

Rechtliche Aspekte einer Vertragsbeendigung aufgrund Hersteller-Ver- zug

Datum Zürich, [Datum]
 An Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölke-
 rungsschutz und Sport VBS (**GS VBS**)
 Von [Redacted] Homburger AG
 Kopie [Redacted] Bundesamt für Rüstung (armasuisse)

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage und Sachverhalt	3
A.	Vertragswerk	3
B.	Grundlagen der vorliegenden Beurteilung	3
C.	Erstellter Sachverhalt	4
1.	Hintergrund	4
2.	Sachverhalt	4
2.1	RTC Meilenstein	4
2.1.1	Mögliche Verzögerung	4
2.1.2	Relevanz des RTC Meilensteins	7
2.2	Finanzielles	7
II.	Fragestellung	8
A.	Wie und mit welchen rechtlichen Konsequenzen für das VBS lässt sich der Vertrag mit dem Leistungserbringer auflösen?	8
B.	Gibt es Möglichkeiten, Kosten auf den Leistungserbringer abzuwälzen?	8
C.	Was sind mögliche Handlungsoptionen?	8
III.	Ergebnis	8
A.	Auflösung des Vertrags mit dem Leistungserbringer und Konsequenzen der Auflösung	8
1.	Auflösung des Vertrags	8
2.	Konsequenzen der Auflösung	9
B.	Abwälzung der Kosten auf den Leistungserbringer	10

C.	Handlungsoptionen.....	10
IV.	Erläuterungen	11
A.	Vertragsauflösung aufgrund Herstellerverzug gemäss Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag	11
1.	Voraussetzungen für die Ausübung des vertraglichen Kündigungsrechts	12
1.1	Verletzung der vertraglich definierten Meilensteine	12
1.2	Nachfristansetzung (nicht notwendig)	13
1.3	Rücktrittserklärung innert Frist	13
2.	Rechtsfolgen des Verzugs	13
2.1	Allgemeine Verzugsfolgen	13
2.2	Vertragsstrafe	13
2.3	Vertragsstrafe betreffend RTC Meilenstein	14
3.	Rechtsfolgen einer Kündigung: Rücktritt <i>ex tunc</i> oder <i>ex nunc</i>	14
4.	Schadenersatz	14
5.	Risiko einer Vertragsauflösung nach Artikel 377 OR	16
B.	Anwendung auf den Sachverhalt	16
1.	Ausübung des vertraglichen Kündigungsrechts.....	16
2.	Auflösung des Vertrags mit dem Leistungserbringer und rechtliche Konsequenzen	16
2.1	Überblick	16
2.2	Hat Elbit vertragliche Meilensteine verpasst?.....	16
2.2.1	Verschiebung der Meilensteine aufgrund von <i>Force Majeure</i> 17	
2.2.2	Ist der Verzug auf Umstände zurückzuführen, welche der Eidgenossenschaft zuzurechnen sind?	22
2.2.3	Verzug von Elbit	22
2.3	Vertragsbeendigung innert 90 Tagen nach Verzugseintritt.....	24
2.3.1	Rücktrittserklärung innert 90 Tagen.....	24
2.3.2	Antizipierter Vertragsbruch?	24
2.3.3	Zusammenfassung.....	25
3.	Folgen einer gültigen Vertragsbeendigung	25
3.1	Rückleistung der Anzahlungen und Garantieabdeckung.....	25
3.2	Schadenersatz.....	27
3.2.1	Anspruchsgrundlage	27
3.2.2	Schäden im Zusammenhang mit den Entwicklungsverträgen	27
3.2.3	Weitere nutzlos gewordene Aufwendungen des VBS.....	27
3.3	Faktische Folgen	28

3.3.1	Übersicht.....	28
3.3.2	Weitere Projekte mit Elbit	28
3.3.3	Sonstige Beschaffungsprojekte	29
3.3.4	Drohnenbeschaffung	29
C.	Offene Fragen	29
D.	Handlungsoptionen.....	29
1.	Auflösung des Vertrags.....	29
2.	Druck machen, um Erfüllung zu erreichen.....	30
3.	Anpassung der Vereinbarung oder einseitige Nachfristansetzung.....	30
4.	Erfüllung verlangen	30
5.	Ersatzvornahme	31

I. Ausgangslage und Sachverhalt

A. Vertragswerk

- 1 Das vorliegende Memorandum konzentriert sich im Wesentlichen auf den Beschaffungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (**Eidgenossenschaft**), vertreten durch das Bundesamt für Rüstung (**armasuisse**), und Elbit Systems Ltd. (**Elbit**) vom 26. November 2015 (der **Beschaffungsvertrag**). Der Beschaffungsvertrag weist inzwischen sechs Nachträge auf. Für die hier vorzunehmende Beurteilung ist insbesondere der jüngste Nachtrag relevant (Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag [*"Contract Amendment No. 6 to Contract 4700 081 038"*] zwischen der Eidgenossenschaft und Elbit vom 16. Dezember 2020 [**Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag**]).
- 2 Im Rahmen der Darstellung möglicher Kostenüberwälzungen (Rz. 122 ff.) wird teilweise auf die weiteren Verträge des Vertragswerks zur Beschaffung des Aufklärungsdrohnensystems 15 (**ADS 15**) eingegangen. [REDACTED]

B. Grundlagen der vorliegenden Beurteilung

- 3 Die vorliegende Sachverhaltsdarstellung einschliesslich Einschätzungen zum weiteren Verlauf stützen sich ausschliesslich auf Angaben von armasuisse [REDACTED] im Rahmen der Besprechung vom 28. Oktober 2021, 8.00 Uhr bis 11.30 Uhr (**Besprechung mit armasuisse**), sowie die in der Beilage 1 aufgelisteten, von armasuisse zur Verfügung gestellten Dokumente. Armasuisse hat uns gegenüber bestätigt, dass es sich dabei ihres Wissens um alle relevanten Fakten handelt. Wir haben keinerlei eigenständige Nachforschungen oder Sachverhaltsabklärungen vorgenommen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich unsere Einschätzungen gestützt auf eine eingehendere Sachverhaltsabklärung ändern würden.

C. Erstellter Sachverhalt

4

1. Hintergrund

5

haben sich die rechtlichen Gegebenheiten in Bezug auf den Beschaffungsvertrag einzig durch zwei am 16. Dezember 2020 abgeschlossene Nachträge (darunter der bereits erwähnte, für vorliegende Beurteilung wesentliche Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag) verändert. Die Parteien armasuisse und Elbit haben seither einzig einen im Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag vereinbarten Meilenstein (OSAT – MISIM) vom 31. März 2022 auf den 31. Juli 2022 verschoben. Diese Abmachung erfolgte in einem von beiden Parteien unterzeichneten *Contractual Letter* vom 26. April 2021.¹

6

Im Weiteren hat sich die rechtliche Situation nicht verändert. Insbesondere befindet sich Elbit immer noch vor dem vereinbarten Meilenstein zur Erreichung der Zertifizierung des "*Restricted Type Certificate*" (RTC) durch die israelische Flugzertifizierungsbehörde (*Civil Aviation Authority of the State of Israel*; **CAAI**), vereinbart für den 26. Dezember 2021 (der **RTC Meilenstein**) unter dem Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag.

2. Sachverhalt

2.1 RTC Meilenstein

2.1.1 Mögliche Verzögerung

7

Es bestehen Bedenken, dass Elbit gewisse Meilensteine nicht einhalten könnte. Im Vordergrund steht dabei der im Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag vereinbarte RTC Meilenstein, dessen Einhaltung für das Projekt ADS 15 gemäss armasuisse von enormer Bedeutung ist (vgl. unten Rz. 19 f.).

8

Elbit plante ursprünglich, am 4. April 2021 mit dem Zertifizierungsvorgang mit der CAAI zu beginnen. Aufgrund des Israel-Gaza-Konflikts konnte dieser jedoch erst am 13. Mai 2021 eingeleitet werden (vgl. Rz. 77 ff.).²

9

Anzeichen einer möglichen Verzögerung des RTC Meilensteins finden sich in monatlichen KPI Reports, in welchen Elbit jeweils unter anderem über den aktuellen Stand des RTC Meilensteins berichtet. Im Report vom 30. Juni 2021 wird als erwartetes Datum für den RTC Meilenstein der 30. Dezember 2021 (im Vergleich zum vereinbarten 26. Dezember 2021) genannt.³ Zur selben Einschätzung gelangt Elbit im Report vom 29. Juli 2021⁴, 31. August 2021⁵ und im Report vom

¹ Vertragsanpassung vom 26. April 2021.

² Besprechung mit armasuisse.

³ KPI Report vom 30. Juni 2021, S. 41.

⁴ KPI Report vom 29. Juli 2021, S. 41.

⁵ KPI Report vom 31. August, 2021 S. 40.

30. September 2021.⁶ In den vorherigen Reports wurde dazu noch keine explizite Einschätzung abgegeben. Allerdings geht es hierbei um eine Verzögerung von wenigen Tagen.

- 10 Ende August hat Elbit gegenüber armasuisse – soweit für uns ersichtlich – erstmals direkt zu erkennen gegeben, dass der RTC Meilenstein unter Umständen nicht rechtzeitig erreicht werden kann. In einer E-Mail vom 29. August 2021 von [REDACTED] (Elbit) zur Statusbeurteilung des Zertifizierungsvorgangs mit der CAAI, Stand 26. August 2021, wird erwähnt, dass das Erreichen des Lieferdatums des RTC Meilensteins risikobehaftet sei (*"As it is seen now, RTC due date is achievable with risk"*).⁷ Dieselbe Aussage wurde so auch in weiteren E-Mails vom 6. September 2021 (Statusbeurteilung vom 3. September 2021)⁸, vom 19. September 2021 (Statusbeurteilung vom 17. September 2021)⁹, vom 30. September 2021 (Statusbeurteilung vom 30. September 2021)¹⁰, vom 9. Oktober 2021 (Statusbeurteilung vom 10. Oktober 2021)¹¹, vom 18. Oktober 2021 (Statusbeurteilung vom 15. Oktober 2021)¹² sowie vom 25. Oktober 2021 (Statusbeurteilung vom 24. Oktober 2021)¹³ wiederholt.
- 11 Im Zeitpunkt der Besprechung mit armasuisse (28. Oktober 2021) ist der Zertifizierungsvorgang gemäss Elbit zu 90% abgeschlossen. Gemäss armasuisse lässt sich nicht prüfen, ob dies die tatsächlichen Gegebenheiten widerspiegelt.¹⁴
- 12 Elbit stellt sich auf den Standpunkt, dass sie selber alles Mögliche tue, um den RTC Meilenstein zu erreichen und sieht den Grund für eine mögliche Verspätung des RTC Meilensteins bei der CAAI, über welche Elbit keine Kontrolle hätte, da es sich um eine staatliche Zertifizierungsbehörde handle (vgl. aber Rz. 17). So mussten etwa gewisse Zertifizierungsflüge, welche für Mitte November vorgesehen waren, verschoben werden, was Elbit mit einer "Nichtverfügbarkeit" von CAAI begründet.¹⁵

13 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁶ KPI Report vom 30. September 2021, S. 41.

⁷ E-Mail vom 29. August 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

⁸ E-Mail vom 6. September 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

⁹ E-Mail vom 19. September von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

¹⁰ E-Mail vom 30. September von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

¹¹ E-Mail vom 9. Oktober 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

¹² E-Mail vom 18. Oktober 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

¹³ E-Mail vom 25. Oktober 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

¹⁴ Besprechung mit armasuisse.

¹⁵ E-Mail vom 18. Oktober 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

14

- 15 Armasuisse selber ist der Ansicht, dass der RTC Meilenstein, bzw. dessen Erreichen bis Ende Dezember 2021 unter mittlerem bis hohem Risiko steht, was Elbit auch wiederholt so mitgeteilt wurde.¹⁹
- 16 Um die Erreichung des RTC Meilenstein nicht zu gefährden, hat sich armasuisse bereit erklärt, ein für Oktober 2021 geplantes Flugtraining in Masada in Israel zu verschieben.²⁰
- 17 Am 31. Oktober 2021 hat der CEO von Elbit, nach vorheriger Aufforderung durch die Eidgenossenschaft bzw. den Rüstungschef²¹, eine Erklärung gegenüber dem Rüstungschef abgegeben, wonach Elbit unter anderem bestätigt, dass sie davon ausgehe, den RTC Meilenstein am 26. Dezember 2021 zu erreichen (*"Accordingly, we can assure Armasuisse that we are on track with the planned certification process for the RTC and currently expect to meet the agreed delivery date of December 26, 2021"*).²²
- 18 Neben dem RTC Meilenstein zeichnen sich gemäss armasuisse auch Schwierigkeiten mit dem Erreichen des Meilensteins 1st SFAT, vorgesehen für den 16. Februar 2022, ab.²³ Im Rahmen dieses Memorandums liegt der Fokus auf der Vertragsbeendigung aufgrund Verzug des RTC

■ [REDACTED]

■ [REDACTED]

■ [REDACTED]

19 E-Mail vom 27. August 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit); Mail vom 30. August 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit); Mail vom 9. September 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit); Mail vom 13. September 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit); E-Mail vom 30. September 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit).

20 E-Mail vom 4. Oktober 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit); Besprechung mit armasuisse.

21 Vgl. E-Mail vom 12. Oktober 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit).

22 Brief Elbit an Rüstungschef; E-Mail vom 1. November 2021 von [REDACTED] (armasuisse) an [REDACTED] (Elbit).

23 Vgl. Protokoll Besprechung zwischen armasuisse und Elbit zwischen dem 18. Oktober 2021 und 20. Oktober 2021.

Meilensteins, wobei für die anderen Meilensteine die dargelegten Prämissen (Rz. 38 ff.) *mutatis mutandis* angewendet werden können.

2.1.2 Relevanz des RTC Meilensteins

- 19 Das Einhalten des RTC Meilensteins ist gemäss armasuisse von sehr grosser Bedeutung. Für den Betrieb des ADS 15 ist die NATO STANAG 4671 Zertifizierung notwendig.²⁴ Diese standardisierte Vereinbarung stellt die Lufttüchtigkeitsanforderungen für UAV-Systeme (UAV = "*unmanned aerial vehicle*") dar und soll militärisch unbemannten Luftfahrzeugen ermöglichen, im Luftraum von NATO-Mitgliedern zu operieren. Ab dem 1. April 2022 werden diese Zertifizierungsstandards geändert (neue Edition 3; momentan Edition 2). Da das neue Zertifizierungsregime strengere Anforderungen an die Zulassung vorsieht, erwartet armasuisse, dass eine Zulassung der Drohnen von Elbit darunter nicht mehr möglich sein wird.²⁵
- 20 Demnach müsse gemäss armasuisse der RTC Meilenstein zwingend spätestens bis zum 31. März 2022 erreicht werden. Um zusätzlich die Projektplanung auf Seiten Eidgenossenschaft nicht völlig modifizieren zu müssen, muss der RTC Meilenstein bis spätestens Ende Januar 2022 erreicht werden.²⁶

21 [REDACTED]

2.2 Finanzielles

- 22 Im Rahmen der Verträge mit Elbit wurden durch die Eidgenossenschaft für bereits erreichte Meilensteine per 25. November 2021 Zahlungen [REDACTED] geleistet.²⁷
- 23 Die zugunsten der Eidgenossenschaft ausgestellten Bankgarantien [REDACTED] belaufen sich per 25. November 2021 [REDACTED] (exkl. MWST).²⁸

24 [REDACTED]

²⁴ Besprechung mit armasuisse; vgl. auch E-Mail vom 16. Oktober 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse) sowie bereits E-Mail vom 18. April 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse)

²⁵ Besprechung mit armasuisse.

²⁶ Besprechung mit armasuisse.

■ [REDACTED]

■ [REDACTED]

■ [REDACTED]

- 25 Daneben besteht eine Bankgarantie [REDACTED], welche grundsätzlich für mögliche Schadenersatzforderungen seitens RUAG vorgesehen ist, ihrem Wortlaut zufolge aber für sämtliche möglichen Forderungen seitens armasuisse gegenüber Elbit unter dem Beschaffungsvertrag bzw. unter dem Elbit-Entwicklungsvertrag zur Verfügung steht.³⁰

II. Fragestellung

- A. Wie und mit welchen rechtlichen Konsequenzen für das VBS lässt sich der Vertrag mit dem Leistungserbringer auflösen?
- B. Gibt es Möglichkeiten, Kosten auf den Leistungserbringer abzuwälzen?
- C. Was sind mögliche Handlungsoptionen?

III. Ergebnis

- A. Auflösung des Vertrags mit dem Leistungserbringer und Konsequenzen der Auflösung

1. Auflösung des Vertrags

- 26 Die Eidgenossenschaft kann den Beschaffungsvertrag im Falle eines Herstellerverzugs von Elbit kündigen bzw. den Rücktritt erklären. Dazu steht ihr eine Frist von 90 Tagen ab Verzugseintritt zu. Macht die Eidgenossenschaft ihr Rücktrittsrecht nicht oder nur teilweise innerhalb dieser Frist geltend, kann sie Elbit eine Nachfrist setzen, nach deren Ablauf ihr wiederum eine Frist von 90 Tagen zur Ausübung des Rücktrittsrechts zusteht.

- 27 Ein Verzug liegt vor, wenn Elbit (i) vertragliche Meilensteine nicht eingehalten hat, (ii) die Gründe dafür nicht dem Risikobereich der Eidgenossenschaft zuzurechnen und (iii) auch nicht auf *Force Majeure* zurückzuführen sind.

- (i) Aktuell befindet sich Elbit möglicherweise (es sei denn, man könnte von antizipiertem Vertragsbruch ausgehen) noch nicht im Verzug, da sie keine Meilensteine verletzt hat. Die Eidgenossenschaft kann zum jetzigen Zeitpunkt demnach noch keine Rechte aus Verzug geltend machen. Anhand des erstellten Sachverhalts erscheint eine verspätete Erreichung von Meilensteinen jedoch durchaus möglich. Der nächste Meilenstein, der RTC Meilenstein, ist auf den 26. Dezember 2021 festgesetzt. Elbit wäre bei Nichterreichen ab dem 27. Dezember 2021 in Verzug. Ab diesem Zeitpunkt könnte die Eidgenossenschaft den Beschaffungsvertrag innert 90 Tagen bzw. danach nach Ablauf einer gesetzten Nachfrist innerhalb von erneuten 90 Tagen vollständig oder teilweise kündigen. Zudem schuldet Elbit bei Verzug des RTC Meilensteins eine Vertragsstrafe [REDACTED]

- (ii) [REDACTED]
[REDACTED]

■ [REDACTED]

[REDACTED]

- (iii) Bei Vorliegen einer *Force Majeure* kann ein Meilenstein um bis zu sechs Monate verschoben werden. [REDACTED]

[REDACTED] Die *Force Majeure*-Klausel in Artikel 6.2 Beschaffungsvertrag ist sehr breit gefasst: danach wird als *Force Majeure* jeder externe Umstand angesehen, welchen Elbit trotz rechtzeitiger Anwendung aller ihr zumutbaren Mittel nicht abwehren konnte. Als *Force Majeure*-Gründe kommen vorliegend v.a. (i) der Israel-Gaza-Konflikt vom Mai 2021 und (ii) der Zertifizierungsprozess mit der CAAI in Betracht. [REDACTED]

[REDACTED]

Ungeachtet dessen hat der CEO von Elbit am 31. Oktober 2021 in einem Brief an den Rüstungschef unter anderem bestätigt, davon auszugehen, den RTC Meilenstein am 26. Dezember 2021 zu erreichen. [REDACTED]

[REDACTED]

2. Konsequenzen der Auflösung

- 28 Sofern die Eidgenossenschaft aufgrund von Herstellerverzug vom Beschaffungsvertrag zurücktritt, kann sie die bereits geleisteten Anzahlungen zuzüglich 1% Zins von Elbit zurückverlangen. Elbit hat diese innert 30 Tagen zurückzuerstatten (Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag).
- 29 Die Anzahlungen sind grundsätzlich durch eine durch [REDACTED] ausgestellte Bankgarantie abgesichert. Nach Aussagen von armasuisse hat die Eidgenossenschaft unter dem Beschaffungs- sowie Entwicklungsvertrag bislang (per 25. November 2021) [REDACTED] als Anzahlungen an Elbit geleistet. Die zugunsten der Eidgenossenschaft ausgestellten Bankgarantien [REDACTED] belaufen sich per 25. November 2021 auf [REDACTED] (exkl. MWST) (vgl. Rz. 23 ff.).³¹ Daneben besteht

■ [REDACTED]

eine Bankgarantie [REDACTED], welche grundsätzlich für mögliche Schadenersatzforderungen seitens RUAG vorgesehen ist, ihrem Wortlaut zufolge aber für sämtliche möglichen Forderungen seitens armasuisse gegenüber Elbit unter dem Beschaffungsvertrag bzw. unter dem Elbit-Entwicklungsvertrag zur Verfügung steht.

- 30 Neben der Rückforderung der Anzahlungen kann die Eidgenossenschaft von Elbit die Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe verlangen.

31 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- 32 Nebst den rechtlichen Folgen wurden wir gebeten, auch die faktischen Folgen eines möglichen Projektabbruchs in die Beurteilung einzubeziehen. Dabei sind die möglichen Auswirkungen auf weitere Projekte mit Elbit wie auch auf sonstige Beschaffungsprojekte und auf die Drohnenbeschaffung an sich zu berücksichtigen – dies unter Einschluss der Auswirkungen auf die öffentliche Wahrnehmung (vgl. dazu unten Rz. 129 ff.).

B. Abwälzung der Kosten auf den Leistungserbringer

- 33 Bei Vertragsrücktritt sieht Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag zusätzlich vor, dass Elbit die Eidgenossenschaft vollständig schadlos halten muss.

34 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- 35 Der Vertrag sieht eine Haftungsbeschränkung auf 80% des Vertragswerts vor, wobei die Rückzahlung der Vorauszahlungen nicht einberechnet werden.

36 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

C. Handlungsoptionen

- 37 Die Eidgenossenschaft kann bei einem Verzug seitens Elbit entweder (i) den Vertrag auflösen, (ii) Druck ausüben, um eine zeitnahe Erfüllung zu erreichen, (iii) vorgängig eine Vertragsanpassung ins Auge fassen oder (iv) die weitere Vertragserfüllung verlangen:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

IV. Erläuterungen

A. Vertragsauflösung aufgrund Herstellerverzug gemäss Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag

38 Der Beschaffungsvertrag kann aus verschiedenen Gründen gekündigt werden. Einerseits hat die Eidgenossenschaft das Recht, den Beschaffungsvertrag im Falle eines Verzugs von Elbit zu kündigen. Andererseits kann die Eidgenossenschaft gegen Schadloshaltung von Elbit jederzeit vom Beschaffungsvertrag zurücktreten. Schliesslich sieht der Beschaffungsvertrag die Möglichkeit einer Beendigung im Falle einer Schlechterfüllung durch Elbit vor.

39 Für die vorliegende Beurteilung steht die Kündigung des Vertrags aufgrund eines Verzuges seitens Elbit im Vordergrund. [REDACTED]

40 Der Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag regelt in Artikel 4 unter dem Titel "*delivery dates and default of delivery*" die Folgen eines Herstellerverzugs. Das Verzugsregime wurde im Rahmen der Verhandlungen zum Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag bewusst angepasst. Gemäss Artikel 4.5 kann die Eidgenossenschaft den Vertrag kündigen, falls Elbit die vertraglich definierten

Meilensteine nicht erreicht. Im Gegensatz zum ursprünglichen Beschaffungsvertrag wird das Ansetzen einer Nachfrist explizit nicht vorausgesetzt. Das heisst, dass mit Nichterreichen eines Meilensteins durch Elbit der Eidgenossenschaft automatisch ein Kündigungsrecht zusteht.

1. Voraussetzungen für die Ausübung des vertraglichen Kündigungsrechts

1.1 Verletzung der vertraglich definierten Meilensteine

41 Der Herstellerverzug gemäss Artikel 4.5 Beschaffungsvertrag setzt (unter Vorbehalt eines antizipierten Vertragsbruchs) zunächst voraus, dass vertraglich vereinbarte Meilensteine von Elbit nicht erreicht werden.

42 Der Vertrag regelt die Frage eines allfälligen Verschuldens von Elbit bzw. der Eidgenossenschaft an der Nichterreichung der Meilensteine nicht näher. Entsprechend ist diesbezüglich ergänzend auf die gesetzliche Regelung in Artikel 366 Absatz 1 OR abzustellen. Gemäss herrschender Lehre setzt Artikel 366 Absatz 1 OR kein Verschulden des Herstellers an der Verspätung voraus.³² Mit anderen Worten haftet der Unternehmer auch dann, wenn ihn kein Verschulden an der Verzögerung trifft.

43 Der Rückstand in der Ausführung des Werks darf jedoch nicht dem Risikobereich des Bestellers zuzurechnen sein. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Besteller ihm zufallende Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlungen nicht bzw. nicht rechtzeitig vornimmt, Änderungswünsche anbringt oder Ausführungsanweisungen erteilt, welche die Ausführungsdauer verlängern.³³ Sofern solche Gründe aus dem Risikobereich des Bestellers für die Verspätung ursächlich sind, liegt kein Herstellerverzug vor. [REDACTED]

44 Der Beschaffungsvertrag enthält zudem in Artikel 6.1 eine besondere Regel für den Fall eines *Force Majeure*-Ereignisses. Sofern die Verspätung auf *Force Majeure* zurückzuführen ist, bestimmt Artikel 6.1 Beschaffungsvertrag, dass kein Herstellerverzug im Sinne von Artikel 4.5 Beschaffungsvertrag vorliegt. Vielmehr verschieben sich die vereinbarten Meilensteine um die Dauer des *Force Majeure*-Ereignisses, jedoch maximal um sechs Monate. Als *Force Majeure* wird nach Artikel 6.2 Beschaffungsvertrag jeder externe Umstand angesehen, welchen Elbit trotz rechtzeitiger Anwendung aller ihr zumutbaren Mittel nicht abwehren konnte ("*Any external circumstances, the advent of which Supplier could not prevent despite timely employment of all reasonable means at his disposal*") (vgl. auch unten Rz. 72).

45 [REDACTED]

³² PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019, N 675; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen, BRT 2007, S. 29–66, S. 46.

³³ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 366 OR N 12.

1.2 Nachfristansetzung (nicht notwendig)

- 46 Mit dem Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag wurde auf das Ansetzen einer Nachfrist als notwendige Voraussetzung für die Kündigung des Vertrags durch die Eidgenossenschaft verzichtet. Ab dem Zeitpunkt, in dem Elbit einen Meilenstein nicht erreicht, steht der Eidgenossenschaft damit sofort das Recht zu, den Vertrag teilweise oder als Ganzes zu beenden.

1.3 Rücktrittserklärung innert Frist

- 47 Art. 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag sieht vor, dass die Eidgenossenschaft Elbit innert 90 Tagen durch schriftliche Benachrichtigung den Vertragsrücktritt zu erklären hat. Dabei steht es der Eidgenossenschaft frei, den Vertrag innerhalb dieser Frist vollständig zu kündigen, teilweise zu kündigen oder gar nicht zu kündigen.

- 48 Entscheidet sich die Eidgenossenschaft dafür, den Vertrag nur teilweise oder gar nicht zu kündigen, steht ihr ein erneutes Kündigungsrecht zu, nachdem sie Elbit eine Nachfrist zur Erfüllung des Meilensteins gesetzt hat. Die Dauer dieser Nachfrist wird in Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag nicht definiert. Im ursprünglichen Beschaffungsvertrag belief sich die zu setzende Nachfrist auf sechs Monate und wurde in gemeinsamer Übereinkunft auf neun Monate ausgedehnt. [REDACTED]

- 49 Nach Ablauf dieser Nachfrist kann die Eidgenossenschaft innert einer erneuten Frist von 90 Tagen Elbit durch schriftliche Benachrichtigung den Vertragsrücktritt erklären. Dabei steht es der Eidgenossenschaft wiederum frei, den Vertrag innerhalb dieser Frist vollständig zu kündigen, teilweise zu kündigen oder gar nicht zu kündigen.

2. Rechtsfolgen des Verzugs

2.1 Allgemeine Verzugsfolgen

- 50 Gemäss Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag stehen der Eidgenossenschaft ab der Nichteinhaltung eines Meilensteins durch Elbit alle Rechte aus Verzug zu (vgl. Artikel 102 ff. OR), wobei zu beachten ist, dass die Parteien die gesetzliche dispositive Ordnung mit einer eigenständigen Regelung weitgehend ersetzt haben. Insbesondere steht der Eidgenossenschaft ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit des Vertragsrücktritts offen (sogleich Rz. 54 ff.).

2.2 Vertragsstrafe

- 51 Sobald Elbit einen vertraglichen Meilenstein verpasst, befindet sie sich automatisch im Verzug. Hat Elbit das Verpassen des Meilensteins zu verantworten und liegt keine *Force Majeure* vor (Artikel 5.6 des Beschaffungsvertrags), schuldet sie der Eidgenossenschaft eine Vertragsstrafe [REDACTED]

[REDACTED] Zu betonen ist, dass die Forderung der Eidgenossenschaft zur Leistung der Vertragsstrafe die Kündigungsrechte nicht beschlägt und Elbit nicht

von der weiteren Erfüllung der Meilensteine befreit (Artikel 5.2 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag).

- 52 Möchte die Eidgenossenschaft die Vertragsstrafe für Elbit geltend machen, muss sie dies bis spätestens drei Monate nach der Erfüllung des Vertrags tun, ansonsten gilt dieses Recht als verwirkt (Artikel 5.3 des Beschaffungsvertrags).

2.3 Vertragsstrafe betreffend RTC Meilenstein

- 53 Artikel 5.4 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag sieht eine spezielle Vertragsstrafe vor, sollte Elbit den RTC Meilenstein nicht erreichen. In diesem Fall hat Elbit der Eidgenossenschaft eine Vertragsstrafe [REDACTED] zu zahlen. Die Eidgenossenschaft hat dies ebenfalls bis spätestens drei Monate nach Erfüllung des Vertrags geltend zu machen.

3. Rechtsfolgen einer Kündigung: Rücktritt *ex tunc* oder *ex nunc*

- 54 Der Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag regelt in Artikel 4.5 die Folgen einer allfälligen Kündigung des Vertrags durch die Eidgenossenschaft aufgrund eines Herstellerverzugs. [REDACTED]

- 55 Im Gegensatz zur entsprechenden Klausel im Beschaffungsvertrag sieht Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag vor, dass Elbit nicht nur sämtliche von der Eidgenossenschaft geleistete Anzahlungen zuzüglich 1% Zins innert 30 Tagen zurückzuerstatten hat, sondern Elbit die Eidgenossenschaft auch völlig schadlos halten muss. [REDACTED]

4. Schadenersatz

- 56 Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag sieht explizit vor, dass Elbit die Eidgenossenschaft bei Verzug vollständig schadlos halten muss.

- 57 Der Beschaffungsvertrag selber enthält zudem in Artikel 4.6 eine Regel zum Schadenersatz. Mit Bezug auf allfälligen Schadenersatz sieht diese Bestimmung vor, dass sich entsprechende Ansprüche des Bestellers auf Schadenersatz aufgrund eines Verzugs des Herstellers nach den Bestimmungen des Obligationenrechts richten.

- 58 [REDACTED]

- 59 [REDACTED]

60 Nach Artikel 366 Absatz 1 OR hat der Besteller im Falle eines Rücktritts nur Anspruch auf Ersatz des durch die Vertragsauflösung entstandenen Schadens, sofern der Hersteller nicht nachweist, dass ihn keinerlei Verschulden für die Verzögerung der Werkausfüllung trifft.³⁴ Dieselbe Regelung sieht das OR im allgemeinen Teil für den Verzug in Artikel 107 Absatz 2 OR vor. Ein Verschulden wird dabei vermutet (Artikel 97 Absatz 1 OR), wobei sich der Schuldner exkulpieren kann.

61 [REDACTED]

62 [REDACTED]

63 Artikel 366 OR zum Verzug beim Werkvertrag sieht als Ersatz das negative Vertragsinteresse vor. Demgegenüber hat Elbit die Eidgenossenschaft nach Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag vollständig schadlos zu halten. Dies bedeutet grundsätzlich den Ersatz des positiven Vertragsinteresses (vgl. aber sogleich Rz. 64).³⁵ Damit muss Elbit die Eidgenossenschaft so stellen, wie wenn Elbit den Vertrag richtig erfüllt hätte.

64 Es ist zu beachten, dass der Beschaffungsvertrag in Artikel 27.3 eine Haftungsbeschränkung [REDACTED] vorsieht, ausser in Fällen von Absicht und grober Fahrlässigkeit. Dabei wird in Artikel 27.3 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag präzisiert, dass Rückzahlungen von bereits geleisteten Anzahlungen der Eidgenossenschaft bei der Berechnung der Haftungsbeschränkung keine Berücksichtigung finden. Schliesslich ist die Haftung für entgangenen Gewinn nach Artikel 27.4 des Beschaffungsvertrags ausgeschlossen.

³⁴ BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 366 OR N 26.

³⁵ Vgl. Art. 377 OR; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 377 OR N 15.

5. Risiko einer Vertragsauflösung nach Artikel 377 OR

65

[REDACTED]

B. Anwendung auf den Sachverhalt

1. Ausübung des vertraglichen Kündigungsrechts

66 Vor dem Hintergrund der dargestellten Kündigungsmöglichkeit stellt sich die Frage, ob die Eidgenossenschaft den Vertrag vorliegend rechtsgültig beenden kann, und falls ja, mit welchen Rechtsfolgen.

67 Im Vordergrund steht eine mögliche Vertragsbeendigung durch die Eidgenossenschaft wegen Verzugs von Elbit gestützt auf Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag. [REDACTED]

[REDACTED]

2. Auflösung des Vertrags mit dem Leistungserbringer und rechtliche Konsequenzen

2.1 Überblick

68 Für eine gültige Vertragsbeendigung gestützt auf Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag muss sich Elbit im Verzug befinden. Ein Verzug liegt vor, wenn Elbit vertragliche Meilensteine nicht eingehalten hat und die Gründe dafür nicht dem Risikobereich der Eidgenossenschaft zuzurechnen und auch nicht auf *Force Majeure* zurückzuführen sind. Ab dem Zeitpunkt, in dem der Meilenstein nicht erreicht wird, hat die Eidgenossenschaft innert 90 Tagen ihren Rücktritt vom Vertrag zu erklären. Wenn sie den Vertrag in dieser Zeit nicht oder nur teilweise beendet, kann die Eidgenossenschaft Elbit eine Nachfrist setzen. Nach deren Ablauf stehen ihr erneut 90 Tage zur Verfügung, um einen Rücktritt vollständig oder teilweise geltend zu machen. [REDACTED]

[REDACTED]

2.2 Hat Elbit vertragliche Meilensteine verpasst?

69 Zunächst setzt ein Verzug von Elbit voraus, dass Meilensteine gemäss Artikel 4.1 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag verpasst wurden. Ausgangspunkt sind die in Artikel 4.1 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag vereinbarten Daten. Grundsätzlich muss die Bewilligung gemäss Arti-

■ [REDACTED]

kel 4.1 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag ohne Auflagen und Bedingungen erfolgen. Untergeordnete Auflagen und Bedingungen würden unseres Erachtens aber keine Verzugsfolgen auslösen.

2.2.1 Verschiebung der Meilensteine aufgrund von *Force Majeure*

- 70 In der Vertragsanpassung zum Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag wurde die COVID-19 Pandemie als *Force Majeure* Grund in den Fristen für die zu erreichenden Meilensteine bereits eingerechnet (Art. 4.1 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag; "[...] and already take into account the extension granted for Force Majeure in relation to the COVID-19 pandemic"). Dies gilt zumindest für die auf COVID-19 zurückzuführenden Verzögerungen in der Vergangenheit (bis zum Abschluss des Nachtrags 6 zum Beschaffungsvertrag). [REDACTED]

- 71 Neben der COVID-19 Pandemie können auch andere Ereignisse als *Force Majeure*-Gründe nach Artikel 6 des Beschaffungsvertrags angesehen werden. Eine *Force Majeure* hat zur Folge, dass sich die vertraglich vereinbarten Meilensteine gemäss Artikel 6.1 Beschaffungsvertrag um bis zu sechs Monate nach hinten verschieben, sofern aufgrund der *Force Majeure* eine Verzögerung entsteht.

- 72 Der Begriff der *Force Majeure* wird im Beschaffungsvertrag in Artikel 6.2 definiert (vgl. bereits oben Rz. 44). Demnach wird als *Force Majeure* jeder externe Umstand angesehen, welchen Elbit trotz rechtzeitiger Anwendung aller ihr zumutbaren Mittel nicht abwehren konnte ("Any external circumstances, the advent of which Supplier could not prevent despite timely employment of all reasonable means at his disposal"). [REDACTED]

73 [REDACTED]

■ [REDACTED]

- 74 Der Wortlaut von Artikel 6 Beschaffungsvertrag sieht für den Eintritt einer *Force Majeure* keine Mitteilungspflicht von Elbit vor. [REDACTED]

- 75 [REDACTED]

- 76 Nach unserer Ansicht und den uns vorliegenden Informationen kommen zwei Ereignisse in Betracht, welche Elbit als *Force Majeure* und damit als Grund zur Verschiebung eines Meilensteins geltend machen könnte: der Israel-Gaza-Konflikt 2021 und der Zertifizierungsvorgang mit der CAAI (vgl. bereits Rz. 7 ff.). Im Einzelnen:

(a) Israel-Gaza-Konflikt 2021

- 77 [REDACTED]

- 78 Nach Aussagen von armasuisse führte der Konflikt dazu, dass Elbit mit der Zertifizierung erst am 13. Mai 2021, statt wie vorgesehen am 4. April 2021, beginnen konnte (vgl. Rz. 8).

-
- [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]

79 Elbit teilte armasuisse in dieser Zeit mit, dass der Israel-Gaza-Konflikt den Vorgang der Zertifizierungsflüge verzögerte, da der Luftraum teilweise nur eingeschränkt nutzbar war⁴². Betreffend Umfang der Verzögerung gab Elbit zunächst eine Woche⁴³ und dann zwei Wochen⁴⁴ an.

80 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

81 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

82 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

83 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁴² E-Mail vom 19. Mai 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse); E-Mail vom 1. Juni 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

⁴³ E-Mail vom 1. Juni 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse).

⁴⁴ E-Mail vom 9. Juni 2021 von [REDACTED] (Elbit) an [REDACTED] (armasuisse);

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

84

[REDACTED]

(b) Zertifizierungsvorgang mit der CAAI

85

Auch der Zertifizierungsvorgang mit der CAAI könnte unter Umständen als *Force Majeure* aufgefasst werden, zumal die *Force Majeure*-Klausel sehr breit gefasst ist (vgl. bereits oben Rz. 72).

86

[REDACTED]

87

[REDACTED]

88

[REDACTED]

89

[REDACTED]

90

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

91

[REDACTED]

92

[REDACTED]

(c) Beurteilung einer Berufung auf *Force Majeure*

93 Ungeachtet des soeben Dargelegten ist zu berücksichtigen, dass Elbit am 31. Oktober 2021 offiziell bestätigt hat, dass man davon ausgehe, den vereinbarten Termin vom 26. Dezember 2021 für den RTC Meilenstein einhalten zu können (vgl. oben Rz. 17). Dabei wurde weder der Israel-Gaza-Konflikt 2021 noch der Zertifizierungsvorgang mit der CAAI vorbehalten bzw. erwähnt.

94

[REDACTED]

-
- [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]

95 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

96 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2.2.2 Ist der Verzug auf Umstände zurückzuführen, welche der Eidgenossenschaft zuzurechnen sind?

97 Wie vorne dargestellt (Rz. 43), setzt ein Verzug weiter voraus, dass das Verpassen von Meilensteinen nicht auf Umstände zurückzuführen ist, welche von der Eidgenossenschaft als Bestellerin zu vertreten sind.

98 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

99 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

100 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

101 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2.2.3 Verzug von Elbit

102 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

■ [REDACTED]

- 103 In Betracht für ein mögliches verzugsauslösendes Ereignis kommt insbesondere das Nichterreichen des RTC Meilensteins vom 26. Dezember 2021 (Rz. 7 ff.). Demnach hat Elbit ein von der CAAI ausgestelltes RTC zu liefern. Dieses muss den Leistungsbereich der Drohne abdecken, so wie er in den relevanten *Technical Requirement Specifications (TRS)* vorgegeben ist, ohne jegliche Einschränkungen (*without any limitations*). Dabei stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn das RTC nur mit gewissen Einschränkungen erreicht wird.

- 104

- 105

- 106

- 107 Neben dem RTC Meilenstein ist nach Einschätzung von armasuisse auch das termingerechte Erreichen des Meilensteins "1st SFAT", vorgesehen für den 16. Februar 2022, in Gefahr (vgl. Rz. 18).

-
- -
 -

- 108 Sobald sich Elbit im Verzug befindet, kommen nach Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag die Verzugsfolgen zur Anwendung. Der Eidgenossenschaft steht ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit offen, von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen (Rz. 47 ff.).
- 109 Zudem beginnt ab dem Zeitpunkt des Verzugs eine Vertragsstrafe zu laufen (Rz. 51 f.). Liegt der Verzug im Verpassen des RTC Meilensteins, ist sofort eine Vertragsstrafe [REDACTED] durch Elbit zu leisten (Rz. 53).

2.3 Vertragsbeendigung innert 90 Tagen nach Verzugseintritt

2.3.1 Rücktrittserklärung innert 90 Tagen

- 110 Gemäss Wortlaut von Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag muss die Eidgenossenschaft einen allfälligen Rücktritt innert 90 Tagen nach Ablauf der Nachfrist schriftlich an Elbit erklären (vgl. Rz. 47 ff. oben). Macht die Eidgenossenschaft ihr Rücktrittsrecht nicht oder nur teilweise innerhalb dieser Frist geltend, kann sie Elbit eine Nachfrist setzen, nach deren Ablauf ihr wiederum eine Frist von 90 Tagen zur Ausübung des Rücktrittsrechts zusteht.

2.3.2 Antizipierter Vertragsbruch?

- 111 Im Rahmen der Rücktrittserklärung stellt sich die Frage, wann die Frist von 90 Tagen zu laufen beginnt. [REDACTED]
- 112 [REDACTED]
- 113 [REDACTED]

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

114

- 115 Ungeachtet des Dargelegten muss berücksichtigt werden, dass Elbit mit dem am 31. Oktober 2021 abgegebenen Brief (Rz. 17) davon ausgeht, den RTC Meilenstein rechtzeitig zu erreichen. Somit bestehen für armasuisse vordergründig keine Anhaltspunkte (mehr), von einer Verzögerung des RTC Meilensteins auszugehen. Die Frist von 90 Tagen wird daher im Falle des Nichterreichens des Meilensteins voraussichtlich frühestens ab dem 27. Dezember 2021 zu laufen beginnen.

2.3.3 Zusammenfassung

- 116 Zusammenfassend ist die Möglichkeit einer Vertragsbeendigung bei einem Herstellerverzug durch Elbit grundsätzlich gegeben. Die Kündigung setzt allerdings voraus, dass (i) Elbit einen vereinbarten Meilenstein verpasst (durch mehr als untergeordnete Auflagen und Bedingungen) und (ii) die Eidgenossenschaft innerhalb von 90 Tagen nach Verpassen des Meilensteins durch Elbit, bzw. später nach Ablauf einer gesetzten Nachfrist innert erneuten 90 Tagen schriftlich die Kündigung an Elbit mitteilt.

3. Folgen einer gültigen Vertragsbeendigung

3.1 Rückleistung der Anzahlungen und Garantieabdeckung

- 117 Sofern die Eidgenossenschaft gestützt auf Artikel 4.5 Beschaffungsvertrag vom Vertrag zurücktritt, kann sie bereits geleistete Anzahlungen zuzüglich Zins zu 1% zurückfordern. Die entsprechenden Zahlungen sind gemäss Artikel 24.1 Beschaffungsvertrag durch eine bereitgestellte Bankgarantie abgesichert. Die Bankgarantie kann darüber hinaus für sämtliche Forderungen der Eidgenossenschaft gegenüber Elbit gezogen werden.

- 118 Der Wortlaut der Garantie für die unter dem Beschaffungsvertrag geleisteten Anzahlungen ist unseres Erachtens unproblematisch. Die Bank verpflichtet sich, gestützt auf eine schriftliche Mitteilung der Eidgenossenschaft, wonach Elbit verpflichtet sei, eine Vorauszahlung zurückzuerstatten und dies nicht erfolgt sei bzw. Forderungen der Eidgenossenschaft zu begleichen, einen Betrag bis zum Maximalbetrag der Garantie ohne rechtliche Abklärungen und auf erste Aufforderung hin an die Eidgenossenschaft zu leisten. Entsprechend bietet die Garantie im Grundsatz eine gute Sicherheit für die Vorauszahlungen oder sonstige Forderungen der Eidgenossenschaft.

- 119

- 120 Die Bankgarantie kann gezogen werden, sobald Elbit zur Zahlung des entsprechenden Betrages verpflichtet ist und diesen nicht leistet.⁶⁷ Wenn demnach Elbit die von armasuisse zusammen mit der Rücktrittserklärung zu fordernde Rückzahlung der von armasuisse geleisteten Anzahlungen innert der vertraglich vereinbarten Frist von 30 Tagen (ab Rücktrittserklärung) nicht vornimmt, kann armasuisse durch schriftliche Mitteilung [REDACTED] die Zahlung der Garantiesumme verlangen. [REDACTED]

- 121 Gemäss Artikel 24.3 Beschaffungsvertrag hat die Eidgenossenschaft die Verpflichtung, die Sicherheit in entsprechendem Umfang zu reduzieren, sobald sie einen Werkteil abnimmt bzw. eine als Meilenstein ausgestaltete vertragliche Leistung entgegennimmt. Bislang wurden unseres Wissens noch keine solche Garantiereduktionen vorgenommen.

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

3.2 Schadenersatz

3.2.1 Anspruchsgrundlage

- 122 Bei Rücktritt aufgrund des Verzugs von Elbit kann die Eidgenossenschaft nach Artikel 4.5 Nachtrag 6 zum Beschaffungsvertrag von Elbit Schadenersatz verlangen, damit sie völlig schadlos gehalten wird. [REDACTED]

- 123 [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]

3.2.2 Schäden im Zusammenhang mit den Entwicklungsverträgen

- 124 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- 125 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- 126 [REDACTED]
[REDACTED]

- 127 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

3.2.3 Weitere nutzlos gewordene Aufwendungen des VBS

- 128 [REDACTED]
[REDACTED]

- [REDACTED]
- [REDACTED]

3.3 Faktische Folgen

3.3.1 Übersicht

- 129 Wir wurden gebeten, auch faktische Folgen eines möglichen Projektabbruchs, die unseres Erachtens eintreten könnten, aufzuführen. Dabei sind die möglichen Auswirkungen (i) auf weitere Projekte mit Elbit, (ii) auf sonstige Beschaffungsprojekte sowie (iii) auf die Drohnenbeschaffung zu berücksichtigen – dies unter Einschluss der Auswirkungen auf die öffentliche Wahrnehmung.

3.3.2 Weitere Projekte mit Elbit

- 130 Zusätzlich zum Projekt ADS 15 ist Elbit auch im Rahmen anderer Projekte für die Eidgenossenschaft tätig. Hervorzuheben ist dabei das Projekt Telekommunikation der Armee (**TK A**), bei welchem die Mittel der Armee für den mobilen und teilmobilen Datentransport und die Sprachkommunikation erneuert und, wo nötig, ergänzt werden. Im Rahmen des Projekts TK A sieht der Beschaffungsschritt 2 den Ersatz der mobilen Kommunikation (**Ersa Mob Komm**) vor und beinhaltet die Beschaffung einer ersten Tranche von taktischen Funkgeräten, Bordverständigungsanlagen und Sprechgarnituren der neuen Generation.

- 131 Dabei geht es um ein Investitionsvolumen von [REDACTED] Die Typenwahl fiel auf Elbit. [REDACTED]

- 132 [REDACTED]

■ [REDACTED]

3.3.3 Sonstige Beschaffungsprojekte

- 133 Sodann ist es möglich, dass der Abbruch des Projekts ADS 15 im jetzigen Zeitpunkt auch Auswirkungen auf sonstige Beschaffungsprojekte haben könnte. Dabei ist insbesondere an das zurzeit medial stark beachtete Projekt Neues Kampfflugzeug (**NKF**) zu denken.

134 [REDACTED]

135 [REDACTED]

3.3.4 Drohnenbeschaffung

- 136 Mit dem Abbruch des Projekts ADS 15 könnte im besten Fall eine weitgehende finanzielle Kompensation für bereits geleistete Zahlungen resultieren. Eine Drohne hätte man jedoch noch immer nicht. Die armasuisse müsste daher ein neues Projekt für die Beschaffung von Drohnen lancieren. Bis zur erfolgreichen Beschaffung müssten die der Drohne zugeordneten Aufgaben anderweitig erbracht werden, was möglicherweise zu Mehrkosten führen würde.

C. Offene Fragen

- 137 Entscheidend wird sein, ob Elbit den vereinbarten RTC Meilenstein vom 26. Dezember 2021 erreicht oder nicht.
- 138 Ist dies nicht der Fall, stellt sich im Hinblick auf eine mögliche Vertragsauflösung die Frage, welche Gründe Elbit für das Verpassen des Meilensteins anführen wird, insbesondere ob und welcher Grund als *Force Majeure* geltend gemacht wird.

D. Handlungsoptionen

1. Auflösung des Vertrags

139 [REDACTED]

140

[REDACTED]

141

[REDACTED]

142

[REDACTED]

2. Druck machen, um Erfüllung zu erreichen

143

[REDACTED]

3. Anpassung der Vereinbarung oder einseitige Nachfristansetzung

144

[REDACTED]

4. Erfüllung verlangen

145

[REDACTED]

[REDACTED]

5. Ersatzvornahme

146

[REDACTED]

* * * * *

Dieses Memorandum wurde ausschliesslich für [REDACTED] erstellt. Auf dieses Dokument kann in keinem anderen Zusammenhang abgestellt werden, und Dritte dürfen sich auf dieses Dokument in keiner Art und Weise verlassen oder sonst darauf abstellen. Der Inhalt dieses Dokuments darf ohne unsere vorgängige schriftliche Zustimmung weder ganz noch teilweise in irgendeiner Weise veröffentlicht oder Dritten weitergegeben oder sonst zugänglich gemacht werden.