

Bietmann Industrieanlagen AG
Otto-von-Bismarck-Allee 4A
10557 Berlin
Deutschland

Vertreten durch
Moot Court Team 4
Isabel Geissberger
Sarah Leuzinger
David Lüthold
Sheila Perazic

Einschreiben
Zürcher Handelskammer
z.Hd. Frau Prof. Dr. Z
Bleicherweg 5
Postfach 3058
8022 Zürich

15. Dezember 2011

Klageschrift

Fall Nr. 875964-2011

In Sachen

Bietmann Industrieanlagen AG
Otto-von-Bismarck-Allee 4A
10557 Berlin
Deutschland

Klägerin

gegen

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34
6340 Baar
Schweiz

Beklagte

Sehr geehrte Frau Präsidentin, 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.-; und*
- *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Februar 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-.*

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 Beklagte sei zu verpflichten, dem Schiedsgericht und der Klägerin folgende Dokumente (definiert durch die IBA-Rules 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 gem. den Notizen zum zweiten Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 erwähnt hat;

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

4. Die Beklagte sei dazu zu verurteilen, dem Schiedsgericht innert einer von ihm zu bestimmenden Frist ihren Anteil am Kostenvorschuss gem. 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.

5. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin innert drei Tagen, nachdem die Klägerin den beklagten 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. Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011: Ergänzung der Einleitungsanzeige Seite 56 von 65.

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

7. Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.

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

Vorwort

Am 22. Oktober 2009 schlossen die Klägerin und die Beklagte einen Vertrag ab, welcher als Inhalt die Modernisierung der bestehende Glassbrecheranlage hatte. Es wurde ein Gesamtvertragspreis von CHF 4'000'000 vereinbart, welcher abzüglich zweier Anzahlungen von je CHF 200'000, in 36 Monatsraten zu bezahlen ist.

Die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems fand im Beisein der Parteien am 9. Juni 2010 in Baar statt. Bedauerlicherweise nicht reibungslos, da das von der Beklagten bereit gestellte Glas nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach. In der Folge konnte die Maschine die geforderten Leistungsgarantien nicht erbringen. Darauf hin weigerte sich die Beklagte, abgesehen von einer Rate, weitere Raten zu zahlen und versuchte den Vertrag aufzulösen.

Folgend wird auf die prozessrechtlichen Probleme eingegangen, welche sich vor allem um die Frage nach der Leistung des Kostenvorschusses und das Vorlegen von Dokumenten drehen.

Anhand der Schiedsvereinbarung wird aufgezeigt, dass die Beklagte ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkommt, in dem sie sich weigert ihren Teil der Kostenvorschüsse des Schiedsgerichts zu begleichen. Des Weiteren wird geklärt, unter welchen Umständen eine Partei zum Vorlegen von Dokumenten verpflichtet werden kann.

Im materiellen Teil, wird gestützt auf die vertraglichen Bestimmungen, geklärt ob der Anspruch auf Leistung des Kaufpreises besteht und dieser fällig ist. Ebenso wird dargelegt, dass die Beklagte nicht vom Verträge zurücktreten kann und weiter gebunden bleibt.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VI
Entscheidverzeichnis	X
I. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
A. Anwendbares Recht	1
B. Voraussetzungen für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung	1
II. Prozessualer Teil	2
A. Kostenvorschuss	2
1. Die Klägerin hat Anspruch auf Bezahlung des hälftigen Anteils an das Schiedsgericht	2
2. Anspruch auf Rückerstattung gem. Art. 97 Abs. 1 OR.....	5
B. Vorlegung von Dokumenten	7
1. Anspruch auf Vorlegung des Vertrags	7
a) Anwendbarkeit der International Bar Association Rules (IBA-Rules).....	7
b) Voraussetzungen für ein Vorlageverlangen	7
1) Frist	8
2) Inhaltliche Voraussetzungen	8
c) Fazit	10
2. Anspruch des Klägerin auf Vorlegung jeder Korrespondenz.....	10
a) Anwendbarkeit der IBA-Rules	10
b) Voraussetzungen	10
1) Frist	10
2) Inhaltliche Voraussetzungen	10
c) Fazit	11
III. Materieller Teil	12
A. Anspruch auf Leistung des Kaufpreises	12
1. Qualifikation.....	12
2. Fälligkeit.....	12
3. Ausschlussgründe	14
a) Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR	14

b) Rücktritt gemäss Art. 368 Abs. 1 OR	15
4. Fazit	18
B. Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der bezahlten Raten	19
1. Verzug der Klägerin gem. Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR.....	19
2. Rückforderung der bezahlten Raten nach Art. 368 Abs. 1 OR	20
3. Fazit	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
AT	Allgemeiner Teil des Obligationenrechts
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil des Obligationenrechts
Bull	Bulletin
B-X	Anhänge Einleitungsantwort
ch.	Chapter (engl.): Kapitel
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
engl.	Englisch
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, adopted by the IBA Council on 29 May 2010
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
i.d.R.	in der Regel
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
28 J. Int. Arb. 2	Journal of International Arbitration Volume 28 Number 2
JDI	Journal du Droit International
K-X	Anhänge Einleitungsanzeige

N	Randnote
Nr.	Nummer
N°	Number (engl.): Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
resp.	respektiv
Rz	Randziffer
SAA	Swiss Arbitration Academy
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce of July 2004
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Bundesgesetz vom 19. Dezember 2008 betreffend die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272)
zit.	zitiert
zzgl.	zuzüglich

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and domestic arbitration in Switzerland*, Second Edition, Bern 2010.

(zit.: in: Rz 3, 4, 8, 29, 34, 40)

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht*, 2. Auflage, Basel 2006.

(zit.: BSK IPRG–BEARBEITER in: Rz 6, 10, 16, 35, 37, 40)

BSK OR, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR)*, 5. Auflage, Basel 2011.

(zit.: BSK OR-BEARBEITER/IN in: Rz 25, 26, 27, 71, 72, 73, 74, 77)

BÜHLER THEODOR, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar)*, Bd. V/2d, *Der Werkvertrag*, Art. 363-379 OR, Zürich 1998.

(zit.: ZK OR-BÜHLER in: Rz 62, 67)

BÜHLER THEODOR, *Verträge der Maschinen- und Industrieanlagenindustrie nach Schweizerischem Recht*, Zürich/St. Gallen 2008.

(zit.: BÜHLER in: Rz 62)

CRAIG W. LAURENCE /PARK WILLIAM W. /PAULSSON JAN, *International Chamber of Commerce arbitration*, Third Edition, New York 2000.

(zit. in: Rz 6, 8, 11)

GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich 2011.

(zit. in: Rz 51, 52, 59, 60, 61, 62, 63, 69, 70, 77, 81)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II*, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.

(zit. in: Rz 23)

GUHL THEO, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000.

(zit. in: Rz 80)

HOFFET FRANZ, Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien, Diss., Zürich 1991.

(zit. in: Rz 15)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008.

(zit.: HUGUENIN, OR AT in: Rz 7, 23, 26, 63)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2008.

(zit.: HUGUENIN, OR BT in: Rz 50, 69, 73)

KOLLER ALFRED, Der Werkvertrag (Berner Kommentar), Band VI:Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 3. Teilband. 1. Unterteilband: Der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Bern 1998.

(zit.: BK OR-KOLLER in: Rz 59)

KREINDLER RICHARD/RIEDER MARKUS/WILKE RAINER, Die Überarbeitung der IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Client Publication Juli 2010, gefunden unter <<http://www.shearman.com/files/Publication/7f5b3dbf-8ec1-41e1-ba50-0179af121ec6/Presentation/PublicationAttachment/320c6468-d482-40bc-aa4e-0c42e36cfa88/CP%20Die%20%C3%9Cberarbeitung%20der%20IBA-Regeln%20zur%20Beweisaufnahme%20in%20der%20Internationalen%20Schiedge.pdf>>, besucht am 29.11.2011.

(zit.: KREINDLER/RIEDER/WILKE , <<http://www.shearman.com>> in: Rz 46)

MCILWRATH MICHAEL/SAVAGE JOHN, International Arbitration and Mediation, A Practical Guide, Alphen aan den Rijn 2010.

(zit. in: Rz 40, 44)

RAESCHKE-KESSLER HILMAR, Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 2001.

(zit. in: Rz 32, 34, 40, 44)

SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010.

(zit. in: Rz 50)

SCHWARZ FRANZ T./KONRAD CHRISTIAN W., The Vienna Rules – A Commentary on International Arbitration in Austria, Alphen aan den Rijn 2009.

(zit. in: Rz 13)

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Zweiter Band, 3. Auflage, Zürich 1984.

(zit. in: Rz 7)

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zürich 2005.

(zit.: Zuberbühler/Müller/Habegger–BEARBEITER in: Rz 9, 18, 21)

Zeitschriftenverzeichnis

FAVRE-BULLE XAVIER, Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie, ASA Bull 2001, 227-249.

(zit. in: Rz 10)

ROHNER THOMAS/LAZOPOULOS MICHAEL, Respondant's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, ASA Bull 2011, 549-572.

(zit. in: Rz 7, 28, 29)

ROSELL JOSÉ, Arbitration Costs as Relief and/or Damages, 28 J. Int. Arb. 2, 115-126.

(zit. in: Rz 14)

SIEBER PHILIPP, Respondent's refusal to pay the advance on costs: The contractual and the procedural approach, SAA 2011 Volume 1, 43-72.

(zit. in: Rz 14)

WIRTH MARKUS, Enforceability of Foreign Security Award in Switzerland, ASA Special Series Nr. 9 1996, 245-256.

(zit. WIRTH, ASA Special Series Nr. 9 in: 14)

WIRTH MARKUS, Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, ASA Bull 2000, 31-45.

(zit. WIRTH, ASA Bull in: 14)

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes in Lausanne

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Februar 1969

BGE 95 II 43 (zit. in: Rz 76)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Januar 1972

BGE 98 II 113 (zit. in: Rz 63)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Oktober 1988

BGE 114 II 239 (zit. in: Rz 69)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. November 1989

BGE 115 II 456 (zit. in: Rz 83)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Juni 1990

BGE 116 II 305 (zit. in: Rz 76)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Juni 1992

BGE 118 II 353 (zit. in: Rz 3)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. November 1994

BGE 120 II 296 (zit. in: Rz 24)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Februar 1997

BGE 123 III 10 (zit. in: Rz 25)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 12. März 2003

BGE 4P.2/2003 (zit. in: Rz 27)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. August 2003

BGE 129 III 738 (zit. in: Rz 61, 80)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 13. August 2004

BGE 130 III 591 (zit. in: Rz 89)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Februar 2006

BGE 4C.217/2005 (zit. in: Rz 74)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Oktober 2008

BGE 134 III 591 (zit. in: Rz 52)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. November 2010

BGE 136 III 597 (zit. in: Rz 15)

Schiedsentscheide der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris

Teilentscheid aus dem Fall N° 10526 im Jahr 2000 (nicht datiert), publiziert in JDI 2001, 1179-1185.

ICC Case N° 10526 (zit. ICC Case N° 10526 in: Rz 12)

Zwischenentscheid vom 12. November 2010, publiziert in ASA Bull 2011, 634-642.

ICC Case N° 17050 (zit. ICC Case N° 17050 in: Rz 31)

I. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

A. Anwendbares Recht

1 Nach Art. 176 Abs. 1 des Internationalen Privatrechtsgesetz (IPRG) ist das 12. Kapitel anzuwenden, wenn wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz hat. Die Klägerin hat ihren Sitz gemäss Anschrift in Berlin, Deutschland, somit ist das IPRG anwendbar. Die Parteien haben in Art. 12 Vertrag BRAG 22102009 über Lieferung und Leistungen (**Beilage K-1**) vereinbart, dass die Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (Swiss Rules) und das Schweizerische Obligationenrecht (OR) Anwendung findet.

B. Voraussetzungen für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

2 Die subjektive Schiedsfähigkeit setzt Partei- und Prozessfähigkeit voraus, welche sich gem. Art. 187 Abs. 1 IPRG nach dem von den Parteien anwendbar erklärten Recht bestimmt oder nach dem Recht mit dem engsten Zusammenhang. Die Parteien haben kein Prozessrecht bestimmt. Der sachliche Zusammenhang besteht zu dem Ort, wo die Sachleistung zu erbringen ist (BSK IPRG-KARRER, Art. 187 N 153). Vorliegend ist dieser Ort in der Schweiz und es ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anzuwenden. Diese bestimmt in Art. 66 und 67 ZPO die Partei- und Prozessfähigkeit, welche bei beiden Parteien vorliegen.

3 Gem. Art. 177 Abs. 1 IPRG ist jeder vermögensrechtliche Anspruch objektiv schiedsfähig. Vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz bestimmt sich dieser nach Schweizer Recht (BERGER/KELLERHALS, N 194). Darunter fallen geldwertende Leistungen oder alle Rechte, die einen in Geld schätzbaren Wert aufweisen (BGE 118 II 353ff., 356, E. 3.b). Vorliegend macht die Klägerin einen Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses und einen Anspruch auf Bezahlung der restlichen Raten geltend.

4 Die formelle Gültigkeit bestimmen sich nach Art. 178 Abs. 1. IPRG. Sie verlangt den Nachweis der Schiedsvereinbarung durch Text. In Art. 12 des Vertrags (**Beilage K-1**) haben die Parteien eine Schiedsklausel schriftlich vereinbart. Art. 178 Abs. 2 IPRG regelt die materielle Gültigkeit. Die Schiedsklausel ist materiell gültig, wenn die Willenseinigung der Parteien dem anwendbar erklärten Recht entspricht (BERGER/KELLERHALS N 368). Der Vertrag (**Beilage K-1**) wurde nach Art. 1 ff. OR (Rz 49) durch Willensübereinstimmung abgeschlossen.

5 Sämtliche Voraussetzungen sind erfüllt, somit ist das Zürcher Schiedsgericht zuständig.

II. Prozessualer Teil

A. Kostenvorschuss

1. Die Klägerin hat Anspruch auf Bezahlung des hälftigen Anteils an das Schiedsgericht

- 6 Die Schiedsvereinbarung ist als Vertrag sui generis zu qualifizieren, der materiell-rechtliche und prozessrechtliche Pflichten begründet (BSK IPRG-WENGER UND MÜLLER, Art. 178 N 4). Durch die materiell-rechtliche Natur der Schiedsvereinbarung entstehen verschiedene Leistungspflichten zwischen den Parteien, namentlich die Pflicht zur Bezahlung von gleichen Kostenvorschüssen (CRAIG/PARK/PAULSSON, 263).
- 7 Die nicht zahlende Partei erfüllt also ihre vertragliche Pflicht nicht und verhält sich somit pflichtwidrig (ROHNER/LAZOPOULOS, ASA Bull 2011, 553). Die Bezahlung des Kostenvorschusses ist als eine der Hauptpflichten der Schiedsklausel zu bezeichnen, weil sie typisch für eine Schiedsvereinbarung ist (HUGUENIN, OR AT, N 60). Durch die Forderung entsteht ein Erfüllungsanspruch (VON TUHR/ESCHER, 86).
- 8 Einige Lehrmeinungen gehen davon aus, dass die Nichterfüllung dieser Hauptpflicht nur prozessuale Nachteile nach sich zieht (BERGER/KELLERHALS, N 297) und sich nur auf die Kostenverteilung im Endentscheid auswirkt (CRAIG/PARK/PAULSSON, 264).
- 9 Die Pflicht zur Bezahlung ist aber weit mehr als nur eine prozessuale Obliegenheit (Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 N 20). Die Bezahlung der Kostenvorschüsse ist von grundlegender Bedeutung für den Beginn des Verfahrens. Ohne die Bezahlung kann das Schiedsgericht gem. Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules das Verfahren beenden oder sistieren. Dadurch wird das Begehren der Klägerin, welche sich vertragskonform verhalten hat, nicht verhandelt und somit entstehen Nachteile für beide Parteien. Das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten wirkt sich auch auf die Klägerin aus, wie es bei gegenseitigen vertraglichen Hauptpflichten in der Regel der Fall ist.
- 10 Einige Autoren stellen hier fest, dass die Klägerin die Beendigung oder Sistierung des Verfahrens abwenden kann, indem sie gem. Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules den Anteil der Beklagten an das Schiedsgericht bezahlt (FAVRE-BULLE, ASA Bull 2001, 236). Die Parteien sind aber nicht nur gegenüber dem Schiedsgericht verpflichtet die Kostenvorschüsse zu bezahlen, sondern auch gegenüber der anderen Partei (BSK IPRG-WENGER UND MÜLLER, Art. 178 N 82).
- 11 Unbedeutend für die Gewährung des Anspruches auf Bezahlung ist, dass gem. Art. 40 Ziff. 1 Swiss Rules noch nicht bekannt ist, welche Partei am Schluss die gesamten Verfahrenskosten

tragen muss. Der Kostenentscheid am Ende des Verfahrens ist unabhängig vom Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses zu betrachten (CRAIG/PARK/PAULSSON, 268).

12 Gemäss permanenter Rechtsprechung der Internationalen Handelskammer (ICC) ist die Pflicht zur Bezahlung des Kostenvorschusses als vertragliche Pflicht zu qualifizieren (ICC Case N° 10526, 1182).

13 Weiter ist anzumerken, dass die Pflicht zur Bezahlung der Kostenvorschüsse nicht nur aus der vertraglichen Natur der Schiedsvereinbarung fliesst, sondern auch aus dem Prinzip nach Treu und Glauben zu handeln (SCHWARZ/KONRAD, Art. 34 N 043).

14 Aus der Qualifikation als reine prozessuale Obliegenheit wird abgeleitet, dass der Klägerin kein durchsetzbarer Anspruch gewährt werden soll (SIEBER, SAA 2011, N 110). Es wird argumentiert, dass das Schiedsgericht gem. Art. 26 Ziff. 2 Swiss Rules nur eine Kompetenz zur Errichtung einer vorsorglichen Massnahme erhält und diese nur in einem vorläufigen Schiedsspruch erlassen kann (ROSELL, 28 J. Int. Arb. 2, 123). Dieser Schiedsspruch ist grundsätzlich nicht einklagbar (WIRTH, ASA Bull 2000, 39), ausser er ist von der Schiedsvereinbarung abgedeckt und kann vom Schiedsgericht nicht mehr nachträglich abgeändert werden (WIRTH, ASA Special Series Nr. 9, 251f.).

15 Nach neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein klagbarer Anspruch zwischen den Parteien auf Bezahlung des Kostenvorschusses nur zu bejahen, wenn sich das Schiedsgericht für zuständig erklärt hat und es gem. der anwendbaren Schiedsordnung die Rechtsprechungskompetenz erhält (BGE 136 III 597 ff., 603, E. 5.2.1). Die Kompetenz zur Fällung eines verbindlichen Entscheides über die Kostenfrage kann aus einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien (HOFFET, 251) oder aus der anwendbaren Schiedsordnung abgeleitet werden.

16 Die Pflicht zur Bezahlung hälftiger Kostenvorschüsse ist eine vertragliche Hauptpflicht. Durch die gültige Schiedsvereinbarung und die Fälligkeit der Forderung am 5. Oktober 2011 entsteht ein Anspruch auf Erfüllung. Die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht durch die Beklagte gibt der Klägerin, welche ihrer Leistungspflicht nachgekommen ist, einen Anspruch auf Bezahlung des Anteils am Kostenvorschuss durch die Beklagte (BSK IPRG-WENGER UND MÜLLER, Art. 178 N 82).

17 Der Zweck eines Verweises auf eine Schiedsordnung durch die Schiedsvereinbarung liegt darin, das Verfahren dieser institutionellen Schiedsordnung zu unterstellen. Die Kompetenz zur Anwendung dieser Regeln muss auch eine Rechtsprechungskompetenz über die Rechtsfolgen bei Nichterfüllung beinhalten, da andernfalls das Gericht die Regeln nicht durchsetzen

kann und ein effizientes Verfahren nicht möglich ist. Somit ist aus Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules nicht nur eine Kompetenz zur Einforderung der Kostenvorschüsse des Schiedsgerichtes abzuleiten, sondern auch eine Rechtsprechungskompetenz über die Rechtsfolgen einer Nichtbezahlung.

- 18 Die Beklagte möchte eine Anpassung der Kostenvorschüsse an den Klage- und Widerklagestreitwert aufgrund Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules erwirken. Der Sinn dieser Bestimmung ist der Schutz der zahlungswilligen Partei (Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 N 9). Dieser Partei kann ein am Klage- oder Widerklagestreitwert angepasster Kostenvorschuss gewährt werden, damit das Verfahren gem. Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules nicht sofort beendet oder sistiert wird (Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 N 9).
- 19 Aus dem Brief der Beklagten vom 13. September 2011 an die Präsidentin des Schiedsgerichts geht hervor, dass die Beklagte überhaupt nicht bereit ist, einen Kostenvorschuss zu bezahlen. Als Zeichen der Kooperation hätte sie den von ihr erwähnten Achtel des gesamten Kostenvorschusses bereits bezahlen können. Sie ist also nicht zahlungswillig und somit sind ihre Interessen an der Fortsetzung des Verfahrens nicht zu schützen.
- 20 Dem ist hinzuzufügen, dass die Berechnungen des Klagestreitwertes der Beklagten jeglicher rechtlichen Grundlage entbehren. Der Klagestreitwert lässt sich aus dem Gesamtvertragswert gem. Art. 4.1 des Vertrages (**Beilage K-1**) von CHF 4'000'000.- ableiten. Die Beklagte hat bis zum Zeitpunkt der Einleitungsanzeige am 11. März 2011 CHF 500'000.- bezahlt, daraus ergibt sich ein streitiger Anspruch von CHF 3'500'000.-. Diese Forderung ist als fällig zu betrachten, obwohl noch nicht alle 36 Raten von der Klägerin in Rechnung gestellt wurden. Die Rechnungsstellung resultiert aus den vereinbarten Zahlungsmodalitäten gem. Art. 4 des Vertrages (**Beilage K-1**). Die Klägerin hat den Zahlungsbedingungen nur zugestimmt, um der Beklagten die Bezahlung des Gesamtvertragswertes zu erleichtern. Durch die vereinbarten Ratenzahlungen nimmt die Klägerin ein grösseres Risiko der teilweisen Nichterfüllung der Beklagten in Kauf, als wenn sie den ganzen Gesamtvertragswert auf einmal eingefordert hätte. Diese Kompromissbereitschaft darf nicht missbraucht werden, um den Klagestreitwert zu senken. Das Verhalten der Beklagten widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben.
- 21 Anzumerken ist, dass gem. Art. 2.4 Appendix B der Swiss Rules die Berechnungsgrundlage für die Kostenvorschüsse der Klage- und Widerklagestreitwert ist. Beide Beträge werden zusammengezählt. Dies impliziert, dass es grundsätzlich unzulässig ist, die Kostenvorschüsse separat gem. dem Klage- oder dem Widerklagestreitwert zu berechnen (Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 N 8). Der Widerklagestreitwert beträgt CHF 500'000.-, somit

ergibt sich einen gesamten Streitwert von CHF 4'000'000.-. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Beklagte an das Schiedsgericht. Eine angepasste Kostenvorschussberechnung ist der Beklagten nicht zu gewähren.

2. Anspruch auf Rückerstattung gem. Art. 97 Abs. 1 OR

- 22 Eventualiter erhebt die Klägerin einen Schadenersatzanspruch gem. Art. 97 Abs. 1 OR aufgrund der Nichtbezahlung des Kostenvorschusses der Beklagten an das Schiedsgericht.
- 23 Die Verletzung einer vertraglich vereinbarten Pflicht tritt ein, wenn der Schuldner nicht leistet (HUGUENIN, OR AT, N 556), und der Umstand, der zur Nichtleistung geführt hat, nach Vertragsschluss eingetreten ist (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2525).
- 24 Der Schaden ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Vermögensstand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 120 II 296ff., 298, E. 3b.).
- 25 Die Vertragsverletzung muss *conditio sine qua non* für den Schaden sein (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 41). Kumulativ muss der adäquate Kausalzusammenhang erfüllt sein, d.h. das schädigende Ereignis muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den allgemeinen Lebenserfahrungen geeignet sein, den entstandenen Schaden zu verursachen (BGE 123 III 110ff., 112, E. 3a).
- 26 Gem. Art. 97 Abs. 1 OR wird das Verschulden vermutet und der Schuldner kann sich durch Exkulpationsbeweis befreien (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 42). Die Verantwortlichkeit des Schuldners setzt Urteilsfähigkeit und Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus (VON TUHR/ESCHER, 114). Wenn die Leistungsunmöglichkeit durch die Schuldnerin zu vertreten ist, dann liegt darin schon das Verschulden (HUGUENIN, OR AT, N 574).
- 27 Grundsätzlich hat der Dritte gem. Art. 112 Abs. 1 OR kein Forderungsrecht gegenüber der leistungspflichtigen Partei. Nur der Promissar kann die Leistung an einen Dritten geltend machen (BSK OR-GONZENBACH/ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 13). Im Rahmen einer Schiedsklausel als unechter Vertrag zu Gunsten Dritter ist zu beachten, dass das Schiedsgericht als Dritter kein Forderungsrecht gem. Art. 112 Abs. 1 OR hat. Aber aufgrund der Verweisung auf die Swiss Rules liegt die Entscheidungskompetenz über den Anspruch auf Rückerstattung der Kostenvorschüsse beim Schiedsgericht (BGE 4P.2/2003 E. 3.2.). Das Schiedsgericht handelt also nicht als Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 1 OR, sondern es erlangt die Einforderungskompetenz durch die Vereinbarung der Parteien.

- 28 Anzumerken ist, dass grundsätzlich jeder Anspruch, der aus der Schiedsvereinbarung entsteht, in die Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichtes fällt (ROHNER/LAZOPOULOS, ASA Bull 2011, 556).
- 29 Anderer Ansicht nach ist das Schiedsgericht gegenüber den Parteien nicht ermächtigt einen verbindlichen Kostenentscheid zu fällen, da es nicht in eigener Sache urteilen kann (BERGER/KELLERHALS, N 1479). Der Entscheid entfaltet nur bindende Wirkung zwischen den Parteien (BERGER/KELLERHALS, N 1479). Dem ist entgegen zu setzen, dass der Teilentscheid über den Anspruch auf Schadenersatz aufgrund einer Vertragsverletzung unabhängig vom Endentscheid über die tatsächlich angefallenen Kosten ist (ROHNER/LAZOPOULOS, ASA Bull 2011, 556). Die herrschende Lehre ist der Meinung, dass aufgrund des substantiellen Charakters des Anspruches auf Schadenersatz, resp. Rückerstattung, ein bindender Entscheid nötig ist (ROHNER/LAZOPOULOS, ASA Bull 2011, 556).
- 30 Wie schon in Rz 7 dargelegt, wird die Pflicht zur Bezahlung des Kostenvorschusses als vertragliche Pflicht qualifiziert. Es handelt sich hier um den Fall der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit. Nur die Beklagte kann den Vorschuss nicht bezahlen, resp. weigert sich die Pflicht zu erfüllen und erfüllt sie nach Vertragsschluss nicht. Der Schaden der Klägerin ist die Differenz zwischen ihrem Vermögensstand vor der Bezahlung des Kostenvorschusses und nach dessen Bezahlung. Sie beläuft sich auf einen Betrag von CHF 125'000.- zuzüglich Zinsen von 5%. Die Klägerin erleidet eine Vermögensverminderung. Der natürliche Kausalzusammenhang kann ohne weiteres bejaht werden. Wenn die Beklagte ihren Anteil am Kostenvorschuss bezahlt hätte, hätte die Klägerin nicht den Anteil der Beklagten übernehmen müssen, um das Verfahren weiter führen zu können. Somit ist das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten kausal für den Schaden der Klägerin. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zwingt das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten, die Klägerin zur Bezahlung des ganzen Kostenvorschusses, da es in der Natur der Schiedsgerichtsbarkeit liegt, dass das Gericht erst das Verfahren aufnimmt wenn die Parteien den Kostenvorschuss bezahlt haben. Der adäquate Kausalzusammenhang ist somit auch gegeben. Die Beklagte trifft klar ein Verschulden, da sie vorsätzlich den Vorschuss nicht bezahlt. Von ihrer Urteilsfähigkeit kann ausgegangen werden.
- 31 Die dauernde Rechtsprechung des ICC statuiert ebenfalls eine Verbindlichkeit des Teilentscheids aufgrund der vertraglichen Natur der Bezahlung der Kostenvorschüsse (ICC Case N° 17050, E. 26). Der Anspruch auf Schadenersatz aufgrund der Nichtbezahlung des Kostenvorschusses der Beklagten ist somit klagbar. Demzufolge liegen alle Voraussetzungen vor, um der Klägerin einen Schadenersatzanspruch von CHF 125'000.- zzgl. Zinsen zu gewähren.

B. Vorlegung von Dokumenten

1. Anspruch auf Vorlegung des Vertrags

a) Anwendbarkeit der International Bar Association Rules (IBA-Rules)

32 Die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der IBA-Rules ist in Art. 1 Abs. 1 der IBA-Rules bestimmt. Demzufolge müssen sich die Parteien über ihre Anwendbarkeit geeinigt haben oder das Schiedsgericht hat beschlossen die Regeln anzuwenden. Haben die Parteien keine verbindlichen Regelungen getroffen, kann das Schiedsgericht die IBA-Rules anwenden (RAESCHKE-KESSLER, 44).

33 Die Parteien haben in Art. 12 des Vertrags über die Zuständigkeit der internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer entschieden. Eine Vereinbarung der Parteien, die IBA-Rules auszuschliessen, liegt nicht vor. Das Schiedsgericht hat im Verfahrensbeschluss Nr. 1 in Beschluss B.7. festgelegt, dass das Verfahren sich nach Kapitel 12 des IPRG und den Swiss Rules richtet. Das Beweisverfahren wurde nicht von den Parteien selber geregelt. Das Schiedsgericht übernahm diese Entscheidung nach Art. 182 Abs. 2 IPRG und beschloss beim Erlass von Anordnungen für Fragen der Beweisaufnahme, die IBA-Rules zu berücksichtigen.

34 In der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit können die IBA-Rules schon fast als Kodifikation allgemein anerkannter Grundsätze der Beweisabnahme bezeichnet werden (BERGER/KELLERHALS, N 1200). Die Voraussetzungen für die jeweils anwendbare Norm waren in Art. 2 Abs. 2 IBA-Rules von 1999 enthalten. Die Reihenfolge ergibt sich daraus, dass an erster Stelle das zwingende Verfahrensrecht am Sitz des Schiedsgerichts steht. Danach folgen die Parteivereinbarungen und die jeweilig vereinbarte Schiedsordnung und an dritter Stelle die IBA-Rules (RAESCHKE-KESSLER, 44). Diese Reihenfolge ist analog zum neuen Art. 1 IBA-Rules anzuwenden.

b) Voraussetzungen für ein Vorlageverlangen

35 Schriftliche Unterlagen sind in internationalen Schiedsverfahren die wichtigsten Beweismittel. Die Möglichkeit, dass eine Partei von der anderen die Vorlage bestimmter Dokumenten verlangen kann, wird als allgemeine Verfahrensregel im internationalen Schiedsverfahren angesehen (BSK IPRG–SCHNEIDER, Art. 184 N 18). Sie ergibt sich aus der Pflicht der Parteien, nach Treu und Glauben am Verfahren mitzuwirken.

1) Frist

36 Nach Art. 3 Abs. 2 IBA-Rules muss der Antrag auf Vorlegung von Dokumenten innerhalb der vom Schiedsgericht bestimmten Frist gestellt werden. Das Schiedsgericht stellt der Klägerin keine Frist für Anträge auf Vorlegung von Dokumenten. Somit ist der von der Klägerin eingegangene Antrag in der Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 19. September 2011 fristgerecht.

2) Inhaltliche Voraussetzungen

37 Der Antrag auf Vorlegung von Dokumenten muss nach Art. 3 Abs. 3 (a) IBA-Rules eine Beschreibung des vorzulegenden Dokuments enthalten, welche dem Antragsgegner ermöglichen soll, das verlangte Dokument zu identifizieren (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 N 19). Die Klägerin stellt den Antrag bereits in der Ergänzung der Einleitungsanzeige in Erwägung B. mit der erforderlichen Beschreibung des Dokuments.

38 Nach Art. 3. Abs. 3 (b) IBA-Rules muss der Antragsteller die Behauptungen darlegen, die er mit Hilfe des verlangten Dokuments beweisen möchte. Die Klägerin und Antragstellerin ist der Ansicht, dass das Dokument relevant ist, weil damit ihre vertragliche Pflicht nach Art. 363 OR und Annex III bewiesen werden kann. In Art. 6.1 Annex III wurden die Bedingungen der Glasmischung vereinbart, damit das Glasbrechersystem die vereinbarten Leistungsdaten erbringen kann. Die Beklagte war somit verpflichtet die richtige Glasmischung in die Maschine einzuführen. Die Inbetriebnahme vom 29. November 2010 (**Beilage B-1**) funktionierte so gut, dass der Mitarbeiter der Beklagten, ankündigte, die Anlage in der Nacht selbst zu fahren. Nur während dieser Zeit kam es zu vermehrten Störungen, welche auf die falsche Glaszusammensetzung zurückzuführen sind. Die Maschine erreichte einen Leistungsdurchschnitt von 3,7 Tonnen pro Stunde. Durch die Vorlegung des Vertrages kann bewiesen werden, dass die Beklagte nicht die vereinbarte Glaszusammensetzung in die Maschine eingeführt hat, denn nur mit dem vorgesehenen Gewicht von 0,8 Tonnen/Kubikmeter kann der Leistungsdurchschnitt von fünf Tonnen pro Stunde erreicht werden. Ausserdem wurde schon bei der ersten Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010 (**Beilage K-2**) ein zu grosses Glasstück in die Maschine eingeführt, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass ein solches Fehlverhalten sich bei der zweiten Inbetriebnahme auch ereignete. Die Klägerin trifft kein Verschulden, da sie die technischen Daten eingehalten hat und somit ihre Pflichten erfüllte.

39 Das vorzulegende Dokument ist für die Entscheidung erheblich und damit für den Ausgang des Schiedsverfahrens von Bedeutung. So kann bewiesen werden, dass die Klägerin ihre in Annex III vereinbarten Pflichten erfüllt hat. In Art. 6 Annex III wurde eine Leistung von fünf

Tonnen pro Stunde garantiert, welche aufgrund der vorbedingten maximalen Grösse der Glasstücke, Dicke und des spezifischen Mindestgewicht erreicht werden kann. Für den Entscheid wesentlich ist die Information, da somit bewiesen werden kann, dass die Beklagte nicht die vereinbarte Glaszusammensetzung in die Maschine einführte und somit kein Mangel an der Maschine besteht. Wie in Rz 38 erwähnt, konnte bei der ersten Inbetriebnahme (**Beilage K-2**) bewiesen werden, dass die Beklagte falsches Glas einführte und deshalb die Maschine repariert werden musste. Die Klägerin ist überzeugt, dass die Beklagte dies während der zweiten Inbetriebnahme auch tat und somit die Maschine nicht die vereinbarte Leistung erbringen konnte.

40 Die Klägerin kann das verlangte Dokument nicht vorlegen, weil es sich nicht in ihrem Besitz, Gewahrsam oder Kontrolle befindet (MCILWRATH/SAVAGE, ch. 5 N 184). Es befindet sich in der Verfügungsgewalt der Beklagten, da sie und der Schrottglashändler Parteien des Vertrages sind. Beim Vertrag handelt es sich um eine Urkunde. Im Allgemeinen gelten Urkunden als die wichtigsten Beweismittel (BERGER/KELLERHALS, N1210). Der Mitarbeiter der Beklagten, hatte im 2. Protokoll der Inbetriebnahme erklärt, dass er sich um die Informationen der Glaszusammensetzung kümmern werde. Aus dieser Aussage ist zu schliessen, dass der Vertrag sich in der Verfügungsgewalt der Beklagten befindet. Den Vertrag wegen Mangel an Relevanz (MCILWRATH/SAVAGE, ch. 5 N 184) nicht vorzulegen, ist aufgrund der vorherigen Ausführungen (Rz 36) kein Argument. Die *materiality* ist mit Wesentlichkeit, Erheblichkeit zu übersetzen (RAESCHKE-KESSLER, 60). Der Inhalt des Dokuments ist erheblich, da es die Informationen der Glaszusammensetzung enthält und diese sind für die Klärung des Falles wesentlich. In der Aussage von dem Mitarbeiter bei der zweiten Inbetriebnahme (**Beilage B-1**), wurden keine Probleme bezüglich der Beschaffung des Dokumentes erwähnt. Folglich ist der Verlust oder die Zerstörung des Vertrages auszuschliessen. Einen übermässige Aufwand, welchen der Beweis zur Vorlegung auferlegen würde, ist nicht ersichtlich, zumal sich der Vertrag wohl in Papierform im Aktenschrank der Beklagten befindet. Weiter steht nicht in Betracht, das Dokument aufgrund von Vertraulichkeit nicht offen zulegen, da die Möglichkeit besteht auch geheimzuhaltende Unterlagen auszugsweise vorzulegen (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 16). Ausserdem können nach den IBA-Rules auch interne Unterlagen einer Partei zur Vorlage verlangt werden (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 19). Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, hat die Klägerin einen Anspruch darauf, die Information der Glaszusammensetzung zu erhalten, um so ihre Rechte geltend zu machen.

c) Fazit

41 Um die Funktionstüchtigkeit der Maschine zu zeigen, aber auch als Beweismittel für die klägerische Vertragserfüllung gem. Art. 363 OR und Annex III, ist die Vorlegung des Vertrages zwischen der Beklagten und dem Schrottglashändler von zentraler Bedeutung. Die Urkunde mit den Informationen der Glaszusammensetzung ist für den Fall relevant, sowie für den Ausgang des Verfahrens wesentlich. Die Edition des verlangten Vertrages ist nicht mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden. Es gibt auch keine Beweise, dass das verlangte Dokument nicht oder nicht mehr existiert oder sich nicht in Gewahrsam der Beklagten befindet. Es ist ausgeschlossen, dass der Vertrag geschäftliche oder technische Geheimnisse betrifft und das Interesse an der Geheimhaltung überwiegt, zumal die Klägerin die Maschine für die passende Glaszusammensetzung herstellen musste. Legt die Beklagte das Dokument ohne triftigen Grund nicht vor, so können nach Art. 9 Abs. 5 IBA-Rules, Schlüsse auf dessen Inhalt gezogen werden, nämlich, dass das Dokument dem Interesse der Beklagten nachteilig ist.

2. Anspruch des Klägerin auf Vorlegung jeder Korrespondenz

a) Anwendbarkeit der IBA-Rules

42 Die Anwendbarkeit der IBA-Rules ist gem. den vorherigen Ausführungen (Rz 32f.) unbestritten.

b) Voraussetzungen

1) Frist

43 Die Frist wurde wie bei der Vorlegung des Vertrages auch bei den Korrespondenzen mit der Ergänzung der Einleitungsanzeige eingehalten (Rz 36).

2) Inhaltliche Voraussetzungen

44 Der Antrag auf die Vorlegung der E-Mail Verkehr oder sonstige Korrespondenz wurde mit der Ergänzung der Einleitungsanzeige gestellt. Diese Korrespondenzen sollen die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten mit dem besagten Schrottglashändler aufzeigen. Der Antragsteller kann nach Art. 3 Abs. 3 (a) (ii) IBA-Rules eine Kategorie von vorzulegenden Dokumenten verlangen, welche vernünftigerweise existieren. Dabei ist eine Kette gleicher oder gleichartiger Dokumente gemeint, die sich alle inhaltlich auf das gleiche Thema beziehen (RAESCHKE-KESSLER, 51). Bei der Vorlegung von Dokumenten gibt es grundsätzlich keine vorgegebenen Anforderungen bezüglich der Form des Dokumentes. Es können auch Korrespondenzen wie

Planungen, Briefe, Aktennotizen und E-Mails vorgelegt werden, die mit einer Drittpartei geführt werden (MCLWRATH/SAVAGE, ch 5 N 176).

45 Der Angestellte der Beklagten, erklärte bereits im Protokoll vom 29. November 2010 (**Beilage B-1**), dass die Glaszusammensetzung im Vertrag oder im E-Mail Verkehr mit dem Sammlungsunternehmen geregelt wurde. Weil sich die Information in einem der beiden Dokumente befindet, ist die Beklagte nach Treu und Glauben verpflichtet den Vertrag, sowie alle Korrespondenzen vorzulegen, da nur somit gewährleistet werden kann, dass die Klägerin die Informationen der Glaszusammensetzung sicher erhält. Die vorherigen Erklärungen (Rz 38) zeigen wie wichtig, die Informationen der Glaszusammensetzung für diesen Fall sind. Welche Konsequenzen die Information der Glaszusammensetzung hat, wurde in den vorherigen Ausführungen dargelegt (Rz 39).

46 Die Korrespondenz befindet sich in der Verfügungsgewalt der Beklagten, da sie zwischen ihr und dem Schrottglashändler geführt wurden. Genau wie der Vertrag sind auch E-Mails und Briefe Urkunden und somit erhebliche Beweismittel im Schiedsverfahren. Beim E-Mail handelt es sich um ein Dokument, das nach den Begriffsbestimmungen der IBA-Rules durch ein elektronisches Mittel festgehalten wird. Es ist unwahrscheinlich, dass der E-Mail Verkehr vollständig aus den Aufzeichnungen oder Unterlagen einer Partei gelöscht wurde. Eine Backup-Kopie über längere Zeiträume auf einem dezentralen Server oder einem physischen Datenträger zu archivieren, ist im Wirtschaftsverkehr üblich (KREINDLER/RIEDER/WILKE, <<http://www.shearman.com>>).

47 Die Korrespondenz aufgrund von Mangel an Relevanz nicht vorzulegen, ist gem. den vorherigen Erklärungen Rz 38 ausgeschlossen. Hinsichtlich der Aussage des Mitarbeiters ist nicht ersichtlich, dass die Edition der verlangten Urkunden für die Beklagte unverhältnismässig aufwändig wäre oder die Korrespondenzen gelöscht wurden und somit ein aufwändiges Wiederherstellen in Betracht käme.

c) Fazit

48 Durch das Vorweisen der gesamten E-Mail Verkehr sowie der anderen Korrespondenz, ist es der Klägerin möglich, eine Einsicht und ein Verständnis über die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten und deren Schrottglashändler zu erlangen. Die Klägerin kann somit den Entwicklungen der Vertragsbedingungen zwischen der Beklagten und ihrem Kunden verstehen. Detailvereinbarungen und Abklärungen können festgestellt und nachvollzogen werden. Mit den Korrespondenz kann die Klägerin einsehen, ob die Beklagte schon früher Probleme mit Maschinen bezüglich der Glaszusammensetzung hatte und eventuell die Zusammensetzung neu

vereinbaren musste. Die Beklagte hat jede Korrespondenz, die ihre Mitarbeiter mit dem besagten Schrottglashändler geführt haben, dem Schiedsgericht und der Klägerin vorzulegen. Mittels dieser Dokumente kann bewiesen werden, dass die Glaszusammensetzung nicht den vertraglichen Vorbedingungen entsprach und die Beklagte ihre vertragliche Pflicht nicht eingehalten hat.

III. Materieller Teil

A. Anspruch auf Leistung des Kaufpreises

1. Qualifikation

49 Anspruchsgrundlage ist in erster Linie der Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**), welcher gem. Art. 1 Abs. 1 OR mittels übereinstimmender und gegenseitiger Willensäusserung am 22. Oktober 2009 in Kraft trat. Beide Parteien sind geschäftsfähig und es sind keine Inhalts- oder Willensmängel ersichtlich. Der Vertrag wird von beiden Parteien als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 OR qualifiziert. Die Beklagte erwähnt dies explizit in der Einleitungsantwort. Die Klägerin schliesst sich dieser Einschätzung widerspruchlos an.

2. Fälligkeit

50 Laut Art. 363 OR verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung, welche die Hauptleistungspflicht des Bestellers darstellt. (HUGUENIN, OR BT, N 672). Diese Leistung steht mit der Werkherstellungs- und der Ablieferungspflicht in einem Austauschverhältnis (SCHMID/STÖCKLI, N 1714).

51 Art. 372 OR stellt dispositives Recht dar, weshalb abweichende Abreden vorgehen (GAUCH, N 1162). Der Zeitpunkt, in welchem die vereinbarte Fälligkeit einer Vergütungsleistung eintritt, ergibt sich aus der jeweiligen Fälligkeitsabrede (GAUCH, N 1165a). Die Klägerin und die Beklagte haben den Punkt Fälligkeit in Art. 4 des Lieferungsvertrags (**Beilage K-1**) geregelt.

52 Bei den in Art. 4.2.1 des Vertrags (**Beilage K-1**) geforderten Vergütungsleistungen im Umfang von je CHF 200'000.- handelt es sich um endgültige Teilzahlungen und nicht um Akontozahlungen (BGE 134 III 591ff., 593, E. 5.1). Diese sind bereits vor der Ablieferung fällig und wurden von der Beklagten vertragsgemäss beglichen (GAUCH, N 1163). Zur Begleichung der restlichen 90% des Gesamtvertragspreises wurden 36 Raten à CHF 100'000.- vereinbart. Wie aus Art. 4.2.2 des Vertrags (**Beilage K-1**) zu entnehmen ist, hat die Zahlung der ersten Rate am Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme zu erfolgen. Als Inbe-

triebnahme wird gem. Art. 8.1 des Vertrags (**Beilage K-1**), jene Zeit definiert, welche zwischen Montageende und Abnahme liegt. Aus dem vertraglichen Kontext ergibt sich, dass die Inbetriebnahme einem Zeitraum und nicht einem Zeitpunkt entspricht. Die eingeplante Dauer für diesen Zeitraum liegt nach Art. 8.1 des Vertrags (**Beilage K-1**) bei einem Monat.

53 Laut Art. 7.1 des Vertrags hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber das Montageende anzuzeigen, sobald die Montagearbeit soweit fortgeschritten ist, dass der Kalttest erfolgreich abgeschlossen worden ist. Die Kaltinbetriebnahme wurde durch beide Parteien mit Unterzeichnung des Protokolls über Montage und Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010 bestätigt (**Beilage K-2**). Aus gleichem Protokoll ergibt sich auch, dass Klägerin und Beklagte die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems bejahen. Die Beklagte attestiert dem System gar ein gutes Funktionieren. Der 9. Juni 2010 ist als Tag des Montageendes zu betrachten und somit auch als Beginn der Inbetriebnahme.

54 Die Phase der Inbetriebnahme wird gem. Art. 8.1 des Vertrags (**Beilage K-1**) mit der Abnahme terminiert. Unter Art. 8.3 des Vertrags (**Beilage K-1**) wird die Abnahme erläutert. Die Bestätigung der Abnahme erfolgt durch die Unterzeichnung eines Abnahmezertifikates. Aus dem Wortlaut des Vertrags ergibt sich, dass die Unterzeichnung rein deklaratorischer Natur ist. Unter anderem gilt die Abnahme laut Art. 8.3 des Vertrags (**Beilage K-1**) als erfolgt, wenn innerhalb von acht Monaten nach Inkrafttreten des Vertrags die Leistungstests nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Dies aus Gründen welche der Auftragnehmer nicht zu verantworten hat.

55 Die Pflicht zum Beginn der Zahlung von 36 Monatsraten geht in erster Linie aus der erfolgten Inbetriebnahme aus. Diese hat wie oben erwähnt unbestrittenermassen stattgefunden, da beide Parteien das Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (**Beilage K-2**) unterzeichnet haben.

56 Die Klägerin geht im Punkt mit der Beklagten einig, dass die Leistungstests nicht bestanden worden sind. Allerdings bestreitet die Klägerin, dass bestandene Leistungstests eine Voraussetzung für die korrekte Abnahme sind. Laut Art. 8.3 des Lieferungsvertrags (**Beilage K-1**) erfolgt die Abnahme auch dann, wenn innerhalb von acht Monaten, nach Inkrafttreten des Vertrages, die Leistungstests aus Gründen, welche der Auftragnehmer nicht zu verantworten hat, scheitern.

57 Bedauerlicherweise konnte der Leistungstest am 9. Juni 2010 nicht erfolgreich abgeschlossen werden. Die Gründe für das Scheitern liegen nicht in der Verantwortung des Auftragnehmers, sondern sind viel mehr im Verantwortungsbereich des Auftraggebers zu finden. Das zur Verfügung gestellte Glas wich weit vom vertraglich Vereinbarten ab. Diese Diskrepanz war gar

so gravierend, dass das vertragswidrige Glas den Trichter verbog und der Test nicht zu Ende geführt werden konnte. Art. 8.2 Annex III bestimmt die zu verwendende Glasmischung und legt die Verantwortung zur Bereitstellung in die Hände des Auftraggebers. Es war der Klägerin deshalb gar nicht möglich die Leistungsgarantie zu erbringen. Die Beklagte bestätigt die Tatsache, der falschen Glasmischung, mit ihrer Unterschrift auf dem Inbetriebnahme Protokoll (**Beilage K-2**).

58 Gemäss Art. 19 des Vertrags (**Beilage K-1**) ist die Abnahme acht Monate nach Inkrafttreten am 22. Juni 2010 erfolgt i.S.v. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR. Der Terminplan in Annex II, welcher beide Parteien in Art. 5.1 des Lieferungsvertrags (**Beilage K-1**) als verbindlich erklärt haben, bestätigt dies. Aus den Ausführungen des Art. 4.2.2 des Vertrags (**Beilage K-1**) lässt sich schliessen, dass die Vergütung per Ende Juli 2010 fällig ist. Das Argument der Beklagten, die Abnahme fehle, läuft ins Leere.

3. Ausschlussgründe

a) Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR

59 Die Klägerin und die Beklagte konnten sich im Vertrag (**Beilage K-1**) nicht auf Verzugsregeln einigen, weshalb hinsichtlich dieser Frage auf Art. 366 OR abgestellt wird. Dieser beschreibt den Herstellerverzug und kommt immer dann zum Zuge, wenn der Unternehmer nicht so weit ist wie er sein sollte (BK OR-KOLLER, Art. 366 N 1). Das Werk darf bei dieser Verzugsform noch nicht vollendet sein. Dieser trifft allerdings nur dann ein, wenn der Unternehmer sich mit der Ausführung des geschuldeten Werkes objektiv pflichtwidrig verspätet (GAUCH, N 669).

60 Liefert der Auftragnehmer das geschuldete Werk vor Ablauf der Fälligkeit ab, bleiben die Verzugsregeln aus dem Spiel, selbst wenn das Werk mangelhaft sein sollte. Zu Tragen kommen dann die Regeln über die Mängelhaftung (GAUCH, N 659).

61 Der Begriff der Vollendung nach Art. 366 Abs. 1 OR steht in einem engem Zusammenhang zur Ablieferung, denn nur ein vollendetes Werk kann abgeliefert werden (GAUCH, N 103). Allerdings stösst diese Ansicht in der neueren Lehre auf Ablehnung (BGE 129 III 738ff., 748, E. 7.2).

62 Der Zeitpunkt ab dem die Ablieferung des vollendeten Werkes fällig wird, ist gem. Art. 366 Abs. 1 OR als Lieferungstermin zu verstehen (ZK OR-BÜHLER, Art. 366 N 5). Die Vertragsparteien können sich auf eine Frist einigen, mit deren Ablauf die Fälligkeit der Ablieferung eintritt (GAUCH, N 647). Anzumerken ist, dass Annahme und Ablieferung gem. OR synonyme Begriffe sind (BÜHLER, 60).

- 63 Der Besteller muss nach Art. 107 Abs. 1 OR dem Schuldner eine Nachfrist ansetzen, um ihn in Verzug zu setzen (BGE 98 II 113ff., 115, E. 2). Dies ist in Art. 102 Abs. 2 OR nicht nötig. Hierbei handelt es sich um ein Verfalltagsgeschäft, da der vereinbarte Abnahmetermin nach dem Kalender bestimmt oder genau berechenbar ist (GAUCH, N 647). Kommt der Schuldner bis zum Verfalltag seinen Verpflichtungen nicht nach, ist er bereits ohne Nachfrist in Verzug (HUGUENIN, OR AT, N 667).
- 64 Wie bereits oben definiert (Rz 55), folgt an die Inbetriebnahme die Abnahme. Aus Art. 8.1 des Vertrags (**Beilage K-1**) geht hervor, dass sich die Parteien für die Abnahme auf eine Frist von einem Monat nach Inbetriebnahme oder gem. Art. 8.3 Vertrag (**Beilage K-1**) acht Monaten nach Inkrafttreten des Vertrages geeinigt haben. Art. 8.3 Vertrag (**Beilage K-1**) kommt nur dann zum Zuge, wenn nach acht Monaten die Leistungstests nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten und der Auftragnehmer dafür nicht die Verantwortung zu tragen hat. Dann ist die Abnahme als erfolgt zu beachten, auch wenn kein Abnahmeprotokoll vorliegt.
- 65 Die Inbetriebnahme erfolgte am 9. Juni 2010, demnach wäre der Verfalltag gem. Art. 8.1 des Vertrags (**Beilage K-1**) einen Monat später, folglich der 9. Juli 2010. Der Leistungstest musste abgebrochen werden, da das Glas nicht den vertraglichen Voraussetzungen entsprach. Es lag an der Beklagten vertragskonformes Glas bereit zustellen. Durch ihr Zuwiderhandeln verhinderte sie eine Abnahme am 9. Juli 2010, da Reparaturen zu diesem Zeitpunkt noch andauerten. Die Klägerin hat somit nicht zu verantworten, dass die Leistungstests nicht pünktlich durchgeführt werden konnten. Es greift deshalb Art. 8.3 des Vertrags (**Beilage K-1**).
- 66 Das Abnahmedatum ist damit acht Monate nach Vertragsschluss anzusetzen. Der Vertrag trat gem. Art. 19 Vertrag (**Beilage K-1**) am 22. Oktober 2009 in Kraft. Infolgedessen läuft die Frist nach Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR am 22. Juni 2010 ab. Gemäss Art. 8.3 des Vertrags (**Beilage K-1**), ist das Werk folglich am 22. Juni 2010 vollendet und abgenommen.
- b) Rücktritt gemäss Art. 368 Abs. 1 OR
- 67 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sie den Vertrag unter den in Art. 368 Abs. 1 OR erwähnten Bedingungen ex tunc auflösen kann. Die in Art. 368 OR abgebildete Ordnung ist dispositiver Natur und wird deshalb durch vertragliche Regelungen verdrängt (ZK OR-BÜHLER, Art. 368 N 8).
- 68 Nach obigen Ausführungen ist die Anlage aber als vollendet und abgeliefert zu betrachten (Rz 67). Der Besteller ist gem. Art. 368 Abs. 1 OR nur dann zur Wandlung berechtigt, wenn das Werk an so erheblichen Mängeln leidet, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder das ihm die Annahme nicht zugemutet werden kann.

- 69 Ein Werkmangel besteht in einer Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Werks (HUGUENIN, OR BT, N 637). Die mängelrelevante Beschaffenheit umfasst sämtliche Merkmale des Werks, z.B. auch seine innere Eigenschaften, namentlich Funktionsfähigkeit oder Sparsamkeit (GAUCH, N 1358). Wenn dem Werk eine vereinbarte Eigenschaft fehlt, ist es mangelhaft (GAUCH, N 1366). Ob ein Werkmangel vorliegt, beurteilt sich ausschliesslich nach dem konkreten Vertragsinhalt (BGE 114 II 239ff., 244, E. 5.a.aa).
- 70 Die Klägerin und die Beklagte haben die Soll-Beschaffenheit der Glasbrechermaschine vertraglich definiert. Nach Art. 1.1 Annex I wurde dem neuen Glasbrechersystem grössere Produktivität, weniger Personalkosten und geringerer Stromverbrauch attestiert. Zudem wurden in Art. 6.1 Annex III i.V.m. Art. 9.1 des Vertrags (**Beilage K-1**) eine Leistungsgarantie von fünf Tonnen vereinbart. Hierbei handelt es sich um eine zugesicherte Eigenschaft. Laut der Beklagten liegt diese Eigenschaft nicht vor, da ihrer Meinung nach die vereinbarten Leistungsgarantien nie erreicht wurden. Obwohl die Maschine am 29. November 2010 zwischenzeitlich ein Leistungsdurchschnitt von 5.4 Tonnen erreichte, konnten die vereinbarten fünf Tonnen nicht während des ganzen Inbetriebnahmeversuchs erzielt werden. Somit liegt ein Werkmangel vor. Es ist aber von grundsätzlicher Bedeutung wer den Mangel zu verantworten hat (GAUCH, N 1503).
- 71 Gem. Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller das Werk nach erfolgter Ablieferung zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist. Der Besteller muss die Beschaffenheit des Werkes prüfen und den Unternehmer über allfällige Mängel in Kenntnis setzen und diese auch rügen. Die Mängel sollten einzeln angegeben werden und möglichst genau bezeichnet sein (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 367 N 17 f.).
- 72 Maschinen werden i.d.R. in Betrieb genommen um sie zu prüfen (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 367 N 12). Der Trichter der Anlage wurde am 9. Juni 2010, bereits vor Abnahmetermin, verbeult. Die Reparaturen wurden bis Ende November 2010 vorgenommen und eine Inbetriebnahme als Prüfung der Anlage konnte erst nach erledigten Reparaturen erfolgen. Somit ist es gerechtfertigt, dass die Beklagte das Werk erst Ende November 2010 prüfte und die Mängelrüge im Dezember 2010 erhob, auch wenn die Abnahme bereits am 22. Juni 2010 erfolgte. Die Beklagte hat gem. Sachverhalt im Dezember 2010 die Klägerin mehrmals sowohl schriftlich als auch mündlich über die Mängel hingewiesen diese genau bezeichnet. Die Mängelrüge wurde folglich fristgerecht und genügend bestimmt erhoben.

- 73 Nach Art. 368 OR hat der Unternehmer unabhängig von seinem Verschulden für Werkmängel einzustehen. Die Gewährleistungspflicht ist ausgeschlossen, namentlich wenn der Besteller den Mangel gem. Art. 369 OR selbst verschuldet hat (HUGUENIN, OR BT, N 634). Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR liegt aber nur vor, wenn die Verursachung des Werkmangels ausschliesslich dem Besteller anzulasten ist (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 369 N 3).
- 74 Ist diese Voraussetzungen erfüllt, so wird der Unternehmer von der Mängelhaftung befreit (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 369 N 26). Art. 369 OR enthält auch noch eine Generalklausel, wonach dem Besteller die Mängelrechte nach Art. 368 OR auch dann nicht zustehen, wenn er auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat (BGE 4C.217/2005, E.3.2.1).
- 75 Die Beklagte stellte mangelhaftes Glas bereit, was zum Werkmangel führte. In Art. 6.1 Annex III ist die genaue Glaszusammensetzung vereinbart worden. Wenn nun die Beklagte eine andere Zusammensetzung liefert, ist dies als mangelhafter Werkstoff anzusehen. Die vertragswidrige Glaszusammensetzung ist Grund für den Werkmangel, der sich im Nichterreichen der zugesicherten Leistungsdaten äussert.
- 76 Eine weitere Voraussetzung für die Haftungsbefreiung nach Art. 369 OR ist zudem, dass der Unternehmer seiner Anzeigepflicht nachgekommen ist. Die Sachgewährleistung des Unternehmers entfällt nach Art. 369 OR bloss, wenn der Besteller trotz ausdrücklicher Abmahnung des Unternehmers an dem Verhalten festhält, durch welches der Mangel verschuldet wird (BGE 116 II 305ff., 308, E. 2.c.bb). Die Abmahnung muss bestimmt, klar und deutlich sein, damit sie geeignet ist, dem Besteller die Gefahr eines Werkmangels unmissverständlich aufzuzeigen (BGE 95 II 43ff., 50, E. 3.c). Nach der Rechtsprechung des BGer muss der Besteller aus der Abmahnung schliessen können, dass der Unternehmer die Verantwortung für die Mängel des Werkes ablehnt (BGE 95 II 43ff., 50, E. 3c).
- 77 Zum Teil wird in der Lehre eine solche Enthaltungserklärung, nicht verlangt (GAUCH, N 1941). Die Haftungsbefreiung des Unternehmers knüpft sich gem. Art. 369 OR an das Selbstverschulden des Besteller. Das Selbstverschulden setzt keine Enthaltungserklärung des Unternehmers voraus. Daraus ergibt sich, dass die Enthaltungserklärung bei der Abmahnung keine Voraussetzung darstellt (GAUCH, N 1941). Wird beim Besteller jedoch der Eindruck erweckt, der Unternehmer stehe weiterhin für allfällige Mängel ein, so fehlt es an einer eindeutig erklärten Abmahnung (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 369 N 10).
- 78 Die Klägerin hat der Beklagten im Protokoll über Montage und Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010 (**Beilage K-2**) angezeigt, dass das Glas nicht das für die Leistungstests vorgesehene spezifische Gewicht erreichte. Somit bringt die Klägerin gegenüber der Beklagten unmissverständlich zum Ausdruck, dass mit der falschen Glaszusammensetzung die Leistungsdaten

nicht erbracht werden können und folglich ein Werkmangel entstehe. Der Werkmangel liegt darin, dass die zugesicherten Leistungsdaten nicht erreicht werden können. Zudem wurde auch in Art. 6.1 Annex III vereinbart, dass die Leistungsgarantien nur erreicht werden können, wenn das vereinbarte Glas in die Maschine eingeführt wird. Der Hinweis der Klägerin, dass vertragswidriges Glas bereitgestellt wurde genügt somit, um die vertragskundige Beklagte erkennen zu lassen, dass mit dieser Glaszusammensetzung die Leistungsgarantien nicht erbracht werden können und ein Werkmangel entsteht. Die Klägerin ist ihrer Anzeigepflicht nach Art. 369 OR nachgekommen.

4. Fazit

- 79 Die Klägerin ist der Ansicht, dass sich aus dem vereinbarten Vertrag eine hinreichende Anspruchsgrundlage zur Zahlung des Kaufpreises ergibt. Die Gesetzgebung sieht im Falle der Fälligkeit der Vergütung beim Werkvertrag keine zwingenden Normen vor. Es ist deshalb vorbehaltlos auf den Vertrag über Lieferungen und Leistungen des 22. Oktobers 2009 abzustützen (**Beilage K-1**). Dieser knüpft die Pflicht zur Zahlung einzig an die Inbetriebnahme, welche durch die Unterzeichnung des Protokolls über Montage und Inbetriebnahme (**Beilage K-2**) bestätigt wurde. Die Behauptung der Beklagten die vereinbarte Pflicht zur Zahlung der Raten bedürfe bestandener Leistungstests ist deshalb falsch.
- 80 Selbst wenn die Beklagte behauptet, dass Werk sei unvollendet ist gem. neuerer Lehre die Abnahme zulässig. Vorausgesetzt der Unternehmer hat den Erfüllungswillen und es wurde vom Besteller nicht zurückgewiesen (GUHL, N 24). Das Bundesgericht stützt diese Ansicht, in dem es entschieden hat, dass der Werklohn mit Ablieferung fällig sei. Dies ist unabhängig davon, ob das Werk mangelhaft ist oder nicht. Dem Besteller bleibt die Möglichkeit die Nachbesserung zu verlangen (BGE 129 III 738ff., 748, E. 7.2).
- 81 Mit der Zahlung vom 8. November 2010 (**Beilage K-4**) hat die Beklagte die Rechnung anerkannt und leistet damit eine Schuldanerkennung. Diese kann, wie im vorliegenden Fall, konkludent erfolgen (GAUCH, N 1267). Es ist deshalb inkonsistent von der Beklagten zu behaupten, dass es eine Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises nie gegeben habe, obwohl sie genau diese zu erfüllen versucht.
- 82 Die Klägerin hält daran fest, dass das Glasbrechersystem in dem Zeitpunkt als abgeliefert im Sinne von Art. 366 OR zu betrachten ist als auch die Abnahme erfolgt ist. Der Beklagten steht somit kein Rücktrittsrecht gem. Art. 366 Abs. 1 OR mehr zu. Ebenso ausgeschlossen ist der Rücktritt gem. Art. 368 Abs. 1 OR, da das Verfehlen der vertraglich vereinbarten Garantie-

werte einzig an der falschen Glasmischung liegt, für welche die Beklagte Verantwortung trägt. Der Mangel an der Maschine hat die Beklagte durch Selbstverschulden zu verantworten. Damit sind alle Voraussetzungen zur Zahlung des Kaufpreises erfüllt. Die Fälligkeit ist gegeben, Ausschlussgründe sind keine vorhanden und die Verjährung der Forderung ist nicht eingetreten.

B. Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der bezahlten Raten

1. Verzug der Klägerin gem. Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR

- 83 Da die Parteien in ihrem Vertrag nichts über den Verzug geregelt haben kommen wie schon in Rz 60 erwähnt die Bestimmungen des OR zur Anwendung. Wie bereits in Rz 60 erwähnt muss sich der Unternehmer mit der Herstellung des Werkes in Verzug befinden damit der Unternehmer nach Art. 366 Abs. 1 OR zurücktreten kann. Für allgemeine Ausführungen über die Verspätung in der Ausführung des Werkes siehe Rz 62ff. Des Weiteren darf das Werk noch nicht vollendet sein. Die Vollendung eines Werkes ist erfüllt, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, die der Unternehmer schuldet (BGE 115 II 456ff., 458, E. 4).
- 84 Die Klägerin hat die Glasbrecheranlage geliefert, sie montiert und die Kaltinbetriebnahme als auch die Warmtests durchgeführt. Das Einzige, was nicht durchgeführt werden konnte, ist die Abnahmeprüfung. Während der Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010 (**Beilage K-2**) wurde vertragswidriges Glas in die Maschine eingeführt, welches den Trichter verbeulte und somit die Inbetriebnahme abgebrochen werden musste. Nach erfolgter Reparatur wurde am 29. November 2010 ein zweiter Inbetriebnahmeversuch gestartet. Der zweite Test zeigt, dass die Maschine während der Anwesenheit der Klägerin einwandfrei funktionierte und zwischenzeitlich eine Leistung von 5,4 Tonnen pro Stunde erreichte.
- 85 Dem Vorwurf der Beklagten, das Werk weise „konzeptionelle Mängel“ auf, muss mit der Tatsache entgegnet werden, dass beim Inbetriebnahmeversuch am 9. Juni 2011 (**Beilage K-2**) das durchschnittliche Gewicht der Glaszusammensetzung nur 68.75 % vom vertraglich Vereinbarten betrug. Trotzdem erreichte die Maschine 80% der vertraglichen Leistung. Bei der zweiten Inbetriebnahme am 29. November 2010 (**Beilage B-1**) bewegte sich die Leistung der Maschine, unter Aufsicht der Klägerin, gar zwischen 102% und 108%. Die garantierten fünf Tonnen wurden deutlich übertroffen. Von grundlegenden „konzeptionellen Mängeln“ kann gar keine Rede sein, denn eine Maschine mit derart gravierenden Mängeln würde eine Leistung von über 100% erbringen.
- 86 Die Klägerin weist daraufhin, dass die vertragswidrige Glaszusammensetzung auch bei der zweiten Inbetriebnahme vom 29. November 2010 wieder Ursache für die Störungen war. Aus

diesem Grund konnte die Klägerin die Abnahmeprüfung, wie sie gem. Art. 3.3.2 Annex I gefordert wird, nicht durchführen. Die Klägerin hat alle vertraglichen Pflichten gem. Art. 5.2.1 Annex III erfüllt. Sie hat folglich gehörig geleistet. Die Beklagte hat aber ihre vertraglich geregelten Vorbedingungen gem. Art. 5.2.2 Annex III, namentlich die vertraglich vereinbarte Glaszusammensetzung bereitzustellen, verletzt. Diese Vorbedingungen sind eine Voraussetzung für den Beweis der garantierten Leistungsdaten. Es war also der Klägerin gar nicht möglich die garantierten Leistungsdaten zu erbringen, weil die Beklagte eine Leistungsverpflichtung verletzt hat.

2. Rückforderung der bezahlten Raten nach Art. 368 Abs. 1 OR

87 Wie bereits in Rz 71 erwähnt liegt ein Werkmangel vor, den die Klägerin aber nicht zu vertreten hat. Die Beklagte hat gem. Rz 73ff. den Mangel, der im Nichterreichen der Leistungsgarantien besteht, selbst verschuldet und somit ist die Klägerin nach Art. 369 OR von ihrer Mängelhaftung befreit.

3. Fazit

88 Beim Schuldnerverzug nach Art. 366 Abs. 1 OR darf das Werk noch nicht vollendet sein. Wie oben ausgeführt ist die Glasbrecheranlage vollendet und abgeliefert und die Klägerin hat alle ihr obliegenden Pflichten erfüllt (Rz 85f.). Der Rücktritt und die Rückforderung der bezahlten Raten durch die Beklagten nach Art. 366 Abs. 1 OR ist somit nicht mehr möglich. Zudem ist der Verzug der Klägerin mit der Ablieferung des Werks nach Art. 102 ff. OR auch ausgeschlossen, da das Werk vollendet und abgenommen ist (Rz 67).

89 Andere Leistungsstörungen, wie z.B. die Schlechtleistung, werden vom Verzugsrecht nicht erfasst und fallen auch nicht unter den Tatbestand des Art. 366 Abs. 1 OR (BGE 130 III 591ff., 596, E. 2). Wenn das Werk nicht in der vereinbarten Qualität abgeliefert wurde, liegt vielmehr ein Fall von Gewährleistungsansprüchen nach Art. 367-371 OR vor.

90 Es liegt ein Werkmangel vor. Dieser besteht darin, dass die Maschine nicht die zugesicherten Leistungsgarantien erbringen konnte. Die Klägerin hat aber für diesen Mangel keine Haftung zu übernehmen, denn die Beklagte hat den Werkmangel durch die Bereitstellung von vertragswidrigem und somit mangelhaftem Glas selbst verschuldet. Dadurch hat sie ihre Mängelrechte nach Art. 368 OR verwirkt. Sie kann demnach die bereits bezahlten Raten mit Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR nicht zurückfordern, da die Klägerin von ihrer Mängelhaftung gem. Art. 369 OR befreit ist. Die Beklagte kann vom Vertrag nicht zurücktreten und somit auch die bereits bezahlten Raten nicht zurückfordern.