[Briefkopf Anwaltskanzlei]

EINSCHREIBEN

Handelsgericht des Kantons Zürich

Hirschengraben 15

Postfach 2401

8021 Zürich

[Ort], [Datum]

Forderung

Sehr geehrter Herr Präsident/Sehr geehrte Frau Präsidentin

Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

[Firma der Gesellschaft] Klägerin

[Adresse], [Ort], Deutschland

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Kanzlei], [Adresse], [Ort]

gegen

[Firma der Gesellschaft] Beklagte

[Adresse], [Ort], Schweiz

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Kanzlei], [Adresse], [Ort]

betreffend Forderung

reiche ich namens und im Auftrag der Klägerin

Klage

ein und stelle die folgenden

RECHTSBEGEHREN

* 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 4 Mio. nebst Zins von 5% seit 1. April 2013 sowie EUR 785'000.00 nebst Zins zu 5% seit 21. April 2014 zu bezahlen, und die sich in D-17161 Teterow befindlichen, von der Beklagten gelieferten HTC-Anlageteile zurückzunehmen, unter vollständiger Demontierung und vollständigem Abtransport dieser HTC-Anlage-teile auf Kosten der Beklagten.
  2. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. […] des Betreibungsamtes […] (Zahlungsbefehl vom [Datum]) sei im Umfang von CHF 4'360'000.00 nebst Zins zu 5% seit 1. April 2013 sowie im Umfang von CHF 855'650.00 nebst Zins zu 5% seit 21. April 2014 aufzuheben.
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Bemerkung 1**:** Geldschulden sind in der geschuldeten Währung einzuklagen. Bei **Klagen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr** gilt es deshalb zu beachten, dass (bei Anwendung Schweizer Rechts) Fremdwährungsschulden gegenüber einem Schuldner in der betreffenden **Fremdwährung eingeklagt** werden müssen (Art. 84 Abs. 1 OR), die Forderung bei einer **Betreibung** aber in **Schweizer** **Franken** **umgerechnet** werden muss (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Klagt der Gläubiger der Fremdwährung fälschlicherweise auf Bezahlung in Inlandwährung, macht er einen Anspruch geltend, der ihm materiell nicht zusteht (BGE 134 III 151 E. 2.4 und 2.5), mit der Folge, dass die Klage abgewiesen wird.

**Bemerkung 2:** Die **Beseitigung des Rechtsvorschlags** gestützt auf Art. 79 SchKG wird im Umfang der geltend gemachten Forderung verlangt. Diese Präzisierung ist nicht notwendig, wenn der eingeklagte Anspruch mit der in Betreibung gesetzten Forderung betreffend Höhe übereinstimmt.

**Bemerkung 3:** Hätte die Klägerin **Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz** und wäre sie **nicht vorsteuerabzugsberechtigt,** müsste auf die **Parteientschädigung** zusätzlich die **Mehrwertsteuer** verlangt werden (s. hierzu Kreisschreiben MwSt.). Der im Ausland wohnhaften Klägerin wird vorliegend auf das Anwaltshonorar keine Mehrwertsteuer verrechnet, weshalb keine Mehrwertsteuer auf die Parteientschädigung geltend gemacht wird (Leistungsexport gemäss MWSTG).

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Der Unterzeichnete ist gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Die Klägerin hat ihren Sitz in München, Deutschland; die Beklagte hat Sitz in Zürich (ZH). Somit liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten eine Forderung aus dem Werkvertrag vom 8. Dezember 2010 geltend. Gemäss Ziffer 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (nachfolgend **«AGB»)** werden alle sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten ausschliesslich durch die Gerichte am Sitz der Unternehmerin beurteilt. Entsprechend ist das angerufene Gericht gemäss Art. 23 Ziff. 1 lit. a LugÜ international sowie örtlich zuständig.

BO: Handelsregisterauszug betreffend die Klägerin Beilage 2

BO: Handelsregisterauszug betreffend die Beklagte (zefix) Beilage 3

BO: Werkvertrag vom 08.12.2010 inkl. AGB Beilage 4

Bemerkung 4: Im Anwendungsbereich des **LugÜ** bestimmt sich der Begriff des **Sitzes** einer juristischen Person gemäss Art. 60 LugÜ. Im Unterschied zu Art. 59 LugÜ, der lediglich eine kollisionrechtliche Lösung darstellt, enthält Art. 60 LugÜ eine **autonome Definition** des Gesellschaftssitzes (BSK LugÜ-Dallafior/Honegger, Art. 60 N 8).

Bemerkung 5: Zum **persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich** einer Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 23 Abs. 1 LugÜ siehe § 14, Rz 9, Bemerkung 5.

Bemerkung 6: Art. 23 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 LugÜ regeln die **Form** der Gerichtsstandsvereinbarung, wobei die Einhaltung der genannten Formen ein **Gültigkeitserfordernis** darstellt. Das Erfordernis der Schriftlichkeit i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. a LugÜ wird **autonom** ausgelegt, ohne Rücksicht auf die Regeln des OR über die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform.

Zum **formwirksamen Einbezug** einer Gerichtsstandsklausel, die sich in einem anderen Dokument, wie z.B. in AGB, befindet, genügt ein **genereller schriftlicher Verweis** auf die fragliche Urkunde; ein expliziter Hinweis auf die Gerichtsstandsklausel ist nicht erforderlich (BSK LugÜ-Berger, Art. 23 N 42; BGE 139 III 345 E. 4.1). Des Weiteren müssen die die Gerichtsstandsklausel enthaltenden AGB dem Vertragspartner des AGB-Verwenders zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch nicht tatsächlich vorliegen. Vielmehr reicht es aus, wenn der AGB-Verwender die erforderlichen Vorkehren getroffen hat, die seinem Vertragspartner eine **zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB** verschaffen (BSK LugÜ-Berger, Art. 23 N 42; BGE 139 III 345 E. 4.3).

**Bemerkung 7:** Die materielle Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung i.S.v. Art. 23 Abs. 1 LugÜ verlangt u.a., dass sich die Parteien auf ein **bestimmtes Gericht oder einen objektiv bestimmbaren Gerichtsstand** innerhalb der Vertragsstaaten geeinigt haben (BSK LugÜ-Berger, Art. 23 N 31). Diesem Anspruch ist mit einer Klausel, die an einem bestimmten Ort anknüpft (z.B. «die Gerichte am Sitz der Unternehmerin») Genüge getan. Zum **Unterschied zum IPRG** betreffend Bestimmtheitserfordernis s. § 14, Rz 9, Bemerkung 6.

* 1. Bei der Klägerin handelt es sich um eine beim Registergericht München im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, HRB Nr. […], mit Sitz in München, Deutschland (s. Beilage 2). Die Beklagte ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft (s. Beilage 3). Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin Ansprüche wegen Nichterfüllung aus einem bestimmten Werkvertrag geltend. Die Streitigkeit bezieht sich damit auf den von der Beklagten geführten Gewerbebetrieb und betrifft folglich ihre geschäftliche Tätigkeit. Aufgrund des über CHF 30'000.00 liegenden Streitwertes ist gegen einen Entscheid des Handelsgerichts in diesem Verfahren die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig.

Bemerkung 8: Zu den Voraussetzungen der **«geschäftlichen Tätigkeit»** mindestens einer Partei sowie der Möglichkeit der **«Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht»** gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a und b ZPO siehe § 14, Rz 9, Bemerkungen 9 und 10.

Bemerkung 9: Zur Voraussetzung des **Registereintrags** gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO s. § 14, Rz 9, Bemerkung 11. Als **«vergleichbare ausländische Register»** kommen neben den dortigen Handelsregistern hauptsächlich Bescheinigungen der Handelskammern oder der Konsulate in Betracht, aber auch sonstige Beweismittel, aus denen sich mit Bestimmtheit ergibt, dass die Partei im Ausland als kaufmännisches Unternehmen anerkannt ist (BK ZPO-Berger, Art. 6 N 19).

* 1. Das Handelsgericht ist damit nach Art. 6 Abs. 2 und Art. 219 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG/ZH zur Beurteilung der vorliegenden Klage im ordentlichen Verfahren sachlich zuständig.
  2. Bei Streitigkeiten vor Handelsgericht entfällt das Schlichtungsverfahren, weshalb die Klage direkt beim Handelsgericht eingereicht wird.

Bemerkung 10: Siehe zum Entfall des grundsätzlich obligatorischen Schlichtungsverfahrens gemäss Art. 198 lit. f ZPO § 14, Rz 9, Bemerkung 13.

* 1. Die Klägerin leitete am 21. April 2014 gegen die Beklagte Betreibung über einen Betrag von CHF 6 Mio. ein. Die Beklagte erhob gegen den ihr am 25. April 2014 zugestellten Zahlungsbefehl ohne Begründung Rechtsvorschlag.

**BO:** Zahlungsbefehl vom 24.04.2014 **Beilage 5**

II. Materielles

A. Tatsächliches

a) Zu den Parteien

* 1. Die Klägerin ist auf dem Gebiet der weltweiten Entwicklung, Forschung und Herstellung von Produkten betreffend erneuerbare Energien tätig, darunter von Produkten aus Bioreaktor- und Windtechnikanlagen. Sie wurde 1989 gegründet und hat ihren Hauptsitz in München, Deutschland (s. Beilage 2). Die Produktionsanlagen der Klägerin werden vorwiegend in Ostdeutschland erstellt, unter anderem in Teterow, Mecklenburg-Vorpommern, wo sich die streitgegenständliche Anlage bzw. Teile davon zurzeit befinden.
  2. Die Beklagte ist auf die Forschung, Entwicklung und Herstellung von HTC-Anlagen spezialisiert und somit auf Anlagen, die mittels des chemischen Verfahrens der hydrothermalen Karbonisierung (nachfolgend **«HTC»)** Braunkohle, Synthesegase, flüssige Erdölvorstufen und Humus aus Biomasse unter Freisetzung von Energie herstellen. Die Klägerin gilt auf diesem Gebiet international als Pionierin. Sie wurde 1995 gegründet und hat ihren Sitz in Zürich (s. Beilage 3).

b) Zum Werkvertrag vom 8. Dezember 2010

* 1. Mit Werkvertrag vom 8. Dezember 2010 (nachfolgend **«Vertrag»**; Beilage 4) bestellte die Klägerin bei der Beklagten eine HTC-Anlage mit spezifischen Eigenschaften und vertraglich detailliert festgehaltenem Ausbau (s. Beilage 4, S. 3 ff. sowie Anhang 2). Die Anlage sollte spätestens am 31. Juli 2012 vollumfänglich montiert und betriebsbereit sein (s. Beilage 4, S. 5, Ziffer 14). Der Preis der Anlage wurde mit EUR 5 Mio. festgelegt und war von der Klägerin in halbjährlich fälligen Teilzahlungen in der Höhe von jeweils EUR 1 Mio. zu leisten bei einer Anzahlung von EUR 1 Mio. innert zehn Tagen nach Vertragsabschluss sowie einer letzten Zahlung innert 30 Tagen nach Abnahme der Anlage (s. Beilage 4, S. 5, Ziffer 10).
  2. Die Anzahlung wie auch die per Ende Juni und Ende Dezember 2011 sowie Ende Juni 2012 fälligen Teilzahlungen wurden von der Klägerin vertragskonform geleistet. Entsprechend leistete die Klägerin einen Betrag von EUR 4 Mio. auf den Werkpreis.

**BO:** Im Bestreitungsfall vorbehalten

* 1. Die Anlage konnte aufgrund von Verzögerungen bei Lieferanten der Beklagten nicht auf den vertraglich vereinbarten Liefertermin vom 31. Juli 2012 fertiggestellt werden, wofür die Klägerin Verständnis zeigte. Die Parteien verständigten sich deshalb darauf, dass die Anlage spätestens bis Ende 2012 vollständig montiert und betriebsbereit erstellt sein musste.

**BO:** Schreiben Beklagte vom 22.05.2012 **Beilage 6**

**BO:** Schreiben Klägerin vom 27.05.2012 **Beilage 7**

c) Fehlende Fertigstellung der Anlage; Verzug der Beklagten

* 1. Am 26. Oktober 2012 fand in Anwesenheit von Technikern und Ingenieuren der Parteien eine Reihe spezifischer Funktionskontrollen und simulierter Testläufe der noch nicht fertig montierten Anlage statt. Mit einer Abnahme der Anlage hatten diese Arbeiten jedoch nichts zu tun.

**BO:** [Namen Mitarbeiter Klägerin] **als Zeugen**

**BO:** [Namen Mitarbeiter Beklagte] **als Zeugen**

* 1. Am 14. November 2012 erkundigte sich die Klägerin bei der Beklagten nach dem Stand der Fortschritte im Hinblick auf die für Ende 2012 vereinbarte Fertigstellung und Inbetriebnahme der Anlage.

**BO:** E-Mail Klägerin vom 14.11.2012 **Beilage 8**

* 1. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2012 behauptete die Beklagte, dass die Anlage am 26. Oktober 2012 in Anwesenheit der Parteien abgenommen worden sei, und verlangte die gemäss Vertrag bei Abnahme der Anlage geschuldete Schlusszahlung in Höhe von EUR 1 Mio.

**BO:** Schreiben Beklagte vom 02.12.2012 **Beilage 9**

* 1. Die Klägerin widersprach diesem falschen Standpunkt der Beklagten umgehend mit Schreiben vom 5. Dezember 2012 und hielt dabei fest, dass die Anlage bei weitem noch nicht den vereinbarten Leistungsumfang aufweisen dürfte, geschweige denn betriebsbereit wäre, weshalb am 26. Oktober 2012 selbstredend auch keine Abnahme der Anlage stattgefunden hätte, unter Hinweis auf das Fehlen eines entsprechenden Abnahmeprotokolls. Entsprechend verlangte die Klägerin die vertragskonforme Fertigstellung der Anlage bis Ende 2012.

**BO:** Schreiben Klägerin vom 05.12.2012 **Beilage 10**

* 1. Dieser Aufforderung kam die Beklagte jedoch nicht nach, weshalb ihr die Klägerin mit Schreiben vom 7. Januar 2013 eine Nachfrist bis 28. Februar 2013 ansetzte. Dabei hielt die Klägerin fest, dass insbesondere vier Module gemäss Spezifikation vollständig fehlen würden sowie erst vier der geschuldeten zwölf Reaktoren erstellt worden wären.

**BO:** Schreiben Klägerin vom 07.01.2013 **Beilage 11**

d) Ungenutzter Ablauf der Nachfrist; Vertragsrücktritt der Klägerin

* 1. Die Beklagte liess die von der Klägerin bis 28. Februar 2013 angesetzte Nachfrist ungenutzt verstreichen und mit Schreiben vom 28. Februar 2013 der Klägerin mitteilen, dass sie an ihrem Standpunkt betreffend die angeblich erfolgte Abnahme der Anlage sowie an ihrer angeblichen Restforderung in Höhe von EUR 1 Mio. festhalten würde.

**BO:** Schreiben Beklagte vom 28.02.2013 **Beilage 12**

* 1. Mit Schreiben vom 3. März 2013 erklärte die Klägerin Rücktritt vom Vertrag und verlangte dessen Rückabwicklung, unter Rückzahlung der bereits geleisteten Teilbeträge in der Höhe von insgesamt EUR 4 Mio. durch die Beklagte und der Demontage und des Abtransports der bereits teilweise erstellten Anlage. Die Klägerin setzte hierfür eine Frist bis 31. März 2013, unter Androhung der zusätzlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen bei Nichteinhaltung der Frist.

**BO:** Schreiben Klägerin vom 03.03.2013 **Beilage 13**

* 1. Die Beklagte ist dieser Aufforderung bis heute nicht nachgekommen, weshalb die Klägerin betreffend ihre Rückzahlungs- und Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte am 21. April 2014 Betreibung in der Höhe von CHF 6 Mio. (s. Beilage 5) und diesbezüglich sowie betreffend die gesamte Rückabwicklung nun dieses Verfahren einleitete.

**Bemerkung 10:** Betreffend **Fortsetzung der Betreibung** ist die **einjährige Gültigkeitsdauer** des Zahlungsbefehls zu beachten (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Liegt somit zwischen Betreibung (Zustellung des Zahlungsbefehls) und Klageeinreichung mehr als ein Jahr, wäre die Betreibung vor Klageeinreichung zu erneuern.

B. Rechtliches

a) Anwendbares Recht und Vertragsqualifikation

* 1. Der Vertrag sieht in Ziffer 14 der AGB Schweizer Recht als anwendbares Recht vor (s. Beilage 4). Diese Rechtswahl ist gemäss Art. 116 IPRG gültig.

**Bemerkung 11:** Betreffend Fehlen einer Rechtswahl s. § 14, Rz 9, Bemerkung 18.

* 1. Die Beklagte verpflichtete sich mit vorliegendem Vertrag zur Herstellung und Lieferung einer bestimmten Anlage gemäss vertraglich vereinbarten Spezifikationen. Damit liegt dem Vertragsverhältnis der Parteien die Leistung von Arbeit mit einem bestimmten Arbeitserfolg zugrunde, weshalb das Vertragsverhältnis ohne weiteres als Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR zu qualifizieren ist (s. zum Ganzen: Gauch, Werkvertrag, Rz 5 ff.).

b) Der vertragliche Lieferungsumfang

* 1. Der Vertrag hält detailliert Bestandteile, Eigenschaften und Anforderungsprofil der von der Klägerin bestellten HTC-Anlage fest, insbesondere betreffend deren modularem Aufbau und der Anzahl Reaktoren (s. Beilage 4, Anhang 2).
  2. Die Beklagte stellte sich auf den falschen Standpunkt, dass die sich in Schwerin (D) befindliche Versuchsanlage Basis der von der Klägerin bestellten Anlage gewesen sein soll. Dabei übersieht die Beklagte jedoch Anhang 2 zum Vertrag (s. Beilage 4), der zweifelsfrei die geschuldete Spezifikation und Funktionalität festhält.
  3. Die Klägerin liess den Ist-Zustand der Anlage im Vergleich zum Soll-Zustand gemäss Vertrag von einem Fachmann untersuchen und darüber ein Gutachten erstellen. Daraus geht hervor, welche Module etc. bis heute fehlen bzw. welche Anzahl von Reaktoren die Anlage aufweisen müsste.

**BO:** Gutachten vom 11.02.2013 **Beilage 14**

[Der Sachverhalt wäre hier noch näher zu substanziieren. Als Beweismittel wäre auch ein gerichtliches Gutachten zu nennen, da Privatgutachten grundsätzlich lediglich eine Parteibehauptung darstellen und daher nur einen sehr beschränkten Beweiswert haben. Der Privatgutachter könnte allenfalls als sachverständiger Zeuge aussagen.]

* 1. Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation der Beklagten haltlos. Die von ihr erstellte Anlage erfüllte bei weitem nicht den vertraglich vereinbarten Leistungsumfang (s. Beilage 14).

c) Verzug der Beklagten; Nachfristansetzung und Rücktrittserklärung der Klägerin

* 1. Die HTC-Anlage war, wie ausgeführt, gemäss Parteivereinbarung bis spätestens am 31. Dezember 2012 fertigzustellen. Mangels Fertigstellung per diesen Zeitpunkt geriet die Beklagte ohne weiteres in Verzug.

Bemerkung 12: Die Leistungspflicht des Unternehmers setzt sich zusammen aus der **Herstellungs**- und der **Ablieferungspflicht**: Der Unternehmer schuldet dem Besteller die Herstellung und Ablieferung des versprochenen Werkes (Gauch, Werkvertrag, Rz 8; Koller, Werkvertragsrecht, Rz 154; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 363 N 2). Die **Ablieferung** besteht in der Übergabe des vollendeten Werkes mit der Absicht der Vertragserfüllung, wobei diese Ablieferung durch **körperliche Übertragung** (Überführung des Werkes in den unmittelbaren Besitz des Bestellers) oder im Falle von Bauarbeiten auf Grund und Boden des Bestellers durch **blosse Mitteilung** erfolgen kann. Im letzteren Fall liefert der Unternehmer das vollendete Werk dadurch ab, dass er die Vollendung des Werkes dem Besteller ausdrücklich oder stillschweigend mitteilt, indem er z.B. eine schriftliche Vollendungsanzeige erstattet oder das Werk für den Besteller ersichtlich als vollendet und verfügbar hinstellt (Gauch, Werkvertrag, Rz 87 ff.; Koller, Werkvertragsrecht, Rz 155 ff.; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 367 N 4). Die vertragliche Ablieferungspflicht reduziert sich hier auf eine blosse Mitteilungspflicht, welche nur noch in einem übertragenen (untechnischen) Sinn als Leistungspflicht erscheint, aber nicht eingeklagt werden kann (Gauch, Werkvertrag, Rz 93).

Bemerkung 13: Der **Ablieferung** entspricht – aus der Sicht des Bestellers – die **Abnahme** des Werkes. Ablieferung und Abnahme im Sinne des Gesetzes bezeichnen somit ein und denselben Vorgang, von zwei Seiten aus betrachtet und stellen damit **korrelative Begriffe** dar. Klar zu unterscheiden ist die Abnahme dagegen von der **Genehmigung** des Werkes, obwohl die Genehmigung zumindest umgangssprachlich oftmals als Abnahme bezeichnet wird (Gauch, Werkvertrag, Rz 97 ff.).

Bemerkung 14: Ablieferung und Abnahme setzen die **Vollendung des Werkes** voraus. Ein Werk gilt als vollendet, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, welche der Unternehmer unter Mitberücksichtigung allfälliger Bestellungsänderungen schuldet. Die Vollendung ist dabei zu unterscheiden von der **Mängelfreiheit** eines Werkes. Ein Werk kann mit einem Werkmangel behaftet und trotzdem vollendet sein. Die Mangelfreiheit des Werkes bildet gemäss Art. 367–371 OR keine Voraussetzung für dessen Ablieferung und Abnahme, weshalb die Mangelhaftigkeit eines Werkes die Ablieferung nicht hindert, unabhängig davon, von welcher Art auch immer die Mängel sind (Gauch, Werkvertrag, Rz 101 ff.; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 367 N 3; a.M. Koller, Werkvertragsrecht, Rz 157 ff. und 489 ff.).

**Bemerkung 15:** Verspätet sich der Unternehmer **vor Ablieferungstermin** pflichtwidrig mit der Herstellung des geschuldeten Werkes und wird er vom Besteller, soweit erforderlich, gemahnt, liegt ein Fall von **Herstellungsverzug** vor. In diesem Fall greift die besondere Verzugsregel von Art. 366 Abs. 1 OR, wonach der Besteller namentlich beim Verzug mit dem Arbeitsbeginn **(Totalverzug)** und beim Rückstand mit der Fortsetzung der Arbeiten **(Teilverzug)** nicht bis zum Ablieferungstermin zuwarten muss, um gegen den säumigen Unternehmer vorzugehen (CHK OR-Hürlimann/Siegenthaler, Art. 366 N 1; Gauch, Werkvertrag, Rz 668 ff.). In einem neuen Entscheid hat das Bundesgericht das Rücktrittsrecht des Bestellers im Verzugsfall nach Art. 366 Abs. 1 OR allerdings eingeschränkt. Befindet sich der Unternehmer nur mit einem Teil der Leistungen in Verzug, kann der Besteller nicht ohne weiteres vom gesamten Vertrag zurücktreten (s. hierzu BGE 141 III 106 E. 16).

Gerät der Unternehmer hingegen mit der Ablieferung in Verzug (sog. **Ablieferungsverzug),** finden mangels Sonderregeln die allgemeinen Verzugsregeln von Art. 103-109 OR Anwendung (Gauch, Werkvertrag, Rz 659; Koller, Werkvertragsrecht, Rz 307). Dieser Verzugsfall setzt voraus, dass der Unternehmer trotz Eintritts des Ablieferungstermins das geschuldete Werk (objektiv) pflichtwidrig noch nicht vollendet oder das vollendete Werk pflichtwidrig noch nicht abgeliefert hat (Gauch, Werkvertrag, Rz 659).Überdies muss der Besteller den Unternehmer gemahnt haben, die fällige Leistung zu erbringen (d.h. das Werk abzuliefern, Art. 102 Abs. 1 OR), es sei denn, eine solche Mahnung sei nicht erforderlich, weil ein bestimmter Ablieferungstermin i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart worden ist oder eine Mahnung sich von vornherein als nutzlos erweist (Gauch, Werkvertrag, Rz 659; Koller, Werkvertragsrecht, Rz 325 f.).

* 1. Mit Schreiben vom 7. Januar 2013 wurde der Beklagten eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung bis 28. Februar 2013 angesetzt (s. Beilage 11). Die Beklagte liess diese Nachfrist ungenutzt verstreichen.
  2. Nach Ablauf der Nachfrist erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 3. März 2013 den Rücktritt vom Vertrag und verlangte dessen vollständige Rückabwicklung (s. Beilage 13).

Bemerkung 16: Gerät der Unternehmer in Ablieferungsverzug, kann der Besteller immer noch die Erfüllung verlangen und **Erfüllungsklage** einreichen. Er kann sich aber auch vom Richter ermächtigen lassen, die Leistung, zu welcher der Unternehmer rechtskräftig verurteilt wurde, **auf dessen Kosten** vorzunehmen oder **vornehmen zu lassen** (Art. 98 Abs. 1 OR), falls der Besteller oder ein Dritter hierzu imstande ist. Vor allem treffen den Unternehmer aber die **Verzugsfolgen** von Art. 103 ff. OR (Gauch, Werkvertrag, Rz 660). So hat der Unternehmer, der sich in Ablieferungsverzug befindet, nach Art. 103 Abs. 1 OR Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet dem Besteller unter Vorbehalt von Art. 103 Abs. 2 OR auch für Zufall. Aufgrund der Verzugsfolgen kann der Besteller nach Massgabe von Art. 107 f. OR somit auf die Leistung des Unternehmers verzichten und im Falle des Verzichts die **Rechte aus Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR** geltend machen (Gauch, Werkvertrag, Rz 660 ff.; Koller, Werkvertragsrecht, Rz 338; BGer 4A\_232/2014 und 4A\_610/2014 vom 30.03.2015 E. 12).

Bemerkung 17: Vorbehältlich der Fälle von Art. 108 OR hat der Besteller dem Unternehmer eine **angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung** (d.h. nachträglichen Lieferung) anzusetzen, weil der Verzicht des Gläubigers auf die schuldnerische Leistung einen Schuldner stark belasten kann. Entsprechend verlangt das Gesetz, dass dem Schuldner eine «Gnadenfrist» einzuräumen ist, um ihm zu ermöglichen, die mit der Ausübung der Wahlrechte durch den Gläubiger verbundenen Folgen abzuwenden (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2734). Da mit dem Ablauf der Nachfrist dem Gläubiger die Wahlrechte offenstehen, muss die Frist als Zeitraum (z.B. «binnen drei Wochen») oder als Termin («bis zum 11. Juli») bestimmt sein. Die Nachfristansetzung ist an keine besondere Form gebunden und kann mit der Mahnung oder einer Kündigung (Art. 102 OR) verbunden werden. Die Nachfrist muss angemessen sein, wobei die Angemessenheit gemäss Rechtsprechung abhängig ist «von den Umständen des einzelnen Falls, namentlich von der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung. Je grösser dieses Interesse und je leichter die Leistung zu erbringen ist, desto kürzer darf die Frist bemessen sein.» (zum Ganzen: Gauch/Schluep/Schmid/Em-menegger, OR AT, Rz 2735; BGE 105 II 28 E. 3.a).

Wird dem Schuldner eine unangemessen kurze Nachfrist angesetzt, muss sich der Schuldner dagegen umgehend verwahren und eine Verlängerung der Frist verlangen, andernfalls sein Einverständnis mit der angesetzten Frist angenommen wird (BGer 4A\_232/2014, 4A\_610/2014 vom 30.03.2015 E. 12.2.2). Der Protest des Schuldners bewirkt, dass er bis zu einem «angemessenen» Termin erfüllen darf (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2736). Die Parteien können die Dauer der Nachfrist auch vertraglich regeln (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2737 m.w.H.). Das Recht zur Ansetzung einer Nachfrist ist nicht befristet, allerdings kann der Gläubiger, solange die Nachfristansetzung ausbleibt – unter Vorbehalt von Art. 108 OR – nur auf Erfüllung klagen (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2738 m.w.H.). Gemäss dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 OR kann der Gläubiger die Frist auch durch die zuständige Behörde ansetzen lassen, wobei diese Verfahren den Vorteil hat, dass die Frist von einer neutralen Instanz festgesetzt wird und deshalb die Vermutung der Richtigkeit besitzt (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2739).

Bemerkung 18: Der Besteller kann auf eine Fristansetzung verzichten**,**

- wenn entweder von vornherein feststeht, dass der Unternehmer die Frist nicht wahren wird**,** sei es, weil er nicht will, sei es, weil er dazu nicht imstande ist (Art. 108 Ziff. 1 OR),

- wenn die Wahrung der Frist dem Besteller nichts nützen würde (Art. 108 Ziff. 2 OR),

- oder wenn vertraglich vereinbart wurde, dass der Besteller bei Verzugseintritt ohne weiteres auf die Leistung des Unternehmers verzichten kann **(**relatives Fixgeschäft**,** Art. 108 Ziff. 3 OR).

Vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2740 ff.; Koller, Werkvertragsrecht, Rz 362.

Im Miet- und Pacht- sowie im Kaufvertragsrecht finden sich zudem weitere Sonderregeln betreffend Nachfristansetzung bzw. den Verzicht darauf (s. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2752 ff.).

Bemerkung 19: Art. 107 Abs. 2 OR verlangt, dass der Gläubiger den Verzicht auf die nachträgliche Leistung unverzüglich erklärt. Die sofortige Verzichtserklärung soll verhindern, dass der Gläubiger den Entscheid über das weitere Schicksal des Vertrags aus Spekulationsgründen hinauszögert. Eine Erklärung erfolgt unverzüglich, wenn sie ohne weitere Verzögerung vorgenommen wird, wobei es massgeblich auf die konkrete Vertragslage und die gegenseitigen Interessen der Parteien ankommt. Dem Gläubiger ist immerhin eine angemessene Bedenk- und Entscheidungszeit zu gewähren, d.h. so viel Zeit, als er nach den Umständen benötigt, um seinen Entschluss hinsichtlich des weiteren Vorgehens zu fassen.

Die Verzichtserklärung kann auch bereits mit der Ansetzung der Nachfrist verbunden werden. Hat der Besteller schon mit der Nachfristansetzung einen solchen Leistungsverzicht – bedingt für den Fall, dass die Nachfrist ungenutzt verstreichen sollte – erklärt, fällt die Leistungsplicht mit Ablauf der Nachfrist eo ipso dahin. Andernfalls muss der Besteller unverzüglich nach Fristablauf eine entsprechende **Verzichtserklärung** abgeben (zum Ganzen: CHK OR-Furrer/Wey, Art. 107 N 38; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2760; BSK OR I-Wiegand, Art. 107 N 14; Koller, Werkvertragsrecht, Rz 338). Verpasst der Gläubiger den Zeitpunkt der unverzüglichen Verzichtserklärung, verbleibt ihm der Anspruch auf Erfüllung. Alternativ kann er eine neue Nachfrist ansetzen und nach deren unbenutzten Ablauf erneut unverzüglichen Verzicht erklären (CHK OR-Furrer/Wey, Art. 107 N 38).

Bemerkung 20: Uneinigkeit herrscht in Bezug auf die Frage, ob der Leistungsverzicht auch in denjenigen Fällen unverzüglich zu erfolgen hat, in denen die Nachfristansetzung entbehrlich ist (Art. 108 OR). Das Bundesgericht hat sich mit Blick auf die schuldnerische Erfüllungsverweigerung gemäss Art.  108 Ziff. 1 OR zuletzt für das Erfordernis der unverzüglichen Verzichtserklärung ausgesprochen (BGer 4A\_232/2011 vom 20.09.2011 E. 5.3). Der Gläubiger muss in diesen Fällen somit unmittelbar nach dem Verzugseintritt die Verzichtserklärung abgeben (zum Ganzen: Gauch/Schluep/ Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2761).

Bemerkung 21: Der Wortlaut von Art. 107 Abs. 2 OR lässt offen, ob mit der unverzüglichen Verzichtserklärung zugleich auch der Entscheid über das weitere Schicksal des Vertrags dem Schuldner mitgeteilt werden muss. Gewisse Lehrmeinungen bejahen dies, womit der Gläubiger «uno actu» mit der unverzüglichen und definitiven Verzichtserklärung bekannt zu geben hat, wie er das zweite Wahlrecht (Festhalten am Vertrag oder Rücktritt) ausüben will (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2762 und 2764 m.w.Verw.). Nach anderer Ansicht ist eine unverzügliche Erklärung über das zweite Wahlrecht nicht erforderlich. Nach einer dritten Meinung kann der Gläubiger zumindest solange mit der Mitteilung zuwarten, bis der Schuldner sie verlangt. Das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen (zum Ganzen: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2764; BSK OR I-Wiegand, Art. 107 N 15).

Bemerkung 22: Hat der Unternehmer den **Verzug verschuldet,** steht dem Besteller ein **dreifaches Wahlrecht** zu:

- Er kann entweder vom Vertrag zurücktreten (Art. 109 Abs. 1 OR) und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen (Art. 109 Abs. 2 OR).

- Er kann auf die Leistung des Unternehmers verzichten, aber, was seine eigene Leistungspflicht anbelangt, am Vertrag festhalten, d.h. den Werkpreis bezahlen, bzw. falls er ihn bereits bezahlt hat, beim Unternehmer belassen und anstelle der ausgebliebenen Leistung Schadenersatz verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR; Ersatz des positiven Vertragsinteresses nach der Austauschtheorie).

- Oder er kann seine eigene Leistung zurückbehalten bzw. zurückfordern und trotzdem verlangen, finanziell so gestellt zu werden, wie wenn der Unternehmer den Vertrag richtig erfüllt hätte (Ersatz des positiven Vertragsinteresses nach der Differenztheorie) (zum Ganzen: Koller, Werkvertragsrecht, Rz 345).

Bemerkung 23: Für den **Handelskauf** gelten teilweise spezielle, als **lex specialis** den allgemeinen Bestimmungen über den Verzug (Art. 102 ff. OR) vorgehende Verzugsfolgen (Art. 190 f. OR). Dadurch sollen ungewisse, «schwebende» Rechtsverhältnisse im Handelsverkehr vermieden und rasche Lösungen erreicht werden. Aus diesem Grund stellt Art. 190 Abs. 1 OR die Vermutung auf, dass der Käufer nach (ungenutztem) Ablauf des Liefertermins vermutungsweise auf die Ware verzichtet und stattdessen Schadenersatz für Nichterfüllung (sog. positives Vertragsinteresse) verlangt (Huguenin, Obligationenrecht, Rz 2514).

Zu beachten ist, dass Art. 190 OR lediglich auf den **Fahrniskauf im kaufmännischen Verkehr** anwendbar ist (CHK OR-Hrubesch-Millauer, Art. 190 N 1). Die Sonderregelung von Art. 190 OR findet hingegen **keine Anwendung bei Vorliegen eines Werk(lieferungs-)vertrags** (BK OR-Giger, Art. 190 N 14). Nur für die Rechtsgewährleistung verweist der richtig verstandene (aber missverständlich formulierte) Art. 365 Abs. 1 OR auf das Kaufrecht; ansonsten sind die kaufrechtlichen Bestimmungen wie Art. 190 f. OR nicht anwendbar, selbst dann nicht, wenn der Unternehmer eine bewegliche Sache herzustellen hat (Gauch, Werkvertrag, Rz 123).

d) Rückabwicklung des Vertrages

* 1. Entsprechend der Rücktrittserklärung der Klägerin hat die Beklagte die von der Klägerin geleisteten Zahlungen in der Höhe von insgesamt EUR 4 Mio. zurückzuzahlen und die unfertige Anlage auf eigene Kosten zu demontieren und abzutransportieren.

e) Schadensersatzansprüche der Klägerin

* 1. Gemäss Art. 109 Abs. 2 OR hat die Klägerin Anspruch des ihr aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens. Das Verschulden der Beklagten wird dabei vermutet, entsprechend würde ihr der Exkulpationsbeweis obliegen.
  2. Der Klägerin sind im Zusammenhang mit der in Frage stehenden Anlage Kosten und Aufwendungen entstanden, die sich angesichts des rechtmässig erklärten Rücktritts nun als unnütz erweisen. Entsprechend ist die Klägerin finanziell so zu stellen, wie wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre.
  3. Der Schaden der Klägerin setzt sich aus Finanzierungskosten in der Höhe von EUR 250'000.00, Lohnkosten in der Höhe von EUR 175'000.00, Kosten in der Höhe von EUR 160'000.00 für die Erstellung einer spezifischen, für den Bau der Anlage erforderlichen Bodenplatte sowie Marketingkosten in der Höhe von EUR 200'000.00 zusammen.
  4. Zu den Finanzierungskosten: [Substantiierung der Kosten; diese hat in den Grundzügen in der Klageschrift selbst zu erfolgen, wobei auch Beweismittel zu nennen sind.]

**BO:** Auflistung der Finanzierungskosten **Beilage 15**

* 1. Zu den Lohnkosten: [Substantiierung der Kosten]

**BO:** Auflistung der Lohnkosten **Beilage 16**

* 1. Zu den Kosten für die Bodenplatte: [Substantiierung der Kosten]

**BO:** Auflistung der Kosten für Bodenplatte **Beilage 17**

* 1. Zu den Marketingkosten: [Substantiierung der Kosten]

**BO:** Auflistung der Marketingkosten **Beilage 18**

**Bemerkung** 24: Der Gläubiger ist bei einem Vertragsrücktritt grundsätzlich so zu stellen, wie wenn er den **Vertrag nicht abgeschlossen** hätte. Auch nach erfolgter Rückleistung gemäss Art. 109 Abs. 1 OR hat das Vermögen des Gläubigers aber oft nicht den Stand, den es hätte, wäre er den Vertrag nie eingegangen, weshalb der Kläger zusätzlich Schadenersatz fordern kann. Nach herrschender Meinung zu ersetzen ist der «Vertrauensschaden»; das **negative Vertragsinteresse** (KUKO OR-Thier, Art. 109 N 4; BK OR-Weber, Art. 109 N 82; BSK OR I-Wiegand, Art. 109 N 8). Der Schadenersatzanspruch ist **verschuldensabhängig**; wie in Art. 97 und 103 OR wird das Verschulden vermutet, wobei dem Schuldner der **Exkulpationsbeweis** offen steht (BK OR-Weber, Art. 109 N 85).

Bemerkung 25: Bei Annahme des **negativen Vertragsinteresses** gehören zum Schaden diejenigen Einbussen, die nicht erlitten worden wären, wenn der Gläubiger den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Im Einzelnen als Schadensposten in Betracht kommen vorab Kosten als **«damnum emergens»,** d.h. Vertragsabschlusskosten; Kosten und Aufwendungen in Erwartung der Vertragserfüllung; Kosten im Zusammenhang mit der Mahnung und der Rücktrittserklärung; Kosten und Aufwendungen im Zusammenhang mit der Rückabwicklung des Vertrages sowie Kosten aus Ersatzpflicht gegenüber einem Dritten wegen Vertragsbruches. Dazu kommt der **Ersatz für Früchte und Zinsen,** die der Gläubiger gezogen hätte, wenn er seine Leistung dem Schuldner nicht bereits erbracht hätte. Ferner gehört dazu der entgangene Gewinn **(«lucrum cessans»)** aus einem Geschäft, das infolge des Vertragsschlusses unterblieben ist, nicht aber der zum Erfüllungsinteresse gehörende mutmassliche Gewinn aus Folgegeschäften des dahingefallenen Vertrages; (Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger, OR AT, Rz 2811; BK OR-Weber, Art. 109 N 86 ff.; BSK OR I-Wiegand, Art. 109 N 9).

Bemerkung 26: **Massgebender Zeitpunkt für die Schadensermittlung** stellt wahlweise die Verzichtserklärung oder der Tag des Urteils dar (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2812; a.M. BK OR-Weber, Art. 109 N 104). Das negative Interesse ist nach oben nicht durch die Höhe des positiven Interesses beschränkt. Weil der aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsene Schaden zu ersetzen ist, steht dem Gläubiger **kein Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens** zu. Der Schadenersatzanspruch gemäss Art. 109 Abs. 2 OR **verjährt** nach Ablauf der ordentlichen zehnjährigen oder der entsprechenden ausserordentlichen Frist. Die **zehnjährige Frist beginnt** mit Fälligkeit des Ersatzanspruchs, d.h. mit der Wirksamkeit der Rücktrittserklärung (zum Ganzen: Gauch/Schluep/ Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2812).

Bemerkung 27: In der **Lehre** wird teilweise die Ansicht vertreten, Art. 109 Abs. 2 OR enthalte eine **unechte Lücke** und es könne dem Verzugsgläubiger auch beim Rücktritt das **positive Vertragsinteresse** zugesprochen werden. Das **Bundesgericht** hat eine solche Ausdehnung von Art. 109 OR auch auf das positive Vertragsinteresse hingegen wiederholt **abgelehnt** (BGer 4A\_232/2014 und 4A\_610/2014 vom 30.03.2015 E. 14.2; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2810; gl.M. KUKO OR-Thier, Art. 109 N 5; BSK OR I-Wiegand, Art. 109 N 8).

f) Verzugszinsen

* 1. Mit Schreiben vom 3. März 2013 (s. Beilage 13) setzte die Klägerin der Beklagten eine Frist bis 31. März 2013 zur Rückzahlung der von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen an. Mit Ablauf dieses Termins geriet die Beklagte ohne weiteres in Verzug, weshalb der Betrag von EUR 4 Mio. seit 1. April 2013 mit 5% zu verzinsen ist.
  2. Die Schadenersatzansprüche der Klägerin wurden mit ihrer Entstehung und damit mit dem Rücktritt fällig. Diese Ansprüche wurden von der Klägerin im Vorfeld zu dieser Klage durch Einreichung eines Betreibungsbegehrens gegen die Beklagte geltend gemacht, weshalb diese ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens am 21. April 2014 mit 5% zu verzinsen sind.

Bemerkung 28: Art. 104 OR regelt die Folgen des Schuldnerverzugs bei vertraglichen Geldschulden, wobei es keine Rolle spielt, ob die Forderung auf eine in- oder ausländische Währung lautet oder ob sie auf öffentlichem Recht beruht (CHK OR-Furrer/Wey, Art. 104 N 12). Die Regel ist Ausfluss der Fiktion, dass der geschuldete Betrag dem Schuldner bis zur Erfüllung zur Verfügung steht und er diesen zins- oder gewinnbringend nutzen kann bzw. Kreditkosten spart sowie im Gegenzug der Gläubiger dadurch eine entsprechende Vermögenseinbusse erleidet (CHK OR-Furrer/Wey, Art. 104 N 3; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2693). Ob der Schuldner tatsächlich Vorteile aus der verspäteten Bezahlung der Geldsumme erzielt oder der Gläubiger einen entsprechenden Schaden erlitten hat, spielt demnach keine Rolle (CHK OR-Furrer/Wey, Art. 104 N 3). Ein Verschulden des Verzugsschuldners ist nicht erforderlich.

Grundsätzlich beträgt der Verzugszins 5% pro Jahr, was selbst dann gilt, wenn der Zinssatz für Vertragszinsen niedriger wäre. Haben die Parteien vertraglich einen höheren Zinssatz oder eine gleichzusetzende periodische Bankprovision vereinbart, können diese höheren Zinsen auch während des Verzugs verlangt werden (Art. 104 Abs. 2 OR; CHK OR-Furrer/Wey, Art. 104 N 13 f. Gauch/ Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2690 ff.). Eine Sonderregelung gilt unter Kaufleuten (Art. 104 Abs. 3 OR).

Was den Beginn des Zinsenlaufs betrifft, ist nach dem Grund des Verzugseintritts zu unterscheiden: Bei einem Verfalltagsgeschäft beginnt der Zinsenlauf am ersten Tag nach Ablauf des Verfalltags, bei der Inverzugsetzung einen Tag nach Eintreffen der Mahnung sowie in den Fällen nach Art. 105 OR einen Tag nach Einleitung der Betreibung bzw. Klage. Mit der verspäteten Zahlung des Schuldners, dem Untergang der Forderung sowie der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner (Ausnahme: pfandversicherte Forderungen, Art. 209 SchKG) endet die Verpflichtung zur Zahlung der Verzugszinsen. Auch fällt die Verzugszinspflicht dahin, wenn sich der Gläubiger selbst in Annahme- oder Schuldnerverzug befindet (zum Ganzen: CHK OR-Furrer/Wey, Art. 104 N 11; Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger, OR AT, Rz 2685 ff.).

Abschliessend ersuche ich Sie, sehr geehrter Herr Präsident/sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, um antragsgemässes Vorgehen.

Hochachtungsvoll

[Name Anwalt]

Fünffach

Beweismittel gemäss separatem Beweismittelverzeichnis (Urkunden im Doppel)