit für die im Hinblick auf ein angemessenes Deckungsgeschäft nötigen Abklärungen. Der sofortige Abschluss eines Deckungsgeschäftes ist indes nicht vorgeschrieben, aber allein hinsichtlich der Schadensminderungspflicht gemäss Art. 77 CISG zu empfehlen. 67

## **6.2 Entlastungsgründe der Beklagten nach Art. 79 CISG**

Um sich von der Schadenersatzpflicht gemäss Art. 75 CISG zu befreien, muss die Beklagte gemäss Art. 79 I CISG beweisen, dass der Grund, der die Vertragserfüllung verhinderte unbeherrschbar, unvermeidbar und unüberwindbar war. Dabei gilt ein objektiver Massstab, d.h. es kommt darauf an, wie sich eine vernünftige Person in der Lage der Beklagten verhalten hätte (Art. 8 II CISG). Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (HONSELL, Art. 79 N 10, 11). 68

### **6.2.1 Flugzeugabsturz als Hinderungsgrund**

Der für das Montageteam tödliche Flugzeugabsturz, mag ein unbeherrschbarer und beim Vertragsabschluss unvorhersehbarer Hinderungsgrund sein. Dies ist im Ergebnis irrelevant, da seine Folgen direkt überwunden wurden. So teilte die Beklagte der Klägerin noch in jenem Schreiben, in dem sie über den Flugzeugabsturz informierte, mit, dass ein zweites Team die Montage des ersten übernehmen und sie termingerecht beenden werde (Beilage K-2, Abs. 2). 69

### **6.2.2 Probleme bei der anderen Montage als Hinderungsgrund**

Jedoch tauchten schon zwei Tage später Probleme bei der Montage auf, mit der das zweite Team noch beschäftigt war. Aus diesen Problemen ergab sich ein neuer Grund, der die teilweise Erfüllung der Vertragspflicht verhinderte. Für diesen Hinderungsgrund hat sich 70

die Beklagte nach 79 I CISG zu entlasten und trägt hierfür die Beweispflicht.

Die Beklagte wird versuchen zu beweisen, dass der Hinderungsgrund für sie objektiv unbeherrschbar war (Siehe Rz. 77). Sicher ist, dass er nicht vorhersehbar war (Schiedsauftrag 14.7). 71

### 6.2.3 Unüberwindbarkeit

Dass aber seine Folgen hätten überwunden werden müssen, wird folgend dargelegt. 72

Bei unvorhersehbaren Leistungshindernissen, die nicht im Herrschaftsbereich des Schuldners (Beklagte) ihre Ursache haben, muss dieser schliesslich die vernünftigerweise von ihm zu erwartenden Anstrengungen unternehmen, einen solchen nachträglichen und unvorhersehbaren Hinderungsgrund und seine Folgen zu überwinden. Die Beklagte hat also alles in ihrer Kraft Stehende zu unternehmen, um die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Sie bleibt zur Erfüllung verpflichtet, wenn diese noch in annähernder Form möglich ist. Es gilt die Störung schnellstmöglich zu überwinden, sobald sie eingetreten ist. Der Masstab ist streng anzulegen. Für die Beurteilung ist die vertraglich vorausgesetzte Risikoverteilung wesentlich (OLG Hamburg 1 U 167/95, Entscheidungsgründe d, 1.Abs.) 73

Reliable hatte die Beklagte am 29. August darüber informiert, dass das zweite Team wegen einer anderen Montage verhindert war. Damit blieben zu diesem Zeitpunkt nur noch 3 Tage Zeit (bis zum 02. September) um sich in Prag einzufinden und mit der Montage zu beginnen. Denn sowohl Reliable wie auch die Beklagte hatten den Zeitaufwand für die Montage inkl. Abschlusstest auf zwei Wochen geschätzt. Die Beendigung der Montagearbeiten war vertraglich für den 16. September vorgesehen (Beilage K-1, 4.). Eine vernünftige Person in der Lage der Beklagten hätte sich direkt nach der Verhinderung des zweiten Montageteams zumindest nach freien Kapazitäten anderer Montagefirmen umgehört oder andere Anstrengungen unternommen, um die Montage bis zum vertraglich vereinbarten Termin zu beenden. Gemäss Verfügung 1 existieren immerhin sechs unabhängige Montagefirmen, die genügend fachliche Qualifikationen und eine Zulassung in der CZ besitzen. Jede verfügt über mindestens ein Montageteam, welches jeweils je früher beauftragt, desto eher mit der Montage auf den gewünschten Termin hätte beginnen können. Es ist unwahrscheinlich, dass innert einigen Tagen nach Beauftragung bereits mit der Montage begonnen werden kann. Deshalb hätte sich die Beklagte möglichst früh informieren müssen, ob eine dieser sechs Firmen ein freies Montageteam bereitstellen könne. 74

Dem Schuldner ist nämlich die Überwindung eines Hindernisses zur Einhaltung des 75

Vertrages regelmässig selbst dann zuzumuten, wenn er hierdurch zu erheblichen Mehraufwendungen und zur Hinnahme eines Geschäftsverlustes genötigt wird (OLG Hamburg, Entscheidungsgründe d, 4. Abs.)

Die Beklagte liess drei Wochen verstreichen, bis sie die Klägerin über die Verhinderung des zweiten Montageteams informierte. Sie mahnte Reliable erst drei Tage vor dem vertraglichen Endtermin ihr einen fixen Termin für die Anreise des Montageteams zu nennen. Die Klägerin hatte schon vor der darauf folgenden Fristverlängerung auf die Wichtigkeit der pünktlichen Inbetriebnahme des Kontrollsystems hingewiesen, und die Beklagte hatte dies zur Kenntnis genommen. Dennoch schrieb die Beklagte an Reliable, sie glaube, die Klägerin würde es akzeptieren, wenn die Montage bis zum zweiten Termin „in Angriff genommen“ (Beilage B-4, 2. Abs.) haben würde (was so viel heisst wie: „gerade angefangen“). Des Weiteren schlug die Beklagte der Klägerin eine um weitere drei Wochen verschobene Erfüllung mit entsprechender Anpassung des Kaufpreises vor, obwohl sich die Klägerin für den Fall der Nichterfüllung bis zum 9. Oktober sämtliche Rechte vorbehielt. Ansonsten tat die Beklagte nichts ausser zuzuwarten. Diese Aktivitäten der Beklagten waren ungenügend, um den Vertrag doch noch zu erfüllen. Die Beklagte hat somit nicht alles in ihrer Kraft Stehende getan, um der Käuferin noch zu ihrem Erfüllungsinteresse zu verhelfen.

Laut SCHLECHTRIEM ist ein Hinderungsgrund der wie i.c für eine vernünftige Person vermeidbar gewesen wäre, regelmässig auch beherrschbar.

#### **6.2.4 Haftung für Drittpersonen / selbständige Erfüllungsunternehmer (Art. 79 II CISG)**

Laut Art. 79 II CISG haftet der Schuldner für selbständige Dritte, die er zu Vertragserfüllung einsetzt. Der Schuldner kann sich aber befreien, wenn die Nichterfüllung auf derjenigen dieses Dritten beruht und wenn sowohl für ihn selber wie auch für den Dritten die Befreiungsvoraussetzungen von Art. 79 I CISG vorliegen.

Reliable ist eine eigenverantwortlich handelnde, selbstständige juristische Person, die nicht dem Einflussbereich des Schuldners zuzuordnen ist. Reliable ist also ein sogenannter Erfüllungsunternehmer. Die Beklagte hat ihr mit dem Montageauftrag einen Teil der Vertragspflichten zur eigenverantwortlichen Erfüllung übertragen (Beilage B-1, 1.) und Reliable war sich darüber im Klaren, mit der Montage eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten zu übernehmen.

Selbst wenn es der Beklagten trotz obiger Ausführungen gelingen sollte, sich nach Art. 79 I CISG zu befreien, müsste sie dennoch für Reliable einstehen. Bei dieser wird die Entlastung nämlich schon an der Objektivität des Hinderungsgrundes scheitern. Dieser gilt nur als extern, wenn er nicht in den Verantwortungsbereich fällt, der dem Schuldner (oder wie i.c. Reliable als Erfüllungsunternehmer) zuzuordnen ist. (SCHLECHTRIEM, Art. 79 N 20, 28; HERBER/CZERWENKA, Art. 79 N 8).

Mängel in der Organisation, Planung und Kontrolle gehören jedoch zu diesem Bereich. Das Montageteam ist bei Reliable angestellt und verursachte die Leistungsstörung, womit sich Reliable ebenfalls nicht mehr entlasten kann.

## **7. Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten**

Die Vertragsauflösung durch die Klägerin war rechtens (vgl. Rz. 60). Das Vertragsverhältnis wird dadurch in ein Abwicklungsverhältnis umgesteuert, mit dem Ziel der Rückgewährung des Geleisteten und einer etwaigen Vorteilsausgleichung (Weber in HONSELL, Art. 81 N 4). Dies ergibt sich aus Art. 81 II CISG. Somit ist die Beklagte zu verpflichten der Klägerin die Kaufpreisanzahlung von 400'000 EUR zurück zu bezahlen. Die Rückgewährung der schon erbrachten Leistung muss in Form eines Zug-um-Zug-Geschäftes erfolgen. Daraus ergibt sich faktisch für jede Partei (in analoger Anwendung von Art. 71 CISG) ein Zurückbehaltungsrecht (derselbe zu Art. 81 N 19), von welchem wir i.c. Gebrauch machen, da die Beklagte bestreitet, dass die Vertragsauflösung rechtens war und der Klägerin die Teilzahlung des Kaufpreises von 400'000 EUR nicht zurückerstatten will.

Aus Art. 71 CISG ergibt sich, dass die Klägerin der Beklagten die Zurückbehaltung anzeigen muss. Dies hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 9. Oktober 2002 (Beilage K-6) getan.

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 der 400'000 EUR an die Klägerin zu erfolgen hat. Solange sich die Beklagte diese Rückzahlung verweigert, ist die Klägerin nicht verpflichtet, das Kontrollsystem zurückzugeben.

## **8. Ablehnung des gegnerischen Begehrens um Schadenersatz, eventualiter Befreiung nach Art. 80 CISG**

Da die Vertragsaufhebung vom 9. Oktober 2002 war rechtens (vgl. Rz. 60) war, hat die Klägerin den Vertrag zwischen ihr und der Beklagten nicht gebrochen. Somit wurde die

Klägerin auch nicht schadenersatzpflichtig und folglich kann sich die Beklagte nicht aus der Anzahlung von 400'000 EUR schadlos halten. Die Beklagte hat keinen Schadenersatzanspruch.

Selbst wenn der Beklagten ein Schadenersatzanspruch nach Art. 74 CISG eingeräumt werden sollte, kann sich die Klägerin gemäss Art. 80 CISG von diesem entlasten. Voraussetzung für eine Entlastung ist die Kausalität von Gläubigerverhalten und Leistungsstörung. Das Verhalten des Gläubigers (Beklagte) muss die Ursache dafür sein, dass der Schuldner (Klägerin) seine Vertragsverpflichtung durch eine Handlung oder Unterlassung nicht erfüllt. Ob der Gläubiger schuldhaft handelt ist ohne Bedeutung. 86

I.c. behauptet die Beklagte, die Vertragsaufhebung durch die Klägerin stelle eine Vertragsverletzung dar. Wie in Rz. 33 ff. dargelegt, hob die Klägerin den Vertrag jedoch aufgrund einer Vertragsverletzung seitens der Beklagten auf. Diese hatte es zuvor unterlassen ihre vertragliche Montagepflicht termingerecht zu erfüllen. Eine Unterlassung ist dann kausal, wenn die gebotene Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Erfüllung ermöglicht hätte (STAUDINGER/MAGNUS, Art. 80 N 9, 13). Nach strenger Ansicht kann der Art. 80 CISG nur angewendet werden, wenn das Gläubigerverhalten die alleinige Ursache der Nichterfüllung war (vgl. u.a. STAUDINGER/MAGNUS, Art. 80 N 13). I.c. ist beides gegeben. Denn wenn die Beklagte den Vertrag termingerecht erfüllt hätte, hätte die Klägerin auch den Vertrag nicht aufgehoben 87

Die Klägerin vermag sich also nach Art. 80 CISG zu entlasten, da das Verhalten der Beklagten für die Vertragsaufhebung kausal war. Der Beklagten entfallen somit alle Ansprüche aus der Vertragsaufhebung. 88