

**Moot Court Team 1:**

Sanna Herzog

Gil Scheitlin

Oliver Schmid

Philipp Siegfried



**Universität  
Zürich<sup>UZH</sup>**

**EINSCHREIBEN**

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

15. Dezember 2011

**KLAGESCHRIFT**

Fall Nr. 875964-2011

In Sachen

**Bietmann Industrieanlagen AG**

Otto-von-Bismarck-Allee 4A,

DE-10557 Berlin, Deutschland

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 1

**Brunner Recycling AG**

Grenchenbachstrasse 34,

CH-6340 Baar, Schweiz

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team (...)

betreffend

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission  
Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

**Rechtsbegehren:**

*«1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'500'000 zu bezahlen,*

- zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 19. August 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
- zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 19. September 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
- zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 19. Oktober 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
- zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 19. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
- zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 20. Dezember 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
- zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 27. Januar 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
- zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 18. Februar 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
- zudem Zins zu 12 % seit Geltendmachung des Wahlrechts in der Einleitungsanzeige auf den Betrag von CHF 3'500'000.*

*2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die ausstehenden Raten unter dem Vertrag über Lieferungen und Leistung vom 22. Oktober 2009 jeweils nach deren monatlicher Fälligkeit wie folgt zu begleichen:*

- CHF 100'000 am 21. März 2011;*
- CHF 100'000 am 21. April 2011;*
- CHF 100'000 am 21. Mai 2011;*
- CHF 100'000 am 21. Juni 2011;*
- CHF 100'000 am 22. Juli 2011;*
- CHF 100'000 am 21. August 2011;*
- CHF 100'000 am 21. September 2011*

*etc.*

*3. Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.*

4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Schiedsgericht und der Klägerin folgende Dokumente (definiert durch die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom 29. Mai 2010, inkl. jede Art von Schreiben und Mitteilungen, unabhängig davon, ob sie auf Papier, durch elektronische Mittel aufgezeichnet oder festgehalten werden) in ihrem Besitz im vorliegenden Schiedsverfahren vorzulegen:

(1) den zwischen der Beklagten und einem Schrotthändler geschlossene Vertrag über die Lieferung von Schrottglase, welchen Herr Fuchs gemäss den Notizen zum 2. Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 erwähnt hat;

(2) jede E-Mail-Korrespondenz oder sonstige Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler.

5. Die Beklagte sei dazu zu verurteilen, dem Schiedsgericht innert einer von ihm zu bestimmenden Frist ihren Anteil am Kostenvorschuss gemäss Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1 vom 5. September 2011 über CHF 125'000.- auf das vom Schiedsgericht in den Verfahrensbeschlüssen Nr. 1 und Nr. 2 genannte Bankkonto zu bezahlen.

6. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin innert drei Tagen, nachdem die Klägerin den beklagischen Anteil am weiteren Kostenvorschuss gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 2 vom 14. September 2011 entrichtet hat, den entsprechenden Betrag zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins nach Ablauf der dreitägigen Zahlungsfrist.

7. Der Klägerin sei vorab, d.h. bis zum Entscheid über die zusätzlichen Rechtsbegehren Nr. 6 und Nr. 7, die Frist gemäss Ziffer 5 von Verfahrensbeschluss Nr. 2 zur Bezahlung des beklagischen Kostenvorschussanteils von CHF 125'000.- abzunehmen.

8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.»

## **Vorwort**

*Zunächst wird die Klägerin zeigen, dass sie gegenüber der Beklagten einen klagbaren Anspruch auf Leistung ihres Anteils am Kostenvorschuss an das Schiedsgericht hat.*

*In der Folge wird dargelegt, dass sie einen klagbaren Anspruch auf Rückerstattung hätte, falls sie den gesamten Kostenvorschuss an das Schiedsgericht bezahlt hat.*

*Betreffend der Dokumente wird dargelegt, dass die Beklagte zur Vorlage des Vertrags zwischen Ihr und dem Glassammelungsunternehmen sowie jeder E-Mail-Korrespondenz oder sonstigen Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler zu verpflichten ist.*

*Darüber hinaus wird die Klägerin nachweisen, dass sie einen klagbaren Anspruch auf Zahlung von CHF 3'500'000 zuzüglich Zinsen hat.*

*Schliesslich wird die Klägerin nachweisen, dass die Beklagte keinen klagbaren Anspruch auf Rückleistung der bezahlten Raten des Gesamtpreises hat.*

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	VIII
Entscheidungsverzeichnis.....	X
A Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses an das Schiedsgericht.....	1
I. Anspruch aus der vereinbarten Schiedsklausel.....	1
a) Vertragliche Verpflichtung zur Zahlung des Kostenvorschusses.....	1
b) Forderungsrecht der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung an das Schiedsgericht.....	2
c) Kompetenz des Schiedsgerichts zum Fällen eines Teilentscheides.....	2
d) Zulässigkeit eines Teilentscheides.....	3
e) Fazit.....	3
II. Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme.....	3
a) Kompetenz zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme.....	3
b) Zusammenhang zwischen der vorsorglichen Massnahme und der Hauptsache.....	4
c) Drohender nicht wiedergutzumachender Nachteil.....	4
d) Fazit.....	5
B Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Rückerstattung des anstelle der Beklagten geleisteten Kostenvorschusses.....	5
I. Anspruch aus der vereinbarten Schiedsklausel.....	5
a) Vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung des Kostenvorschusses.....	5
b) Forderungsrecht der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung an sich selbst.....	5
c) Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass eines Teilentscheids.....	6
d) Zulässigkeit eines Teilentscheides.....	6
e) Fazit.....	6
II. Erlass einer vorsorglichen Massnahme.....	6
C Verpflichtung zur Vorlage des Vertrags und der Korrespondenz als Beweismittel.....	6
I. Anwendung der IBA Rules.....	6
II. Antrag auf Vorlegung von Dokumenten nach Art. 3 IBA Rules.....	7
a) Genügende Umschreibung der vorzulegenden Dokumente nach Art. 3.3 (a) IBA Rules.....	7

aa)	Hinsichtlich des Vertrags .....	7
bb)	Hinsichtlich der Korrespondenz .....	7
b)	Relevanz für den Fall und Wesentlichkeit für die Entscheidung nach Art. 3.3 (b) IBA Rules .....	8
c)	Erklärung nach Art. 3.3 (c) IBA Rules .....	8
III.	Keine Ausschlussgründe nach Art. 3.3 und 9.2 IBA Rules .....	9
a)	Insbesondere keine wirtschaftlich oder technisch begründete Verschwiegenheitspflichten nach Art. 9.2 (e) IBA Rules .....	9
b)	Massnahmen zum Schutze allfällig berechtigter Geschäftsgeheimnisse .....	10
IV.	Fazit .....	10
D	Anspruch der Klägerin auf Leistung von CHF 3'500'000 .....	10
I.	Vertragsgemässe Erfüllung .....	10
a)	Vollendung .....	10
b)	Ablieferung .....	11
c)	Fazit .....	12
II.	Einforderung des positiven Interesses in der Höhe von CHF 3'500'000 .....	13
a)	Verzug betreffend der Ratenzahlungen .....	13
b)	Nachfristansetzung obsolet .....	13
c)	Klage auf Erfüllung und Ersatz des entstandenen Verzugsschadens .....	14
d)	Fazit .....	14
E	Kein Anspruch der Beklagten auf Ratenrückzahlung .....	14
I.	Kein Rücktrittsrecht .....	14
a)	Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Herstellungsverzug nach Art. 366 Abs. 1 OR .....	14
b)	Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Ablieferungsverzug nach Art. 102 OR .....	15
c)	Kein Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 2 OR .....	16
d)	Kein Beendigungsrecht nach Art. 18.1 des Vertrags .....	16
e)	Fazit .....	17
II.	Kein Recht auf Wandlung .....	17
a)	Fehlen eines erheblichen Mangels .....	17
b)	Genehmigung des Werks .....	18
c)	Erstellung des Werks auf Grund und Boden des Bestellers .....	19
d)	Fazit .....	19

III. Haftungsbeschränkung.....	19
a) Wegbedingung der Gewährleistungsrechte durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe.....	19
b) Vertragslücke bezüglich der Höhe der Konventionalstrafe .....	20
c) Fazit.....	20

## Literaturverzeichnis

1999 IBA WORKING PARTY & 2010 IBA RULES OF EVIDENCE REVIEW SUBCOMMITTEE: Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, <http://www.ibanet.org> (zitiert in Rz. 31; zitiert als: IBA WORKING PARTY).

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Auflage, Bern 2010 (zitiert in Rz. 4, 13, 14, 15, 31, 37).

BÜHLER THEODOR: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998 (zitiert in Rz. 62).

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010 (zitiert in Rz. 52; zitiert als: CHK-BEARBEITERIN.).

FADLALLAH IBRAHIM: Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties' Reciprocal Obligations, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin 2003, S. 53–57 (zitiert in Rz. 1, 2, 9).

GAUCH PETER: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011 (zitiert in Rz. 43, 45, 62, 66, 67, 73, 75).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 9. Auflage, Zürich 2008 (zitiert in Rz. 78).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2006 (zitiert in Rz. 1, 2, 4, 25; zitiert als: BSK IPRG-BEARBEITERIN).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007 (zitiert in Rz. 5, 19, 67; zitiert als: BSK OR I-BEARBEITERIN).

HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 (zitiert in Rz. 52).

KOLLER ALFRED: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998 (zitiert in Rz. 60).



MÜLLER THOMAS: IBA Rules of Evidence – ein Brückenschlag zwischen Common Law and Civil Law in internationalen Schiedsverfahren, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.): Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht II, Zürich 2003, S. 51–71 (zitiert in Rz. 35, 36).

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2nd Edition, London/Zürich 2007 (zitiert in Rz. 35, 40).

RAESCHKE-KESSLER HILMAR: The Production of Documents in International Arbitration – a Commentary on Art. 3 of the New IBA-Rules of Evidence, Arbitration International 2002, S. 411–430 (zitiert in Rz. 31, 36, 39, 40).

ROHNER THOMAS/LAZOPOULOS MICHAEL, The Respondents Refusal to pay its Share of the Advance on Costs, ASA Bulletin 2011, S. 549–573 (zitiert in Rz. 2, 9).

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993 (zitiert in Rz. 4, 25).

SCHWENZER, INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Basel 2009 (zitiert in Rz. 54).

VON SEGESSER GEORG, The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010, ASA Bulletin 2010, S. 735–752 (zitiert in Rz. 29, 35, 36).

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2005 (zitiert in Rz. 2, 7, 15, 37; zitiert als: Zuberbühler/Müller/Habegger-BEARBEITERIN).

## **Entscheidverzeichnis**

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 12.11.1968, BGE 94 II 161.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 11.04.1972, BGE 98 II 118.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 10.05.1982, BGE 108 Ia 197.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 11.10.1988, BGE 114 II 239.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 12.06.1990, BGE 116 II 450.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 17.02.1992, BGE 118 II 142.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 26.01.1993, BGE 119 II 135.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 10.09.2002, BGer 4C.387/2001.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 18.09.2003, BGE 130 III 76.

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, 02.06.2004, BGer 4P.64/2004.

ICC Case No. 10526, 02.12.2000, Sentence partielle; publiziert in *Journal du Droit International* 2001, S. 1179–1185 (zitiert als: ICC Case 10526).

ICC Case No. 10671 (teilw. fälschlicherweise als Case No. 10526 bezeichnet), 27.03.2001, Sentence partielle; publiziert in: *ASA Bulletin* 2001, S. 285-293 und in: *Revue de l'Arbitrage* 2002, S. 1035–1041 (zitiert als: ICC Case 10671).

ICC Case No. 13139, 2005, Partial award; publiziert in *Journal du Droit International* 2010, S. 1418–1426 (zitiert als: ICC Case 13139).

## **A Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses an das Schiedsgericht**

### **I. Anspruch aus der vereinbarten Schiedsklausel**

#### **a) Vertragliche Verpflichtung zur Zahlung des Kostenvorschusses**

In dem zwischen der Klägerin und der Beklagte abgeschlossenen Vertrag ist in Art. 12 eine Schiedsklausel enthalten. Die Gültigkeit des Vertrags und der darin enthaltenen Schiedsklausel wird von keiner Partei bestritten. Mit Abschluss der Schiedsvereinbarung wurde für ein allfälliges Schiedsverfahren die Anwendung der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (Januar 2006; nachfolgend: Swiss Rules) vereinbart. Die Parteien haben sich mit Abschluss der Schiedsvereinbarung verpflichtet, die Anweisungen des Schiedsgerichts zu befolgen und das Verfahren nicht unnötig zu verzögern (BGE 108 Ia 201 E. 3; FADLALLAH, S. 55; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N. 79). 1

Die Parteien haben mit dem Verweis auf die Swiss Rules unter anderem vereinbart, je die Hälfte des geforderten Kostenvorschusses zu bezahlen (Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules). Mit der Aufnahme der Schiedsklausel haben die Parteien demnach die Pflicht, nach Einleitung eines Schiedsverfahrens die Hälfte des Kostenvorschuss an das Schiedsgericht zu bezahlen. Dabei handelt es sich keinesfalls um eine blosse Obliegenheit, sondern um eine vertragliche Verpflichtung zwischen den Parteien (FADLALLAH, S. 57; ROHNER/LAZOPOULOS, S.553; Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 N. 20; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N. 82). Die Leistung des Kostenvorschusses wurde auch in mehreren Schiedsentscheiden als vertragliche Verpflichtung qualifiziert (ICC Case 10526, S. 1184; ICC Case 10671, S. 288 f. [ASA Bulletin]). 2

Die Beklagte schreibt in ihrem Brief vom 13. September 2011 an das Schiedsgericht, dass sie nicht bereit ist, den von ihr geforderten Kostenvorschuss zu bezahlen, da sie die Forderung für ungerechtfertigt und überhöht hält. Dieses Argument ist jedoch nicht zulässig. Die Verpflichtung zur Leistung des Kostenvorschusses besteht unabhängig davon, ob die Beklagte die Klagebegehren nun für gerechtfertigt hält oder nicht. Der Zweck einer Schiedsvereinbarung ist, dass in einem gerichtlichen Verfahren vor einem Schiedsgericht über das Bestehen einer geltend gemachten Forderung entschieden wird. Die Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Parteien ist eine Voraussetzung für das Zustandekommen eines Entscheides. Denn ohne Bezahlung des Kostenvorschusses wird das Schiedsgericht in einer Streitsache nicht tätig. Daher ist die Frage nach der Verpflichtung zur Leistung des Kostenvorschusses von der Frage nach dem Bestand der Forderung losgelöst. Die Klägerin sollte nicht gezwungen sein, den gefor- 3

dernten Kostenvorschuss zu bezahlen. Dass sie die eingeklagte Forderung für ungerechtfertigt hält, hat darauf keinen Einfluss.

Ein Teil der Lehre lehnt einen vertraglichen Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses ab. Dies gestützt auf die ihrer Ansicht nach rein prozessualen Natur einer Schiedsvereinbarung (BERGER/KELLERHALS Rz. 297; RÜEDE/HADENFELDT, S. 225). Der Verweis auf die rein verfahrensrechtliche Natur einer Schiedsvereinbarung vermag nicht zu überzeugen und ist als überholt anzusehen (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N. 4). Es spricht daher nichts dagegen, dass in einer Schiedsvereinbarung sowohl prozessuale als auch materiell-rechtliche Fragen geregelt werden können.

### **b) Forderungsrecht der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung an das Schiedsgericht**

Wie oben dargelegt, handelt es sich beim Kostenvorschuss um eine vertragliche Verpflichtung, welche von den Parteien eingegangen wurde. Sie haben die Leistung zugunsten des Schiedsgerichts versprochen und daher handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter. Im Rahmen eines solchen Vertrags ist der Vertragspartner berechtigt zu fordern, dass an den Dritten geleistet wird (Art. 112 Abs. 1 OR). Je nach Ausprägung dieses Vertrags besitzt der Vertragspartner das alleinige Forderungsrecht oder der Dritte kann selbständig die Erfüllung fordern. Die Regelung von Art. 112 OR hält nur die grundsätzliche Möglichkeit von Verträgen zugunsten Dritter fest (BSK OR I-GONZENBACH, Art. 112 N. 1). Die Vertragsparteien sind daher nicht an die Kategorien echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter gebunden. In casu ist der Wille der Parteien, dass das Schiedsgericht die Erfüllung nicht selbständig geltend machen kann. Die Klägerin hingegen ist berechtigt, Leistung an das Schiedsgericht zu fordern. Sie kann jedoch nicht Leistung an sich selbst verlangen.

Folglich kann die Klägerin fordern, dass die Beklagte den ausstehenden Kostenvorschuss an das Schiedsgericht bezahlt. Dies kann sie tun, bevor sie den gesamten Kostenvorschuss geleistet hat. Die Beklagte ist nicht dazu gezwungen, den ganzen Vorschuss zu bezahlen und erst im Nachhinein den geleisteten Kostenvorschuss von der Beklagten zurück zu fordern.

### **c) Kompetenz des Schiedsgerichts zum Fällen eines Teilentscheides**

Das Schiedsgericht hat die Kompetenz über einen Anspruch auf Leistung des geforderten Kostenvorschusses zu entscheiden (ICC Case 13139; Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 N. 20). Die vereinbarte Schiedsklausel ist weit gefasst. Sie umfasst alle Streitigkeiten, welche aus oder im Zusammenhang mit dem geschlossenen Vertrag entstehen (Art. 12.1 des Vertrags). Die Streitigkeit über die Leistung des Kostenvorschusses ist erst als

Folge der Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien über die Erbringung von Vertragsleistungen entstanden. Demzufolge steht die Streitigkeit im Zusammenhang mit dem Vertrag. Somit verfügt das Schiedsgericht über die notwendige Kompetenz, um in einem Teilentscheid über den Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses zu entscheiden.

#### **d) Zulässigkeit eines Teilentscheides**

Wurde nichts Gegenteiliges vereinbart, kann ein Schiedsgericht Teilentscheide fällen (Art. 188 IPRG). Nach den Swiss Rules sind Teilentscheide möglich. Ein Teilentscheid schliesst das Schiedsverfahren für einen quantitativen Teil des Streitgegenstandes ab, indem es einzelne streitige Ansprüche vorweg umfassend beurteilt (BGE 130 III 79, E. 3.1.2). Teilentscheide sind folglich abschliessende Entscheide. 8

Das Schiedsgericht entscheidet im vorliegenden Fall über den vertraglichen Anspruch auf Bezahlung des von der Beklagten geforderten Kostenvorschusses. Es entscheidet abschliessend über besagten Anspruch (FADLALLAH, S. 56). Über die Leistung von Kostenvorschüssen wird im Endentschied nicht mehr entschieden. Dass am Ende des Verfahrens über die definitive Kostenverteilung entschieden wird, ändert daran nichts (ROHNER/LAZOPOULOS, S. 557). Das Schiedsgericht kann daher in einem Teilentscheid über den Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses entscheiden. 9

#### **e) Fazit**

Es wurde dargelegt, dass die Beklagte vertraglich dazu verpflichtet ist, den Kostenvorschuss an das Schiedsgericht zu leisten. Zudem wurde dargetan, dass ein Teilentscheid über diese Frage in der Kompetenz des Schiedsgerichts liegt. Folglich hat das Schiedsgericht einen Teilentscheid zu erlassen, in dem die Beklagte dazu verurteilt wird, den Kostenvorschuss an das Schiedsgericht zu bezahlen. 10

## **II. Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme**

Falls das Schiedsgericht entgegen den obigen Ausführungen zur Ansicht gelangt, dass die Klägerin keinen klagbaren Anspruch hat, so beantragen wir im Namen der Klägerin den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, in welcher die Beklagte zu verpflichten ist, den Kostenvorschuss ans Schiedsgericht zu bezahlen. Es kann der Klägerin nicht zugemutet werden, dass sie zusätzliche Liquidität bereitstellt, um auch den gegnerischen Anteil des Kostenvorschusses zu leisten, während die Liquiditätsdecke der Beklagten in keiner Weise beeinträchtigt wird. 11

#### **a) Kompetenz zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme**

Gemäss Art. 183 Abs. 1 IPRG ist ein Schiedsgericht berechtigt, vorsorgliche oder sichernde 12

Massnahmen anzuordnen, falls die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben. Gemäss Art. 26 Swiss Rules verfügt das Schiedsgericht über die Kompetenz, provisorische Massnahmen zu erlassen.

**b) Zusammenhang zwischen der vorsorglichen Massnahme und der Hauptsache**

Bedingung für eine vorsorgliche Massnahme ist ein bestehender Zusammenhang zwischen der beantragten vorsorglichen Massnahme und der von der Schiedsabrede erfassten Hauptsache (BERGER/KELLERHALS, Rz. 1143). In casu ist dies der Fall. Steht doch die Leistung des Kostenvorschusses am Anfang eines jeden Schiedsverfahrens und folglich im Zusammenhang mit der Hauptsache.

13

**c) Drohender nicht wiedergutzumachender Nachteil**

Zudem muss die Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bestehen, falls mit dem Entscheid bis zum Ende des Verfahrens zugewartet würde (BERGER/KELLERHALS, Rz. 1146). Die Nachteile, welche die Klägerin ereilen würden, müsste sie den gesamten Kostenvorschuss leisten, wären nicht wiedergutzumachen. Die Leistung des gesamten Kostenvorschusses strapaziert die Liquidität der Beklagten, was ihre Fähigkeit, sich vor Schiedsgericht zu verteidigen, einschränkt. Die Klägerin muss bereits mit einer gegenüber ihrer ursprünglichen Planung eingeschränkten Liquidität auskommen, da die Beklagte die fälligen Raten nicht bezahlt. Die Beklagte hat bereits 17 fällige Raten im Umfang von CHF 1'700'000 vertragswidriger Weise nicht bezahlt. Daher wäre es für die Klägerin doppelt nachteilig, falls sie entgegen dem Grundsatz der hälftigen Teilung den gesamten Kostenvorschuss leisten müsste.

14

Eine vollständige Bezahlung des Kostenvorschusses würde darüber hinaus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien im Verfahren widersprechen. Art. 182 Abs. 3 IPRG hält fest, dass die Gleichbehandlung der Parteien gewährleistet sein muss. Diese Vorschrift verpflichtet das Schiedsgericht dazu, «die Parteien grundsätzlich in allen Verfahrensfragen gleich zu behandeln» (BGer 4P.64/2004, E. 3.2). Das Gleichbehandlungsgebot ist eine prozessuale Mindestanforderung (BERGER/KELLERHALS, Rz. 91). Auch Art. 15 Ziff. 1 Swiss Rules schreibt vor, dass die Gleichbehandlung der Parteien gewahrt werden muss. Gleiche Situationen sollen gleich behandelt werden (Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 15 N. 7). Um der Gleichbehandlung der Parteien im Rahmen der Kostenvorschüsse zum Durchbruch zu verhelfen, ist die beantragte vorsorgliche Massnahme gerechtfertigt.

15

**d) Fazit**

Wie gezeigt wurde, sind alle Bedingungen erfüllt und es hat somit eine vorsorgliche Massnahme zu ergehen, in welcher die Beklagte verpflichtet wird, den veranschlagten Kostenvorschuss an das Schiedsgericht zu leisten. 16

**B Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Rückerstattung des anstelle der Beklagten geleisteten Kostenvorschusses**

**I. Anspruch aus der vereinbarten Schiedsklausel**

Sollte das Schiedsgericht nicht bereit sein, einen Teilentscheid oder eine vorsorgliche Massnahme zu erlassen, bevor der gesamte Kostenvorschuss geleistet wurde, so wird die Klägerin gezwungen sein, den gesamten Kostenvorschuss zu bezahlen. Für diesen Fall beantragen wir im Namen der Klägerin, dass die Beklagte dazu verurteilt wird, den hälftigen Kostenvorschuss an die Klägerin zurückzuerstatten, dies gestützt auf die vertragliche Verpflichtung zugunsten Dritter. 17

**a) Vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung des Kostenvorschusses**

Für die vertragliche Verpflichtung zur Leistung des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht, kann weitgehend auf die unter Rz. 1 ff. gemachten Ausführungen verwiesen werden. Mit der Bezahlung des gesamten Vorschusses durch die Beklagte hat sich an der vertraglichen Verpflichtung zur Leistung des hälftigen Kostenvorschusses nichts geändert. 18

**b) Forderungsrecht der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung an sich selbst**

Bei der vertraglichen Verpflichtung zur Leistung des Kostenvorschusses handelt es sich, wie bereits unter Rz. 5 erwähnt, um einen Vertrag zugunsten Dritter. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter kann der Promissar fordern, dass an den Dritten geleistet werde. Er ist jedoch auch berechtigt zu fordern, dass der Promittent direkt an den Promissar leistet (BSK OR I-GONZENBACH, Art. 112 N. 13, 15). Da die Klägerin sich bereits gezwungen sah, auch den Anteil am Kostenvorschuss der Beklagten an das Schiedsgericht zu leisten, ist die Bezahlung an das Schiedsgericht nicht mehr notwendig. Somit muss es der Klägerin freistehen, die Leistung an sich selbst zu fordern. Diese Forderung macht sie hiermit auch geltend. In den LCIA (London Court of International Arbitration) Rules Art. 24 Abs. 3 und den SCC (Swedish Chamber of Commerce) Rules Art. 45 Abs. 3 ist dieses Vorgehen explizit festgehalten. Die Swiss Rules schweigen sich über die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens aus. Jedoch ist den Swiss Rules auch nichts zu entnehmen, was einem solchen Vorgehen entgegenstehen würde. Daher ist ein solches Vorgehen auch unter den Swiss Rules zulässig und angezeigt. 19

**c) Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass eines Teilentscheids**

Bereits unter Rz. 87 wurde das Vorhandensein der notwendigen Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass eines solchen Entscheides dargelegt. Mit der vollständigen Bezahlung des Kostenvorschusses ändert sich nichts an dieser Ausgangslage. 20

**d) Zulässigkeit eines Teilentscheides**

Ein Teilentscheid ist zulässig. Für weitere Ausführungen siehe Rz. 9. 21

**e) Fazit**

Auch wenn die Klägerin gezwungen sein sollte, den gesamten Kostenvorschuss an das Schiedsgericht zu bezahlen, so hat sie trotzdem einen klagbaren Anspruch gegen die Beklagte auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses an sich selbst. Das Schiedsgericht ist zudem ermächtigt, über diese Frage zu entscheiden. 22

**II. Erlass einer vorsorglichen Massnahme**

Wie in Rz. 12 dargelegt, verfügt das Schiedsgericht über die Kompetenz, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen. Weiter ist auch der Zusammenhang zwischen der vorsorglichen Massnahme und der Hauptsache gegeben (s. Rz. 13). Die Tatsache, dass die Klägerin dann bereits den gesamten Kostenvorschuss bezahlt hat, ändert nichts an den drohenden nicht wiedergutzumachenden Nachteilen. Die Ungleichbehandlung der Parteien würde zementiert, falls die Beklagte nicht dazu verpflichtet wird, die Hälfte des Kostenvorschusses an die Klägerin zu leisten. Zudem würde der erhöhte Liquiditätsbedarf bestehen bleiben. Der Klägerin drohen also weiterhin nicht wiedergutzumachende Nachteile. 23

Ein Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist auch nach Bezahlung des gesamten Kostenvorschusses durch die Beklagte noch notwendig und gerechtfertigt. 24

**C Verpflichtung zur Vorlage des Vertrags und der Korrespondenz als Beweismittel**

**I. Anwendung der IBA Rules**

Die Frage der Zulässigkeit von Beweismitteln untersteht nicht der lex causa, sondern den Regeln des Verfahrens (RUEDE/HADENFELDT, S. 262; BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N. 34). Da die Swiss Rules in Art. 24 und 25 für das Beweisverfahren keine detaillierten Regelungen enthalten, fällt die genauere Ausgestaltung mangels Vereinbarung in die Kompetenz des Schiedsgerichts (Art. 182 Abs. 2 PRG). Dieses hat im Konstituierungsbeschluss erklärt, die Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (revidierte Fassung 2010; nachfolgend: IBA Rules) zu berücksichtigen, ohne jedoch daran gebunden zu sein. Diese Erklärung blieb von den Parteien unbestritten. 25



## **II. Antrag auf Vorlegung von Dokumenten nach Art. 3 IBA Rules**

Die Verpflichtung der Beklagten zur Vorlage von Dokumenten basiert zunächst auf dem, in der Ergänzung der Einleitungsanzeige gestellten Antrag, auf den Art. 3.3 IBA Rules anwendbar ist. 26

### **a) Genügende Umschreibung der vorzulegenden Dokumente nach Art. 3.3 (a) IBA Rules**

#### **aa) Hinsichtlich des Vertrags**

Der Antrag der Klägerin in der Ergänzung der Einleitungsanzeige bezeichnet «den zwischen der Beklagten und einem Schrotthändler geschlossene Vertrag über die Lieferung von Schrottglass, welchen Herr Fuchs gemäss den Notizen zum 2. Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 erwähnt hat» (Ergänzung der Einleitungsanzeige, Rechtsbegehren 5, Ziff. 2). 27

Es kommt bloss jener Vertrag in Betracht, welcher mit demjenigen Unternehmen geschlossen wurde, das den für die Inbetriebnahme verwendeten Glasschrott geliefert hat. Der Wortlaut sowie das darin erwähnte Dokument (s. Beilage B-1) ermöglichen ohne weiteres die Abgrenzung von anderen, allfällig ähnlichen Verträgen und dadurch auch die Identifizierung des Vertrags. Damit genügt die Umschreibung den Anforderungen von Art. 3.3 (a) (i) IBA Rules. 28

#### **bb) Hinsichtlich der Korrespondenz**

Im vorliegenden Fall verlangt die Klägerin die Vorlage «jede[r] E-Mail-Korrespondenz oder sonstigen Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler» (Ergänzung der Einleitungsanzeige, Rechtsbegehren 5, Ziff. 2). Nach Art. 3.3 (a) (ii) der IBA Rules ist dies möglich, da nicht bloss ein einzelnes Dokument, sondern auch eine Kategorie von Dokumenten verlangt werden kann. Auch Dokumente, die in elektronischer Form vorliegen, also z. B. E-Mails, können herausverlangt werden (s. VON SEGESSER, S. 745 f.). Der Antrag muss eine ausreichend detaillierte Beschreibung einer eng umschriebenen Kategorie, Angaben über den Inhalt und hinreichende Anhaltspunkte für deren Existenz beinhalten (Art. 3.3 (a) (ii) IBA Rules). 29

Im Rahmen eines Vertragsverhältnisses findet in aller Regel Schriftverkehr statt, der üblicherweise archiviert wird. Zusätzlich erwähnte ein Vertreter der Beklagten die Korrespondenz, womit hinreichende Anhaltspunkte für deren Existenz bestehen. Die obige Umschreibung der Kategorie ist weiter ausreichend detailliert, da die entsprechenden Schriftstücke im Archiv der Beklagten klar abgrenzbar und damit identifizierbar sind. Zuletzt ist aus den Um- 30

ständen und den eingereichten Dokumenten ersichtlich, dass die Beklagte den Antrag so eng als möglich – ohne ihn dadurch untauglich zu machen – formuliert hat.

Zusätzlich ist anzumerken, dass der Schutzzweck von Art. 3.3 (a) (ii) IBA Rules darin liegt, keine «fishing expeditions» amerikanischer Art zuzulassen (IBA WORKING PARTY, S. 9; RAESCHKE-KESSLER, S. 417; BERGER/KELLERHALS, N. 1216). Indem der Antrag der Klägerin soweit eingeschränkt ist, als es ihr Wissensstand zulässt, und so genau wie noch erfolgversprechend darauf zugeschnitten ist für den Fall relevante und für die Entscheidung wesentliche Informationen hervorzubringen (vgl. IBA WORKING PARTY, 9), bezweckt er gerade keine solche unzulässige «fishing expedition». Er steht im Einklang mit dem Schutzzweck der Norm und muss demnach zulässig sein. 31

### **b) Relevanz für den Fall und Wesentlichkeit für die Entscheidung nach Art. 3.3 (b) IBA Rules**

Zwischen der Klägerin und der Beklagten ist umstritten, ob die dem Glasbrechersystem während der Inbetriebnahme zugeführte Glaszusammensetzung der vertraglichen Vereinbarung (Annex III, Ziff. 6) entspricht. Gemäss Herr Fuchs sollte diese Information aus dem Vertrag mit dem Glassammlungsunternehmen ersichtlich sein (Beilage B-2). Auch wenn jedoch im Vertrag eine entsprechende Angabe zu finden ist, bringt dies noch keine endgültige Gewissheit über die schlussendlich verwendete Glaszusammensetzung, da diese nach Vertragsabschluss in gegenseitigem Einverständnis abgeändert worden sein könnte. Trifft dies zu, würde die neu vereinbarte und schlussendlich im Rahmen der Inbetriebnahme verwendete Glaszusammensetzung aus der Korrespondenz hervorgehen. 32

Von Relevanz für den Fall ist die im Vertrag festgehaltene bzw. in der Korrespondenz allenfalls neu vereinbarte Glaszusammensetzung insofern, als dass die von der Klägerin versprochene Leistung des Systems bloss in Übereinstimmung mit dem im Vertrag vereinbarten Werten (Annex III, Ziff. 6) erreicht werden kann. Die von den Parteien gestellten Rechtsbegehren hängen massgeblich davon ab, ob die vereinbarte Glaszusammensetzung verwendet wurde. Womit auch gesagt ist, dass sowohl der Vertrag als auch die Korrespondenz für die Entscheidung wesentlich sind. 33

### **c) Erklärung nach Art. 3.3 (c) IBA Rules**

Aus der Formulierung in Ziff. 5 der Ergänzung der Einleitungsanzeige geht klar hervor, dass sich weder der Vertrag noch die Korrespondenz in der Verfügungsmacht der Klägerin befinden. Die Gründe, aus denen die Klägerin annimmt, dass sich die vorzulegenden Dokumente in der Verfügungsmacht der Beklagten befinden, werden in Ziff. 4 dargelegt. 34

### **III. Keine Ausschlussgründe nach Art. 3.3 und 9.2 IBA Rules**

Allfällige Einwendungen der Beklagten gegen den Antrag der Klägerin (s. Art. 3.4 IBA Rules) müssten sich auf Art. 3.3 oder Art. 9.2 IBA Rules stützen (VON SEGESSER, S. 744; POUURET/BESSON, N. 653). Anhand dieser könnte das Schiedsgericht, auf Antrag der Beklagten oder von sich aus, die Beweisabnahme eines Dokuments einschränken oder ein Beweis ganz ausschliessen (MÜLLER, S. 67). Wie erläutert, entspricht der Antrag allen Voraussetzungen von Art. 3.3 IBA Rules, womit die entsprechenden Einwendungen ausgeschlossen sind. Dazu gehört auch Art. 9.2 (a) IBA Rules, da er inhaltlich mit Art. 3.3 (b) IBA Rules übereinstimmt. Ausserdem ist weder einer der sonstigen Ausschlussgründe nach Art. 9.2 IBA Rules einschlägig, noch einer der Gesichtspunkte nach Art. 9.3 IBA Rules zu berücksichtigen.

#### **a) Insbesondere keine wirtschaftlich oder technisch begründete Verschwiegenheitspflichten nach Art. 9.2 (e) IBA Rules**

Für das Verhältnis zwischen den Parteien ist allen voran Art. 9.2 (e) IBA Rules einschlägig. Dieser nennt wirtschaftlich oder technisch begründete Verschwiegenheitspflichten, welche das Schiedsgericht für zwingend erachtet, als Ausschlussgrund. Gemeint sind damit einerseits gesetzliche Geheimhaltungsvorschriften, wie z. B. das Anwalts- oder Arztgeheimnis, andererseits ethische Regeln, welche das Schiedsgericht im Einzelfall für anwendbar erklärt (MÜLLER, S. 68). Erstere sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Durch die Anwendung ethischer Regeln sollen im Einzelfall berechnete Geschäftsgeheimnisse geschützt werden (s. RAESCHKE-KESSLER, S. 429).

Im Hinblick auf solche Geschäftsgeheimnisse ist an die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens zu denken. Die Parteien haben in der Schiedsvereinbarung die Anwendung der Swiss Rules vereinbart. Dies schliesst Art. 43 mit ein, welcher den Grundsatz der Vertraulichkeit für das gesamte Schiedsverfahren statuiert (Zuberbühler/Müller/Habegger-LA SPADA, Art. 43 N. 3). Die Parteien haben sich demnach durch Verweis auf die Swiss Rules gegenseitig verpflichtet, Vertraulichkeit zu wahren. Dies gilt insbesondere auch für die von der Gegenpartei vorgelegten Dokumente (Zuberbühler/Müller/Habegger-LA SPADA, Art. 43 N. 7; BERGER/KELLERHALS, N. 1121; s. auch betreffend Art. 3.13 IBA Rules VON SEGESSER, S. 745). Die Klägerin unterliegt folglich hinsichtlich solcher Geschäftsgeheimnisse einer Geheimhaltungspflicht. Von der Einhaltung dieser Pflicht durch die Klägerin ist auszugehen, da deren Verletzung einen Schadenersatzanspruch entstehen liesse.

Es ist nicht ersichtlich, wie die allenfalls aus dem Vertrag oder der Korrespondenz zu erhaltenden Geschäftsgeheimnisse (wie z. B. Preise des Glasschrotts, verarbeitungstechnische Details oder Informationen über Logistik- und Absatzstrategien) für die Klägerin in einem öko-

nomisch verwertbaren Vorteil resultieren könnten. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin und die Beklagte weder in der gleichen Branche noch im gleichen Land tätig sind. Eine Gefährdung berechtigter Geschäftsgeheimnisse der Beklagten durch die Vorlage der Dokumente im Rahmen des vertraulichen Schiedsverfahrens ist also ausgeschlossen. Ein Verzicht auf Vorlage der Dokumente wäre demnach nicht gerechtfertigt.

#### **b) Massnahmen zum Schutze allfällig berechtigter Geschäftsgeheimnisse**

Erhebt die Beklagte eine Einwendung und käme das Schiedsgericht entgegen den obigen Ausführungen zum Schluss, dass berechnigte Geschäftsgeheimnisse der Beklagten gefährdet sind, könnte es Massnahmen anordnen, die den Schutz des Geschäftsgeheimnisses sicherstellen (Art. 9.4 IBA Rules; RAESCHKE-KESSLER, S. 429 f.). 39

Eine solche könnte z. B. darin bestehen, dass die Beklagte die Stellen redigiert, welche weder relevant für den Fall noch wesentlich für die Entscheidung sind und berechnigte Geschäftsgeheimnisse betreffen (POUDRET/BESSON, N. 654) oder ein zur Verschwiegenheit verpflichteter unabhängiger Experte die Dokumente untersucht und seine Ergebnisse unter Respektierung der Geschäftsgeheimnisse dem Schiedsgericht präsentiert (RAESCHKE-KESSLER, S. 430; vgl. auch Art. 3.8 IBA Rules). 40

### **IV. Fazit**

Es wurde dargelegt, dass der Antrag auf Vorlegung von Dokumenten sowohl hinsichtlich des Vertrags als auch hinsichtlich der Korrespondenz die Voraussetzungen des Art. 3 IBA Rules erfüllt. Da weiter auch keine Ausschlussgründe nach Art. 9 IBA Rules vorliegen und andernfalls eine vom Schiedsgericht anzuordnende Massnahmen genügt, um im vorliegenden Fall die Geschäftsgeheimnisse der Beklagten vollumfänglich zu schützen, ist diese sowohl zur Vorlage des Vertrags, als auch zur Vorlage der vollständigen Korrespondenz (inkl. E-Mails) zwischen ihr und dem besagten Schrotthändler zu verpflichten. 41

## **D Anspruch der Klägerin auf Leistung von CHF 3'500'000**

### **I. Vertragsgemässe Erfüllung**

Damit die Klägerin den Werklohn geltend machen kann, muss das Glasbrechersystem einerseits vollendet und andererseits erfolgreich abgeliefert worden sein. 42

#### **a) Vollendung**

Gemäss Rechtsprechung gilt ein Werk als vollendet, wenn alle im Vertrag vorgesehenen Arbeiten ausgeführt worden sind und bei Werklieferungsverträgen eine Eigentumsübertragung 43

stattgefunden hat (BGE 94 II 163, E. 2). Ob das Werk mit Mängeln behaftet ist, spielt bei der Vollendung keine Rolle (GAUCH, N. 102). Da es sich vorliegend um einen Werklieferungsvertrag (Art. 365 OR) handelt, findet eine Eigentumsübertragung statt, da der Stoff, mit welchem die Glasmachine angefertigt wurde, aus dem Eigentum der Klägerin stammt (GAUCH, N. 88) und an die Beklagte übergeben wurde.

Am 9. Juni 2010 fand nach beendigem Aufbau und Installation des Glasbrechersystems die Inbetriebnahme statt. Indem gemäss den Protokollen die Installation planmässig verlief und das Glasbrechersystem gut funktionierte, kann von einer Vollendung des Werks gesprochen werden. Wie vereinbart wurde das Werk in der vorhandenen Anlage vertragsgemäss montiert. Somit fand eine erfolgreiche Übergabe des Eigentums am Werk statt und die Vollendung des Glasbrechersystems ist erfolgt. 44

## **b) Ablieferung**

Die Ablieferung gemäss Art. 367 Abs. 1, Art. 370 Abs. 1 und Art. 372 Abs. 1 OR beschreibt die Übergabe eines vollendeten Werks. Mit der Ablieferung soll die Vertragserfüllung erzielt werden (GAUCH, N. 87) und gleichzeitig entsteht der Anspruch auf den Werklohn. 45

In casu sollte die endgültige Ablieferung des Werks vollzogen werden, wenn der Abnahme-Testlauf gemäss Annex III zu positiven Ergebnissen geführt hätte, was in Art. 8.3 des vereinbarten Vertrags festgehalten wurde. Gemäss Sachverhalt funktionierte das Glasbrechersystem gut, bis die Maschine im Verlauf des ersten Leistungstests vom 9. Juni 2010 mit grossen Glasstücken blockiert und damit beschädigt wurde, sodass die Maschine vorübergehend ausser Betrieb gesetzt werden musste (s. Beilage K-2). Gemäss Vertragsvereinbarung ist die Beklagte für die Bereitstellung einer vertragsgemässen Glasmischung bezüglich Grösse und Material verantwortlich (Art. 8.2, Annex III, Ziff. 6.1) und offensichtlich entsprach diese Glasmischung nicht den vereinbarten Voraussetzungen. 46

Beim zweiten Inbetriebnahmeversuch (s. Beilage B-1) fielen die Leistungstests negativ aus, da die Bedienung durch die Beklagten nicht sachgerecht war. Dies zeigte sich daran, dass in den vier Stunden als Herrn Kummer anwesend war, die Glasmachine Leistungen von bis zu 5,1 Tonnen pro Stunden erzielte. Während der restlichen Inbetriebnahme der Anlage konnte aufgrund möglicher Bedienfehler der Beklagten nur noch eine Leistung von ca. 2,88 Tonnen pro Stunde erreicht werden, was nur noch 56 % der Leistung bei Anwesenheit von Herrn Krummer entspricht. Die Anlage musste zudem während der Abwesenheit von Herrn Kummer mehrmals ein- und wieder ausgeschaltet werden. Zusätzlich konnte man auf der Beklagtenseite nicht nachweisen, dass bei diesem zweiten Leistungstest die richtige Glasmischung 47

verwendet worden war, da das Glas bereits verarbeitet war. Folglich sind die Leistungstests nicht korrekt durchgeführt worden. Der Beklagten wurde das Recht auf eine zweite Wiederholung des Leistungstests eingeräumt, falls die ersten zwei Leistungstests nicht auf Anhieb zu einem positiven Ergebnis führen würden. Aus Annex III (5.2.1) geht sinngemäss hervor, dass die Beklagte die Wiederholung des dritten Leistungstests hätte verlangen müssen, denn eine Pflicht der Klägerin, den Leistungstest anzubieten, wurde im Vertrag nicht festgehalten. In Anbetracht von Art. 8.3 erscheint dies auch sinnvoll, da es im Interesse der Beklagten liegt, die Möglichkeit der Wiederholung des Leistungstests zu nutzen, damit die Inbetriebnahmezeit nicht unbenutzt verstreicht und damit die Ablieferung fingiert wird.

Zusätzlich wird in Art. 2.2 des Vertrags festgehalten, dass sich beide Vertragsparteien bemühen müssen, die erfolgreiche und termingerechte Fertigstellung der Anlage zu erreichen. Mit der Verlängerung des Inbetriebnahmezeitraums bis Ende November bemühte man sich auf Seiten der Klägerin, der Beklagten entgegenzukommen, doch auch diese Frist verstrich ungenutzt. Nach Ablauf der verlängerten Frist erübrigte sich eine weitere Verlängerung, da von Bemühen auf Seiten der Beklagten zu dieser Zeit bereits keine Rede mehr sein konnte, nachdem sie sich in den Telefonaten im Dezember und Januar nicht mehr kooperativ bezüglich einer erfolgreichen Vertragsabwicklung zeigten. Der dritte Leistungstest hätte mit korrekter Bedienung und der vorgesehenen Glasmischung durchaus zu einem positiven Ausgang des Leistungstests führen können. 48

Die Leistungstests konnten im verlängerten Inbetriebnahmezeitraum nicht erfolgreich abgeschlossen werden, da einerseits die falsche Glasmischung verwendet wurde und andererseits die Bedienung des Glasbrechersystems durch die Vertreter der Beklagten nicht sachgerecht war. Ein dritter Leistungstest wurde von der Beklagten nicht verlangt. Im verlängerten Inbetriebnahmezeitraum konnten somit die Leistungstests aus Gründen, welche die Klägerin nicht zu verantworten hatte, nicht zu einem erfolgreichen Ergebnis führen. Der in Art. 8.3 geregelte Fall ist folglich eingetreten und die Ablieferung erfolgt. Daher wird die Ablieferung fingiert, da die Inbetriebnahmezeit von 8 Monaten bzw. die verlängerte Frist von 13 Monate verstrichen ist. 49

### c) **Fazit**

Es wurde aufgezeigt, dass der Vertrag auf Seiten der Klägerin durch die erfolgte Vollendung und Ablieferung des Glasbrechersystems vertragsgemäss erfüllt worden ist. Folglich hat die Klägerin Anspruch auf den Werklohn aus dem vereinbarten Vertrag. 50

## **II. Einforderung des positiven Interesses in der Höhe von CHF 3'500'000**

Erste Voraussetzung für die Anwendung der Verzugsregeln von Art. 107 bis 109 OR ist die Fälligkeit des Werklohns. Dazu ist die Ablieferung des vollendeten, dem Vertrag in allen Teilen entsprechenden Werks erforderlich, welche in casu erfolgt ist (s. Rz. 45 ff.). 51

Vorliegend wurde eine Ratenzahlung vereinbart (Art. 4.2.2). Durch die Ratenzahlungen wird die Leistung der Beklagten in zeitlich getrennte Teilleistungen etappiert. Man spricht dabei von einem Sukzessivlieferungsvertrag (HUGUENIN, N. 87). Sofern sich der Schuldner im Verzug befindet, lassen sich die Verzugsregeln von Art. 107–109 OR grundsätzlich nur auf die jeweils fällige Rate anwenden. Gemäss Rechtsprechung können die Verzugsregeln auf den ganzen Vertrag angewendet werden, sofern die künftige Vertragserfüllung als gefährdet oder sogar ausgeschlossen erscheint (CHK-FURRER/WEY, N. 60; BGE 119 II 139, E. 3). 52

In casu bringt die Beklagte mit der eingereichten Beendigung des Vertrags (s. Beilage B-2) zum Ausdruck, dass sie an einer künftigen Vertragserfüllung nicht mehr interessiert ist. Zusätzlich brachten die Vertreter der Beklagten in den Gesprächen im Dezember und Januar zum Ausdruck, dass sie eine Alternative zum Glasbrechersystem bevorzugen würden und dass sie somit die Auflösung des Vertrags anstrebte. Das Verhalten der Beklagten lässt eine erfolgreiche Vertragserfüllung als ausgeschlossen erscheinen. Die Klägerin ist folglich dazu berechtigt die Verzugsregeln von Art. 107–109 OR auf den gesamten Werklohn anzuwenden. 53

### **a) Verzug betreffend der Ratenzahlungen**

Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR wird eine fällige Verbindlichkeit durch Mahnung in Verzug gesetzt. Nach h. M. gilt der Vermerk auf der Rechnung «Zahlbar 30 Tage netto» als Mahnung (SCHWENZER, Rz. 65.09). In casu bezahlte die Beklagte zwei Anzahlungen von je CHF 200'000 vertragsgemäss. Die Rate von CHF 100'000, welche am 16. Juni 2010 in Rechnung gestellt worden war, wurde ebenfalls vertragsgemäss beglichen. Die darauffolgenden Rechnungen blieben vertragswidrig unbezahlt. Somit sind die unbezahlten Raten durch den Vermerk auf der Rechnung in Verzug gesetzt worden. 54

### **b) Nachfristansetzung obsolet**

Eine Nachfristansetzung i. S. v. Art. 108 OR erübrigt sich dann, wenn durch das Verhalten des Schuldners Zweifel aufkommen, ob er die verfallenen Raten sowie die künftigen Raten vertragsgemäss erfüllen wird. In casu liegt eine solche antizipierte Leistungsverweigerung dadurch vor, dass die Beklagte den Vertrag beenden will (vgl. Beilage B-2) und in den Gesprächen zum Ausdruck brachte, die Raten nicht mehr bezahlen zu wollen. 55

**c) Klage auf Erfüllung und Ersatz des entstandenen Verzugschadens**

Da vorliegend die Leistungen in einem Austauschverhältnis zueinander stehen und es sich somit um einen zweiseitigen Vertrag handelt, darf die Klägerin die Wahlrechte i. S. v. Art. 107–109 OR auf den gesamten Restbetrag anwenden. In der Einleitungsanzeige vom 11. März 2011 machte die Klägerin in Ziff. 15 geltend, dass sie auf die Ratenzahlung verzichtet und den Schadenersatz aus Nichterfüllung gemäss Art. 102 Abs. 2 OR fordert. Da die Wahlrechte gemäss Rechtsprechung auf den Gesamtbetrag angewendet werden können, kann die Klägerin die restlichen CHF 3'500'000 als positives Interesse einfordern. 56

Gemäss Vertragsvereinbarung einigte man sich auf Verzugszinsen von 12 %. Die Beklagte schuldet der Klägerin den ausstehenden Betrag von CHF 3'500'000 zuzüglich 12 % Verzugszinsen ab Geltendmachung des Wahlrechts in der Einleitungsanzeige vom 11. März 2011. Zudem 12 % Verzugszinsen auf die Raten, welche bis zur Geltendmachung des Wahlrechts in der Einleitungsanzeige in Verzug geraten sind. 57

**d) Fazit**

Es wurde aufgezeigt, dass die Verzugsregeln auf den Gesamtbetrag angewendet werden können. Da die Klägerin vertragsgemäss erfüllt hat, ist das positive Interesse geschuldet und folglich kann die Klägerin ihren Anspruch auf den gesamten noch ausstehenden Betrag von CHF 3'500'000 zuzüglich der oben erwähnten Verzugszinsen geltend machen. Sollte das Schiedsgericht zur Ansicht gelangen, dass die Ausübung des Wahlrechts nicht gerechtfertigt ist, soll die Beklagte verpflichtet werden, die Raten gemäss ihrer Fälligkeit zu begleichen. 58

**E Kein Anspruch der Beklagten auf Ratenrückzahlung**

Die Beklagte beruft sich in ihrer Einleitungsantwort vom 17. Mai 2011 darauf, dass sie einen Anspruch auf Rückzahlung der bereits geleisteten Raten habe. Dazu müsste ihr ein Rücktritts- bzw. ein Wandlungsrecht zustehen. 59

**I. Kein Rücktrittsrecht**

**a) Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Herstellungsverzug nach Art. 366 Abs. 1 OR**

Die Beklagte macht in ihrer Einleitungsantwort vom 17. Mai 2011 unter Ziff. 15 geltend, sie sei gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen, weil die Klägerin mit der Ablieferung des Glasbrechersystems hinter dem vereinbarten Terminplan gelegen sei. Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 366 Abs. 1 OR nicht den Ablieferungs-, sondern den Herstellungsverzug regelt (BGE 116 II 452, E. 2a aa; KOLLER, Art. 366 N. 59 ff.). 60



Ein Rücktrittsrecht der Beklagten nach Art. 366 Abs. 1 OR ist schon deshalb ausgeschlossen, weil dieser voraussetzt, dass das Werk noch nicht abgeliefert wurde (vgl. Art. 366 Abs. 1 OR: «ohne den Lieferungstermin abzuwarten»), die Ablieferung aber vorliegend schon stattgefunden hat (s. Rz. 49). Des Weiteren wären auch die übrigen Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR nicht erfüllt, da weder der Beginn der Werkarbeiten rechtzeitig erfolgte, noch die Ausführung des Werks in vertragswidriger Weise verzögert wurde. Auch war die Klägerin nicht so sehr im Rückstand, dass die rechtzeitige Vollendung des Werks nicht mehr vorauszu- sehen gewesen wäre. Im von beiden Parteien unterzeichneten 1. Inbetriebnahmeprotokoll vom 9. Juni 2010 wurde schriftlich festgehalten, dass der Aufbau der Anlage nach Plan erfolgt ist. 61

**b) Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Ablieferungsverzug nach Art. 102 OR**

Beim Verzug mit der Ablieferung des geschuldeten Werks bestimmt sich die Rechtslage nach Art. 102 ff. OR und nicht nach Art. 366 Abs. 1 OR (BGE 116 II 452, E. 2a aa; BÜHLER Art. 366 N. 9). Voraussetzung für einen Rücktritt nach Art. 102 ff. OR ist zunächst, dass der Unternehmer trotz Eintritts des Ablieferungstermins das geschuldete Werk noch nicht vollendet oder das vollendete Werk pflichtwidrig noch nicht abgeliefert hat (GAUCH, N. 659). Die termingerechte Vollendung des Werks wurde von den Parteien im 1. Inbetriebnahmeprotokoll schriftlich festgehalten. Auch wurde das Werk bereits abgeliefert (s. Rz. 49). 62

Selbst wenn man das Glasbrechersystem als noch nicht abgeliefert betrachten würde, wären die Voraussetzungen des Verzugs nach Art. 102 OR und der Nachfristansetzung nach Art. 107 OR nicht erfüllt. Voraussetzung für den Verzug ist zunächst Fälligkeit. Die Parteien haben in Annex II vereinbart, dass die Ablieferung bis spätestens 8 Monate nach Vertragsunterzeichnung zu erfolgen hat. Aufgrund des von der Beklagten zu vertretenden gescheiterten Leistungstests vom 9. Juni 2010 wurde die Ablieferung durch das von beiden Parteien unterzeichnete 1. Inbetriebnahmeprotokoll auf Ende November 2010 verschoben. Diesbezüglich handelt es sich weder um ein Verfalltagsgeschäft, noch um ein relatives Fixgeschäft, sodass Verzug der Klägerin erst durch Mahnung hätte eintreten können. Das 2. Inbetriebnahmeprotokoll vom 29. Oktober 2010 kann nicht als Mahnung i. S. v. Art. 102 OR aufgefasst werden. Aus diesem geht nämlich nur hervor, dass die Beklagte einen Nachweis über die beim 2. Inbetriebnahmeversuch verwendete Glaszusammensetzung zu erbringen hatte. Eine Aufforderung, unverzüglich zu leisten, kann darin nicht erblickt werden. 63

Auch wäre eine Nachfristansetzung nach Art. 107 OR nötig gewesen. Ein Verzicht auf die Nachfristansetzung wäre wegen fehlender Voraussetzungen von Art. 108 OR nicht möglich gewesen. 64

**c) Kein Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 2 OR**

Die Beklagte macht in Ziff. 14 ihrer Einleitungsantwort vom 17. Mai 2011 weiter sinngemäss geltend, sie sei nach Art. 336 Abs. 2 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 2 resp. Art. 368 Abs. 1 OR zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen, weil eine mangelhafte Ausführung des Werks bereits vor der Ablieferung vorauszusehen gewesen sei. 65

Im Falle von Art. 366 Abs. 2 OR steht dem Besteller entgegen der Auffassung der Beklagten kein Rücktrittsrecht analog zu Art. 366 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 1 OR zu. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 366 OR, der den zwei verschiedenen Tatbeständen von Abs. 1 und Abs. 2 verschiedene Rechtsfolgen zuweist. Dafür, dass der Gesetzgeber die beiden Tatbestände gleich behandeln wollte, obwohl er es in Art. 366 OR nicht getan hat, gibt es entgegen anderer Auffassung keine Anhaltspunkte, auch nicht in den Materialien (GAUCH, N. 849c). Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss käme, dass Art. 366 Abs. 1 OR ein Rücktrittsrecht beinhalte, würde dieses voraussetzen, dass sich während der Ausführung des Werks eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werks bestimmt voraussehen liesse. Der Wortlaut «während der Ausführung des Werks» bedingt, dass das Werk noch nicht vollendet wurde (GAUCH, N. 874). Sowohl an dieser Voraussetzung als auch an der Voraussetzung, dass vor Vollendung eine mangelhafte Erstellung bestimmt voraussehbar gewesen wäre, mangelt es. Die vertragsgemässe Ausführung des Werks wurde im 1. Inbetriebnahmeprotokoll explizit anerkannt. Überdies wurde die von der Klägerin für die erste monatliche Rate in Rechnung gestellte Betrag über CHF 100'000 am 8. Oktober 2010 von der Beklagten nach dem 1. Inbetriebnahmeversuch vorbehaltlos beglichen, sodass es widersprüchlich erscheint, dass die Beklagte sich darauf beruft, dass eine mangelhafte Erstellung des Werks bestimmt vorauszusehen gewesen sei. Darüber hinaus würde es auch am vorausgesetzten Verschulden der Klägerin fehlen. 66

**d) Kein Beendigungsrecht nach Art. 18.1 des Vertrags**

Der Beklagten stand auch gestützt auf Art. 18.1 des Vertrags kein Recht zu, sich vom Vertrag zu lösen. Denn Art. 18.1 des Vertrags ist als einschränkende Konkretisierung des dispositiven jederzeitigen Rücktrittsrechts nach Art. 377 OR (vgl. GAUCH, N. 582; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 377 N. 20) zu verstehen. Dem Sinn und Zweck von Art. 18.1 des Vertrags entsprechend, kann dieser wie auch Art. 377 OR (vgl. BGer 4C.387/2001, E. 6.2) nur zum Zuge kommen, solange das Werk noch unvollendet ist. Des Weiteren würde es auch an einer nach Art. 18.1 des Vertrags vorausgesetzten wesentlichen Vertragsverletzung fehlen. Auch hätte die Beklagte nach Art. 18.7 des Vertrags noch vor einer Beendigung des Vertrags nach Art. 18.1 des Vertrags zusammen mit der Klägerin eine Entschädigung vereinbaren müssen. 67

**e) Fazit**

Da die Vollendung des Werks, sowie auch die Ablieferung bereits stattgefunden hat, steht der Beklagten kein Rücktrittsrecht zu; weder nach Art. 366 Abs. 1 OR, noch nach Art. 366 Abs. 2 OR. Überdies wären auch die jeweiligen weiteren Voraussetzungen nicht erfüllt gewesen. Auch stand der Beklagten, aufgrund der bereits erfolgten Vollendung, kein Beendigungsrecht nach Art. 18.1 des Vertrags zu. Die Beklagte hätte nach Art. 18.7 des Vertrags ohnehin vor einer Beendigung des Vertrags zusammen mit der Klägerin eine Entschädigung vereinbaren müssen.

68

**II. Kein Recht auf Wandlung**

Das Recht auf Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR steht dem Besteller eines Werks nur zu, wenn ein erheblicher Mangel vorliegt. Ein erheblicher Mangel liegt vor, wenn das Werk vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte oder voraussetzbare Eigenschaft fehlt (BGE 114 II 244, E. 5a aa).

69

**a) Fehlen eines erheblichen Mangels**

Gemäss Annex III hat das Glasbrechersystem eine Verarbeitungsleistung von 5,0 Tonnen zu erbringen. Gemäss dem 1. Inbetriebnahmeprotokoll vom 9. Juni 2010 funktionierte die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems gut. Die geforderten Leistungsgarantien konnten bloss deshalb nicht erreicht werden, weil das von der Beklagten für den Leistungstest zur Verfügung gestellte Glas nicht den Vorgaben von Ziff. 6.1 von Annex III entsprach. Im Rahmen des 2. Inbetriebnahmeversuchs war die Leistung bei Abwesenheit von Herrn Kummer signifikant tiefer (s. Rz. 47). Dies spricht stark dafür, dass während der Abwesenheit von Herrn Kummer Bedienfehler von Seiten der Beklagten gemacht wurden. Vermutlich entsprach auch die Zusammensetzung des Glases, das für den Leistungstest verwendet wurde, nachdem Kummer die Anlage verliess, nicht mehr den vertraglichen Anforderungen. Bei vertragsgemässer Glaszusammensetzung und richtiger Bedienung ist das Glasbrechersystem geeignet die vereinbarten Leistungsgarantien zu erbringen. So hat das Glasbrechersystem beim 2. Inbetriebnahmeversuch während der Anwesenheit von Herrn Kummer die vereinbarten Leistungsgarantien sogar übertroffen. Das Erreichen der Leistungsgarantien hängt insbesondere auch von der verwendeten Glaszusammensetzung und von der korrekten Bedienung ab. Diesem Umstand Rechnung tragend, hat die Klägerin das Erreichen der Leistungsgarantien nach Annex III gemäss Art. 9.2 des Vertrags nur insofern zugesichert, als dass die Anlage im Sinne der von der Klägerin spezifizierten Verfahren, Methoden, Prozesse und Testbedingungen geprüft und betrieben wird. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Klägerin mit einer Abweichung von den Glasmassen hätte rechnen müssen bzw. dass das Glasbrecher-

70

system auch bei Abweichung von den vereinbarten Massen die Leistungsgarantien hätte erreichen müssen. Denn gerade weil auch der Klägerin bewusst war, dass Abweichungen auftreten können, haben die Parteien die Masse des zu verwendenden Glases in Ziff. 6.1 von Annex III als Maximalmasse festgesetzt.

Überdies müsste ohnehin die Beklagte nach Art. 8 ZGB einen allfälligen Mangel beweisen, da sie aus der angeblichen Mangelhaftigkeit des Werks das Recht auf Wandlung ableitet. Dieser wird der Beklagten jedoch aufgrund der fehlerhaft durchgeführten Leistungstests nicht gelingen. 71

Abgesehen von den zugesicherten Leistungsgarantien liegt auch sonst keine Untauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch vor. Das Glasbrechersystem erfüllt insbesondere alle Merkmale nach Ziff. 1.1 von Annex I. So wird bei der Benutzung des Glasbrechersystems zu keinem Zeitpunkt ein manueller Eingriff benötigt. Auch trennt das Glasbrechersystem das Glas selbständig von Eisenmetall und Plastik. 72

#### **b) Genehmigung des Werks**

Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss gelangen würde, dass das Werk i. S. v. Art. 368 Abs. 1 OR mangelhaft ist, würde dies nur zum Recht auf Wandlung führen, wenn die Mängel nicht nach Art. 370 OR genehmigt wurden. Die Genehmigung des Werks ist an keine Form gebunden und kann demzufolge ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (GAUCH, N. 2082). So kann, wenn der Besteller eine Rechnung des Unternehmers nach Ablieferung des Werkes vorbehaltlos bezahlt, eine konkludente Genehmigung des Werkes bezüglich vorhandener Mängel vorliegen, die der Besteller im Zeitpunkt der Anerkennung gekannt hat (Baurecht [Mitteilung zum privaten und öffentlichen Baurecht, Schweiz] 1980, S. 29, Nr. 15). Die Beklagte hat die erste Abschlagszahlung anfangs November 2010, d. h. nach dem 1. Inbetriebnahmeversuch vorbehaltlos bezahlt. Falls sich die Beklagte auf einen Mangel berufen will, hätte sie nach Treu und Glauben einen Vorbehalt anbringen müssen. Dies insbesondere, weil sie das Nichterreichen der Leistungsgarantien selbst verschuldet hat. So aber durfte und musste die Klägerin nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass die Beklagte das Werk durch die vorbehaltlose Zahlung als vertragsgemäss erfüllt betrachtet hat. Insbesondere erscheint es widersprüchlich, dass die Beklagte sich in Ziff. 14 ihrer Einleitungsantwort vom 17. Mai 2011 darauf berief, ein Mangel des Werks sei schon bei der Herstellung des Werks vorauszusehen gewesen, nach Vollendung des Werks die 1. Abschlagszahlung aber vorbehaltlos bezahlt hat. 73

**c) Erstellung des Werks auf Grund und Boden des Bestellers**

Selbst wenn man von einem nicht genehmigten Mangel ausgehen würde, steht dem Besteller bei Werken, die auf seinem Grund und Boden erstellt wurden und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, die Wandlung nach Art. 368 Abs. 3 OR nicht zu. Ob die Entfernung des Werks unverhältnismässige Nachteile mit sich bringt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls und insbesondere nach der Wertverminderung, die es im Falle einer Trennung erlitte (BGE 98 II 123, E. 3b) Die Klägerin hat das Glasbrechersystem auf die speziellen Bedürfnisse bzw. das spezielle Umfeld der Brunner Recycling AG angepasst. Es ist unwahrscheinlich, dass die Klägerin die speziell angefertigten Einzelteile weiter verwenden können wird. Daher würde die Entfernung des Werks für die Klägerin unverhältnismässige Nachteile mit sich bringen. 74

Von einer absoluten Untauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch, welche die Unverhältnismässigkeit der Nachteile nach h. L. entfallen lassen würde (GAUCH, N. 1575; BGE 98 II 123, E. 3b) und die Beklagte zur Wandlung berechtigen würde, kann hier nicht gesprochen werden. 75

**d) Fazit**

Auch wenn das Schiedsgericht zum Schluss gelangen würde, dass die Ablieferung des Glasbrechersystems noch nicht stattgefunden hat, würde der Beklagten auch gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR kein Recht zustehen, sich vom Vertrag zu lösen. Zunächst fehlt es an einem erheblichen Mangel des Werks. Die durchgeführten Leistungstests belegen, dass das Glasbrechersystem die vertraglich vereinbarten Eigenschaften erfüllt. Selbst wenn man von einem Mangel ausginge, wäre dieser durch die vorbehaltlose Zahlung der 1. Rate genehmigt worden. Darüber hinaus würde der Beklagten auch bei einem nicht genehmigten Mangel nach Art. 368 Abs. 3 OR kein Wandlungsrecht zustehen, da das Werk auf Grund und Boden der Beklagten errichtet wurde und keine absolute Untauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch vorliegt. 76

**III. Haftungsbeschränkung**

**a) Wegbedingung der Gewährleistungsrechte durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe**

Die Regelungen der werkvertraglichen Mängelhaftung in Art. 368 OR sind dispositiver Natur (BGE 118 II 144, E. 1a). Die Parteien können also vertraglich davon abweichen. Dies haben die Parteien bezüglich der Leistungsgarantien denn auch in Art. 9.2 des Vertrags getan. Danach ist die Haftung der Klägerin bei Nichterreichung der Leistungsgarantien auf Zahlung einer Konventionalstrafe beschränkt. Die Haftung der Klägerin ist nach Art. 9.2 des Vertrags ausgeschlossen, wenn die Leistungsgarantien aufgrund von Sachverhalten, die der Klägerin 77

nicht zugerechnet werden können, nicht erreicht werden konnten. Sowohl beim 1. als auch beim 2. Inbetriebnahmeversuch konnten die geforderten Leistungsgarantien nur aufgrund des Verschuldens der Beklagten nicht erreicht werden (s. Rz. 46 f.). Somit wäre die Klägerin, selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss käme, dass ein Mangel i. S. v. Art. 368 Abs. 1 OR vorliegt, nicht zur Leistung der Konventionalstrafe verpflichtet.

**b) Vertragslücke bezüglich der Höhe der Konventionalstrafe**

Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss gelangen würde, dass das Nichterreichen der Garantiewerte der Klägerin zuzurechnen sei, wäre ihre Haftung nach Art. 9.2 des Vertrags auf Bezahlung einer Konventionalstrafe beschränkt. Diesbezüglich haben die Parteien in Art. 9.2 des Vertrags vereinbart, dass die Höhe der Konventionalstrafe im Falle der Nichterreichung der Garantiewerte für bestimmte Werte in Annex III festgesetzt werden sollte, was die Parteien aber versäumten. Diesbezüglich besteht eine Vertragslücke (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1248). Da dem Gesetz bezüglich der Bemessungsgrundlage für die Konventionalstrafe keine dispositiven Regelungen zu entnehmen sind, hat das Gericht den Vertrag diesbezüglich zu ergänzen (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1256). Insofern wäre, auch wenn man das Nichterreichen der Leistungsgarantien der Klägerin zurechnen würde, die Wandlung ausgeschlossen und die Gewährleistung auf Bezahlung der in der Höhe vom Schiedsgericht festzusetzenden Konventionalstrafe beschränkt.

78

**c) Fazit**

Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss käme, dass die Voraussetzungen der Wandlung erfüllt seien, würde der Beklagten dennoch kein Recht zustehen sich vom Vertrag zu lösen, da die Parteien in Art. 9.2 des Vertrags die Gewährleistungsrechte bezüglich der vereinbarten Leistungsgarantien zugunsten einer Konventionalstrafe ausgeschlossen haben. Da das Nichterreichen der Leistungsgarantien nicht der Klägerin zugerechnet werden kann, ist sie nicht zur Bezahlung der Konventionalstrafe verpflichtet.

79

Selbst wenn das Schiedsgericht das Nichterreichen der Leistungsgarantien der Klägerin zurechnen würde, wäre die Wandlung ausgeschlossen und die Haftung der Klägerin auf Bezahlung der in der Höhe vom Schiedsgericht festzusetzenden Konventionalstrafe beschränkt.

80