

Bietmann Industrieanlagen AG

Otto-von-Bismarck-Allee 4A

10557 Berlin

Deutschland

Vertreten durch das Moot Court Team 8

Elisa Aliotta

Philip Andrea Berti

Georges Clemmer

Nicolas Haas

EINSCHREIBEN

Frau Prof. Dr. Z

Seetangweg 44

Postfach 2546

8043 Zürich

Zürich, 15. Dezember 2011

Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011:

KLAGESCHRIFT

Bietmann Industrieanlagen AG

Otto-von-Bismarck-Allee 4A, DE-10557 Berlin, Deutschland

Vertreten durch Moot Court Team 8

Klägerin

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34, CH 6340 Baar, Schweiz

Vertreten durch Moot Cour Team [...]

Beklagte

Sehr geehrte Frau Präsidentin

Sehr geehrte Herren Mitschiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende

I. 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.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. März 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. April 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 23. Mai 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Juni 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Juli 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 22. August 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. September 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Oktober 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. November 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. Dezember 2011;
 - CHF 100'000.- am 23. Januar 2012;
 - CHF 100'000.- am 21. Februar 2012;
 - CHF 100'000.- am 21. März 2011;
 - CHF 100'000.- am 23. April 2012;

etc.
3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*
4. *Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.*
5. *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.*
6. *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.

- 7. 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.*

I	Rechtsbegehren.....	I
II	Inhaltsverzeichnis.....	IV
III	Literaturverzeichnis.....	VI
IV	Urteilsverzeichnis	X
1	Leistung des Kostenvorschusses	1
1.1	Ausgangslage	1
1.2	Anspruch auf Zahlung des Kostenvorschusses	1
1.2.1	Vertragliche Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses.....	1
1.2.2	Materiellrechtliche Natur der Pflicht.....	2
1.2.3	Fälligkeit der Forderung.....	2
1.2.4	Einwendungen der Beklagten.....	3
1.2.5	Fazit.....	3
1.3	Ansprüche bei Nichtzahlung des Vorschusses durch die Beklagte.....	3
1.3.1	Anspruch auf Leistung aus Art. 112 Abs. 1 OR.....	4
1.3.2	Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 97 OR	5
1.3.2.1	Nicht gehörige Erfüllung	5
1.3.2.2	Schaden.....	5
1.3.2.3	Kausalzusammenhang	5
1.3.2.4	Verantwortung der Beklagten.....	6
1.3.2.5	Fazit	6
2	Verpflichtung zur Vorlage des Vertrags über die Lieferung von Schrottglass	6
2.1	Ausgangslage	6
2.2	Rechtliche Grundlagen der Vorlagepflicht	6
2.2.1	Vorlage von Beweisstücken nach Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules.....	6
2.2.2	IBA Regeln.....	7
2.2.3	Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 182 Abs. 3 IPRG	7
2.2.4	Treu und Glauben.....	8
2.3	Anforderungen an das Editionsbegehren	8
2.3.1	Vernünftiges Mass an Spezialität	9
2.3.2	Verfüugungsmacht der Beklagten.....	9

2.3.3	Entscheidrelevanz.....	10
2.3.4	Fazit.....	10
3	Vorlegung der Korrespondenz.....	10
3.1	Verweis auf die Ausführungen zur Vorlagepflicht betreffend des Vertrags.....	10
3.2	Erforderliches Mass an Spezialität bei einer Kategorie von Dokumenten.....	11
3.3	Fazit.....	11
4	Zahlungsanspruch.....	11
4.1	Vorbemerkung	11
4.2	Zahlungsanspruchs gestützt auf Artikel 4.2.2. des Vertrages	11
4.3	Voraussetzungen der Abnahme	12
4.3.1	Nicht erfolgreich abgeschlossene Leistungstests	13
4.3.2	Fehlende Verantwortung des Auftragsnehmers	13
4.3.3	Abgelaufene Frist	13
4.4	Fazit.....	14
5	Betreffend Widerklage.....	14
5.1	Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR.....	14
5.2	Art. 366 Abs. 1 resp. Art. 368 Abs. 1 OR analog	15
5.3	Fazit.....	15
6	Geltendmachung des Zahlungsanspruches.....	16
6.1	In Bezug auf die fälligen Raten.....	16
6.2	In Bezug auf die <i>nicht</i> fälligen Raten.....	17
6.2.1	Bei Ratenzahlungen.....	17
6.2.2	Auf Grund eines antizipierten Vertragsbruches	17
6.3	Zwischenfazit.....	18
6.4	Ersatz des Schadens	18
6.5	Zum Eventualbegehren	19

II. Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS, N ...).

[Rz. 29]

BERTI STEPHEN, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: BERTI STEPHEN/KNELLWOLF MARKUS/ KÖPE KAROLY CHRISTIAN/WYSS MARTIN PHILIPP (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Zürich 1991 (zit. BERTI, S. ...).

[Rz. 5]

BOISSÉSON MATHIEU DE, Le droit français de l'arbitrage: interne et international, Paris 1990 (zit. BOISSÉSON, N ...).

[Rz. 31]

BÜHLER THEODOR, Verträge der Maschinen- und Industrieanlagenindustrie nach schweizerischem Recht, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BÜHLER, S. ...).

[Rz. 45, 47]

CRAIG LARENCE W./PARK WILLIAM W./PAULSSON JAN, International Chamber of Commerce arbitration, 3rd Edition New York 2000 (zit. CRAIG/PARK/PAULSSON, S. ...).

[Rz. 3,14]

DECURTINS CARL, Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts, Diss., Bern 1956 (zit. DECURTINS, S. ...)

[Rz. 78]

FADLALLAH IBRAHIM, Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties' Reciprocal Obligations, ICC Bulletin, Vol. 14/No. 1 Spring 2003 (zit. FADLALLAH, S. ... N ...).

[Rz. 3,14,16]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH, N ...).

[Rz. 45,47,63]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N ...).

[Rz. 7,70]

HABEGGER PHILIPP, Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin 2006, Special Supplement, Document Production in International Arbitration, Paris 2006 (zit. HABEGGER, S. ... N ...).

[Rz. 29]

HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage Basel/Frankfurt am Main 1990 (zit. HABSCHEID, S. ... N ...).

[Rz. 6]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (HRSG.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

[Rz. 62,63,72,86]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

[Rz. 3, 5,6,14,29,31]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/BÄRTSCH PHILIPPE, Discovery in international arbitration: How much is too much, SchiedsVZ 2004, Heft 1, 13ff (zit. KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. ...).

[Rz. 27,29]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/STUCKI BLAISE, International Arbitration in Switzerland - A Handbook for Practitioners, Zürich 2004 (zit. KAUFMANN-KOHLER/STUCKI, S. ...).

[Rz. 33]

KLÄSENER COHEN AMY/DOLGORUKOW ALEXANDER, Die Überarbeitung der IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2010, Heft 6, 302ff. (zit. KLÄSENER/DOLGORUKOW, S ...).

[Rz. 27]

KOFMEL SABINE, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992 (zit. Kofmel, § ... S. ...).

[Rz. 29]

KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss., Fribourg 2000 (zit. KRAUSKOPF, S. ... N ...).

[Rz. 16]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BÉSSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. POUDRET/BÉSSON, N ...).

[Rz. 27,31]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgericht nach Konkordat und IPRG, 2. Auflage Zürich 1993 (zit. RÜEDE/HADENFELDT, S. ...).

[Rz. 15, 31]

SECOMB MATTHEW, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration, ICC ICarb. Bulletin, 1/2003 (zit. SECOMB, S. ...).

[Rz. 3]

SCHENKER FRANZ, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik, Diss., Freiburg 1988, AISUF Band 80 (Zitiert: SCHENKER, N ...).

[Rz. 75]

SCHMID JÖRG, Die positive Vertragsverletzung im System des schweizerischen und des europäischen Privatrechts, in: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, BASEDOW JÜRGEN et. Al (Hrsg.), Tübingen 2001, S. 1021-1036 (zit. SCHMID, S. ...).

[Rz. 78]

SCHÜTZE ROLF A./TSCHERNING DIETER/WAIS WALTER, Handbuch des Schiedsverfahrens, Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage Berlin 1990 (zit. SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, S. ... N ...).

[Rz. 3,5,6,15]

STACHER MARCO, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2007 (zit. STACHER, S. ... N ...).

[Rz. 4,9,15,16]

TERCIER PIERRE/BERSHEDA TETIANA, Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint, ASA Special Series No. 35, Search for Truth in Arbitration: Is Finding Truth what Dispute Resolution is About, 2011 (zit. TERCIER/BERSHEDA, S. ...).

[Rz. 29,33]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI/1, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK-BEARBEITER-IN, N ... zu Art. ... OR)

[Rz. 73,74,75]

WIRTH MARKUS, Ihr Zeuge, Herr Rechtsanwalt! Weshalb Civil Law Schiedsrichter Common-Law-Verfahrensrecht anwenden?, SchiedsVZ 2003, Heft 1, S. 9ff. (zit. WIRTH, S. ...).

[Rz. 27]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Zürich 2005 (zit. Rules-BEARBEITER, Art. ... N ...).

[Rz. 3,5,14,16,26,33]

III. Urteilsverzeichnis

BGer 4C. 58/2004 vom 23. Juni 2004 [Rz. 72,79]

BGer 4P.129/2002 vom 26. November 2002 [Rz. 29]

BGer 5C.57/2001 vom 15. Mai 2001 [Rz. 71]

BGE 131 III 319 [Rz. 88]

BGE 130 III 66 [Rz. 3]

BGE 123 III 16 [Rz. 83]

BGE 119 II 135 [Rz. 75,77]

BGE 117 II 346 [Rz. 29]

BGE 110 II 141 [Rz. 72,79]

BGE 69 II 243 [Rz. 19,78]

BGE 52 II 137 [Rz. 75]

ZR 40/1941, Nr. 114, S. 293 ff. [Rz. 78]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 9. Juli 2002, CISG-Online Nr. 726 [Rz. 45]

An den bisher gemachten Ausführungen in der Einleitungsanzeige und Ergänzung der Einleitungsanzeige halten wir vollumfänglich fest und ergänzen sie wie folgt:

1 Leistung des Kostenvorschusses

1.1 Ausgangslage

1. Die Klägerin und die Beklagte haben mit Art. 12 des Lieferungsvertrags (K-1; im Folgenden „der Vertrag“) eine Schiedsvereinbarung getroffen, die vorsieht, dass allfällige Schiedsverfahren gemäss der Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (Swiss Rules) zu entscheiden sind.
2. Mit Beschluss vom 5. September 2011 forderte das Schiedsgericht die Klägerin und die Beklagte in Übereinstimmung mit Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules zur Zahlung eines je gleichzeitigen Kostenvorschusses auf. Mit Schreiben vom 13. September 2011 verweigert die Beklagte jedoch die Zahlung des Kostenvorschusses. Im Folgenden wird dargelegt, weshalb die Beklagte zur Leistung ihres Anteils am Kostenvorschuss zu verurteilen ist oder, wenn das Schiedsgericht davon absieht und die Klägerin den Anteil am Kostenvorschuss der Beklagten übernimmt, ihr ein Rückerstattungsanspruch zusteht.

1.2 Anspruch auf Zahlung des Kostenvorschusses

1.2.1 Vertragliche Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses

3. Die Schiedsvereinbarung ist anerkannterweise ein Vertrag, mit dem sich die ihr unterworfenen Parteien verpflichten, auf die Schlichtung allfälliger Streitigkeiten vor einem staatlichen Gericht zu verzichten und sich dem Schiedsgericht und dessen Urteil zu unterstellen (BGE 130 III 66 E. 3.1 S. 70; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 3). Des Weiteren verpflichten sich die Parteien alles zu tun, um die Durchführung des Schiedsverfahrens zu ermöglichen, wozu auch die Errichtung des Schiedsgerichtes und damit verbunden die Leistung der Kostenvorschüsse an dieses zählt (SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, S. 73 N 126; FADLALLAH, S. 55 N 7; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 4; Rules-STACHER, Art. 41 N 8). Diese Pflicht ergibt sich primär durch Verweis in der Schiedsvereinbarung auf eine Schiedsordnung, welche die Leistung solcher Vorschüsse vorsieht (CRAIG/PARK/PAULSSON, S. 263). Schiedsordnungen werden durch Verweis integraler Bestandteil einer Schiedsvereinbarung und sind somit als Vertragsbedingungen zu betrachten (SECOMB, S. 62).
4. Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules erlaubt es dem Schiedsgericht ausdrücklich, von den Parteien einen gleich hohen Betrag als Kostenvorschuss zu verlangen. Eine Nichtleistung der Vor-

schüsse hingegen kann die Einstellung des Verfahrens nach sich ziehen (Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules). Ferner ist es weit verbreitete Praxis von Schiedsgerichten, Kostenvorschüsse zu erheben, um die Verfahrenskosten sicherzustellen (vgl. Art. 41 Abs.1 UNCITRAL; Art. 30 Abs. 2 ICC Rules; Art. 70 lit. a WIPO Rules; Art. 45 Abs. 3 SCC Rules). Der Beklagten musste bei Vereinbarung der Schiedsklausel also bewusst gewesen sein, dass bei einer allfälligen Streitigkeit ein durch das Schiedsgericht bestimmter Kostenvorschuss zu entrichten sein würde, um die Durchführung des Schiedsverfahrens zu ermöglichen. Ferner hatte sie damit zu rechnen, dass die Tragung des Vorschusses durch Verweis auf die Swiss Rules für die Parteien hälftig ausfallen würde. Durch Wahl dieser Schiedsordnung verpflichtete sie sich folglich gegenüber der Klägerin, die Hälfte des Kostenvorschusses zu übernehmen (vgl. STACHER, S. 146 N 328).

1.2.2 Materielle rechtliche Natur der Pflicht

5. Die Schiedsvereinbarung enthält sowohl prozessuale als auch materielle rechtliche Pflichten (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, ART. 178 N 4; SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, S. 73 Einleitung zu N 126; Rules-STACHER, Art. 41 N 20). Die für die Ernennung der Schiedsrichter und die Leistung der Kostenvorschüsse nötigen Rechtshandlungen erfolgen auf rein privatrechtlicher Ebene zwischen gleichgestellten Rechtssubjekten (vgl. BERTI, S. 15). Sie tangieren oder regeln in keiner Weise das Verhältnis zwischen staatlichen Rechtspflegeorganen und den Parteien, sondern dienen einzig der organisatorischen Instandsetzung einer privaten Schiedsinstitution.
6. Die Leistung der Kostenvorschüsse ist folglich als materielle rechtliche und klagbare Pflicht einzuordnen (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, ART. 178 N 4; SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, S. 74 N 126; HABSCHIED, S. 516 N 838).

1.2.3 Fälligkeit der Forderung

7. Um eine Forderung verlangen und einklagen zu können, muss sie fällig sein (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2156). Die Fälligkeit kann sich nach Vertrag oder nach der Natur des Rechtsverhältnisses bestimmen (Art. 75 OR). Vertraglich wurde kein Fälligkeitstermin vereinbart. Vielmehr ergibt sich der Fälligkeitstermin aus der Natur des Rechtsverhältnisses, und zwar durch die Fristsetzung für die Zahlung der Kostenvorschüsse durch das Schiedsgericht. Dieses setzte in seinem Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1 vom 5. September 2011 für die Zahlung der Kostenvorschüsse beiden Parteien eine Frist bis zum 5. Oktober 2011 an. Die Forderung wurde also am 5. Oktober 2011 fäl-

lig, womit die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung ihres Anteils am Kostenvorschuss hat.

1.2.4 Einwendungen der Beklagten

8. Die Beklagte macht in ihrem Schreiben vom 13. September 2011 folgende zwei Punkte geltend:
9. *a) Überhöhter Streitwert.* Die Beklagte macht geltend, die Klägerin hätte eine überhöhte und ungerechtfertigte Klageforderung gestellt, um damit den Streitwert und den Kostenvorschuss in die Höhe zu treiben. Wie die Klägerin in ihrer Einleitungsanzeige sachlich dargelegt hat, sind die geltend gemachten Ansprüche in Anbetracht des Verhaltens der Beklagten weder ungerechtfertigt noch überhöht. Des Weiteren kann es nicht im Interesse der Klägerin liegen, unbegründet den Streitwert in die Höhe zu treiben, da die so höheren Kostenvorschüsse auch sie selber treffen würden. Vielmehr verhält sich die Beklagte rechtsmissbräuchlich, hat sie doch selbst bewusst durch ihre Widerklage den Kostenvorschuss erhöht und weigert sich nun, ihren Anteil daran zu übernehmen (STACHER, S. 151 N 339).
10. *b) Widerklagestreitwert.* Die Beklagte behauptet, das Missverhältnis zwischen dem Klagestreitwert und dem Widerklagestreitwert sei dergestalt, dass eine hälftige Teilung des Kostenvorschusses stossend sei. Wie unter Rz. 4 dargelegt, haben sich sowohl Klägerin als auch Beklagte durch die Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung dazu verpflichtet, nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules die Kostenvorschüsse hälftig zu teilen. Ferner hat das Schiedsgericht gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules rechtmässig nach seinem Ermessen auf eine hälftige Teilung entschieden.
11. Die Einwendungen der Beklagten sind somit unbegründet und ändern nichts an ihrer Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses.

1.2.5 Fazit

12. Die Beklagte ist vertraglich verpflichtet, ihren Anteil des vom Schiedsgericht festgelegten, fälligen Kostenvorschusses zu leisten.
13. *Sie sei deshalb vom Schiedsgericht zu verurteilen, CHF 125'000.- Kostenvorschuss zu leisten.*

1.3 Ansprüche bei Nichtzahlung des Vorschusses durch die Beklagte

14. Weigert sich eine Partei, ihren Anteil am Kostenvorschuss zu bezahlen, und übernimmt die andere Partei die Bezahlung beider Kostenvorschüsse, so hat letztere gegenüber ersteren einen Rückerstattungsanspruch bezüglich des übernommenen Vorschusses (BSK IPRG-

WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 82; Rules-STACHER, Art. 41 N 20; CRAIG/PARK/PAULSSON, S. 268; FADLALLAH, S. 55 N 7). Dieser stützt sich im schweizerischen materiellen Recht, welches vorliegend Anwendung findet (vgl. Art. 12.3 des Vertrages), auf folgende Anspruchsgrundlagen:

1.3.1 Anspruch auf Leistung aus Art. 112 Abs. 1 OR

15. Wie unter Rz. 4 dargestellt, haben sich die Klägerin und die Beklagte in der Schiedsvereinbarung gegenseitig verpflichtet, dem Schiedsgericht (bzw. den Schiedsrichtern) Kostenvorschüsse zu leisten. Das Schiedsgericht ist dabei keine Vertragspartei des Schiedsvertrages, sondern als begünstigte Dritte zu qualifizieren (SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, S. 96 N 171; STACHER, S. 146 N 328). Die Schiedsvereinbarung stellt somit einen Vertrag zugunsten eines Dritten dar (Art. 112 OR). Ob dem Dritten ein Forderungsrecht zustehen soll, ergibt sich gemäss Art. 112 Abs. 2 OR aus dem Willen der Vertragsparteien oder aus der Übung. Die Klägerin und die Beklagte haben dem Schiedsgericht ein solches Forderungsrecht nicht ausdrücklich eingeräumt. Es kann auch nicht in ihrem Interesse gelegen haben, dem Schiedsgericht ein solches zuzugestehen. Schiedsparteien leisten die Kostenvorschüsse, um das Schiedsverfahren stattfinden lassen zu können, dessen Durchführung einzig im Interesse der Klägerin und der Beklagten, nicht in dem der Schiedsrichter steht. Deshalb kann es nicht ihrem übereinstimmenden Willen entsprochen haben, den Schiedsrichtern ein solches Instrument zur Erzwingung des Verfahrens einzuräumen. Auch entspricht es in keiner Weise der Übung, dass Schiedsgerichte Kostenvorschüsse einklagen. Dieses Vorgehen widerspräche vehement dem Vertrauen zwischen allen beteiligten Parteien (RUEDE/HADENFELDT, S. 223; SCHÜTZE/TSCHERNING/WAIS, S. 133 N 245). Demzufolge liegt ein unechter Vertrag zugunsten eines Dritten vor (Art. 112 Abs. 1 OR).
16. Die Promissarin kann bei einem unechten Vertrag zugunsten eines Dritten grundsätzlich jederzeit frei über die Forderung gegen die Promittentin verfügen, soweit dem nicht die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht (KRAUSKOPF, S. 143 N 560), und Leistung an sich selber verlangen (KRAUSKOPF, S. 169 N 671). Jederzeit den Kostenvorschuss an sich selber anstatt an das Schiedsgericht verlangen zu können, widerspräche dem Sinn der Schiedsvereinbarung. Die vorliegende Konstellation, in der sich die Beklagte weigert, den Kostenvorschuss zu leisten und der in der Folge von der Klägerin übernommen werden muss, berechtigt jedoch zu einem solchen Vorgehen. Die Leistung der säumigen Beklagten an das Schiedsgericht ist nunmehr obsolet, die vertragliche Pflicht zu leisten aber immer noch gegeben (Rules-

STACHER, Art. 41 N 19; FADLALLAH, S. 56 N 10) und fällig (siehe Rz. 7). Deshalb kann die nichtsäumige Partei Leistung an sich selbst verlangen.

17. Deshalb sei die Beklagte zu verpflichten, CHF 125'000.- an die Klägerin zu leisten.

1.3.2 Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 97 OR

18. Damit ein Anspruch auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 97 OR besteht, müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

1.3.2.1 Nicht gehörige Erfüllung

19. Jede Vertragspartei ist verpflichtet, alle Handlungen zu unterlassen, die den Vertragszweck vereiteln oder gefährden könnten (BGE 69 II 243 E.4 S. 244). Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 13. September 2011 eindeutig kundgetan, ihren Anteil am Kostenvorschuss nicht zu leisten. Dadurch hat sie den Vertragszweck, die Durchführung des Schiedsverfahrens, eindeutig gefährdet. Sie machte die Weiterführung des Verfahrens von der Solvenz der Klägerin abhängig, die sich gezwungen sah, den Vorschuss der Klägerin zu übernehmen, um die Sistierung des Verfahrens gemäss Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules zu vermeiden.

1.3.2.2 Schaden

20. Dadurch, dass die Klägerin denjenigen Anteil am Kostenvorschuss übernahm, zu deren Leistung die Beklagte vertraglich verpflichtet gewesen wäre, entstand ihr eine unfreiwillige Vermögenseinbusse in Form einer Verminderung der Aktiven. Ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses (Nichtleistung des Kostenvorschusses) wäre ihr Vermögensstand um CHF 125'000.- höher, als er gegenwärtig ist. Somit ist ein Schaden in der Höhe von CHF 125'000.- seitens der Klägerin festzustellen.

1.3.2.3 Kausalzusammenhang

21. Hätte die Beklagte den Kostenvorschuss geleistet, so hätte ihn nicht die Klägerin übernehmen müssen und keinen Schaden erlitten. Die Nichtleistung des eigenen Anteils am Kostenvorschuss ist ferner nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, die Gegenpartei dazu zu zwingen, ihn zu übernehmen und ihr so einen Schaden zuzufügen. Der natürliche und der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der nicht gehörigen Erfüllung und dem Schaden sind folglich zu bejahen.

1.3.2.4 Verantwortung der Beklagten

22. Der Exkulpationsbeweis liegt bei der Beklagten (Art. 97 Abs. 1 OR). Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Beklagte vorsätzlich ihren Kostenvorschuss nicht geleistet hat, womit ihr eindeutig ein Verschulden zuzurechnen ist.

1.3.2.5 Fazit

23. *Der Tatbestand der positiven Vertragsverletzung gemäss Art. 97 OR ist erfüllt. Die Beklagte sei somit zu verurteilen, der Klägerin den Schaden in Höhe von CHF 125'000.- zu ersetzen.*

2 Verpflichtung zur Vorlage des Vertrags über die Lieferung von Schrottglas

2.1 Ausgangslage

24. Die Beklagte macht in der Einleitungsanzeige und Anzeige der Widerklage geltend, dass die vereinbarten Leistungsgarantien im Rahmen der Inbetriebnahmeversuche aufgrund von angeblichen konzeptionellen Mängeln des Glasbrechersystems, welche die Klägerin zu verantworten habe, nicht hätten erreicht werden können. Hierzu ist anzumerken, dass entsprechend den Ausführungen unter Rz. 66 f. die Klägerin ein gut funktionierendes, mängelfreies Werk ablieferte. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Inbetriebnahmeversuche aufgrund der Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Glaszusammensetzung fehlschlug. Die Bereitstellung der Glasmischung zum Nachweis der Leistungsgarantien lag im Verantwortungsbereich der Beklagten (Annex III 5.2.2). Zum Nachweis der Glaszusammensetzung beantragt die Klägerin hiermit vom Schiedsgericht die Verpflichtung der Beklagten zur Vorlage des noch näher zu umschreibenden Vertrags.

2.2 Rechtliche Grundlagen der Vorlagepflicht

25. Das Beweisverfahren und somit die Frage der Verpflichtung der Beklagten zur Vorlage des Vertrags über die Lieferung von Schrottglas richtet sich im Folgenden nach dem anwendbaren Recht laut Konstituierungsbeschlusses des Schiedsgerichts vom 5. September 2011. Zunächst soll aufgezeigt werden, auf welche rechtlichen Grundlagen die Klägerin ihr Editionsbegehren stützt.

2.2.1 Vorlage von Beweisstücken nach Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules

26. Gemäss Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules steht dem Schiedsgericht die Befugnis zu, in jedem Verfahrensabschnitt die Parteien „zur Vorlage von Schrift- oder Beweisstücken oder anderen

Beweisen innerhalb einer von ihm bestimmten Frist aufzufordern.“ Eine solche Editionsverfügung kann durch das Schiedsgericht aufgrund eigener Initiative oder *auf Gesuch einer Partei* hin erlassen werden (Rules-NATER-BASS, Art. 24 N 11). Nach dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules besteht somit eine Verpflichtung der Beklagten, den Vertrag vorzulegen, wenn das Schiedsgericht sie dazu auffordert. Die Swiss Rules selbst enthalten jedoch keine detaillierten Kriterien, anhand welcher die Zulässigkeit solcher Editionsbegehren durch das Schiedsgericht beurteilt werden kann (Rules-NATER-BASS Art. 24 N 16). Laut Konstituierungsbeschluss vom 5. September 2011 kann das Schiedsgericht bei der Entscheidungsfindung die IBA Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit berücksichtigen. Diese enthalten in ihrem Artikel 3 ausführliche Bestimmungen, bezüglich der Frage, wie mit solchen Editionsbegehren zu verfahren ist. Aus diesem Grund ist es dem Schiedsgericht naheulegen, die IBA Regeln zur Prüfung des Vorlagebegehrens heranzuziehen, wie im Folgenden dargelegt wird.

2.2.2 IBA Regeln

27. Die IBA Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit stellen eine eigenständige Verfahrensordnung dar, welche die Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zusammenfasst (KLÄSENER/DOLGORUKOW, S. 302; KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. 13). Die IBA Regeln halten gemäss Ziffer 1 ihrer Präambel ein effizientes, kostengünstiges und faires Verfahren für die Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit bereit. Daher erscheint in casu eine Anwendung der IBA Regeln durch das Schiedsgericht als angebracht. Die Praxis zeigt, dass sich auch Schiedsrichter aus dem kontinentaleuropäischen Raum bei der Beurteilung von Schiedsstreitigkeiten regelmässig von den IBA Regeln leiten lassen (WIRTH, S. 12; POUURET/BÉSSON, N 646). Bei Anwendung der IBA Regeln ergibt sich aus Art. 3.2 derselben das Recht der Parteien, im Schiedsverfahren Editionsbegehren zu stellen. Die einzelnen Anforderungen gemäss Art. 3.3 der IBA Regeln, welchen der Antrag auf Vorlegung von Dokumenten zu genügen hat, werden im Folgenden unter Rz. 33 ff. dargelegt.
28. *Es ergibt sich folglich auch aus den IBA Regeln eine Befugnis des Schiedsgerichtes, solchen Begehren stattzugeben und die Parteien zur Vorlage von Dokumenten zu verpflichten.*

2.2.3 Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 182 Abs. 3 IPRG

29. Art. 182 Abs. 3 des Gesetzes über das internationale Privatrecht (zit. IPRG) räumt den Parteien in internationalen Schiedsverfahren verfahrensrechtliche Minimalgarantien ein (BSK

IPRG-SCHNEIDER, Art. 182 N 1). Gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG hat das Schiedsgericht unabhängig vom gewählten Verfahrensrecht den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die Gleichbehandlung der Parteien zu wahren. Gestützt auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs besteht ein Recht der Parteien auf Berücksichtigung tauglicher und für den Ausgang des Verfahrens erheblicher Beweise durch das Schiedsgericht (BGer 4P.129/2002 vom 26. November 2002 E 7.1; BERGER/KELLERHALS, N 1028). Das Recht einer Partei auf Beweis beinhaltet sodann das Recht, die Vorlage von Dokumenten im Besitz der Gegenpartei zu verlangen, um Tatsachen, für welche die Partei die Beweislast trägt, nachzuweisen. Ein solcher Editionsanspruch besteht des Weiteren zum Nachweis von Tatsachen, mit welchen eine Partei die Abweisung einer Widerklage anstrebt (TERCIER/BERSHEDA, S. 80; KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. 17; vgl. auch Ausführungen von HABEGGER, S. 24 N 13 hinsichtlich Art. 29 Abs. 2 BV, welcher gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung inhaltlich Art. 182 Abs. 3 IPRG entspricht (BGE 117 II 346 E 1a S. 347) und Ausführungen von KOFMEL § 16 S. 183). In casu ist der besagte Vertrag taugliches Beweismittel zur Entkräftung der Widerklage der Beklagten.

30. *Der Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör nach Art. 182 Abs. 3 IPRG gebietet, dass das Schiedsgericht die Beklagte zur Vorlage des besagten Vertrags verpflichtet.*

2.2.4 Treu und Glauben

31. Des Weiteren ist heute anerkannt, dass sich die Befugnis des Schiedsgerichts, Dokumente auf Gesuch einer Partei von der Gegenpartei herauszuverlangen, bereits aus einer allgemeinen Verfahrensregel im internationalen Schiedsrecht ergibt (POUDRET/BÉSSON, N 650). Diese allgemeine Verfahrensregel lässt sich auf die Pflicht der Parteien zurückführen, sich nach Treu und Glauben zu verhalten (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 Rn 18 und 20; BOISSÉSON, N 751; RÜEDE/HADENFELDT, S. 263).
32. *Die Befugnis des Schiedsgerichts, die Beklagte zur Vorlage des Vertrags zu verpflichten, ergibt sich somit auch aus der Pflicht der Parteien, sich im Schiedsverfahren nach Treu und Glauben zu verhalten.*

2.3 Anforderungen an das Editionsbegehren

33. Wie bereits ausgeführt, wird in casu die Zulässigkeit des vorliegenden Editionsbegehrens anhand der Kriterien, welche die IBA Regeln aufstellen, begründet. Die IBA Regeln formulieren Voraussetzungen, die sich beinahe gänzlich mit den allgemein anerkannten Grundsätzen decken, nach welchen sich der Umgang eines Schiedsgerichts mit Editionsbegehren richtet

(TERCIER/BERSHEDA, S. 95 f.; Rules-NATER-BASS, Art. 24 N 18; KAUFMANN-KOHLER/STUCKI, S. 61).

2.3.1 Vernünftiges Mass an Spezialität

34. Das Urkundenvorlagebegehren der Klägerin muss zunächst gemäss Art. 3.3 (a) (i) der IBA Regeln den begehrten Vertrag genügend detailliert umschreiben, um so eine Identifizierung durch die Beklagte zu ermöglichen. Das vorliegende Editionsbegehren zielt auf die Vorlage des Vertrags, auf welchen die Beklagte ausdrücklich im Protokoll zum zweiten Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 Bezug genommen hat (B-1). Dort führte die Beklagte aus, die Glaszusammensetzung sei *„wahrscheinlich im Vertrag mit einem Glassammlungsunternehmen festgelegt worden“* (vgl. B-1). Inhaltlich bezieht sich der Vertrag auf die Glaszusammensetzung des Schrottglases, welches am 28. November 2010 für den zweiten Inbetriebnahmeversuch verwendet wurde.
35. *Aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte im obengenannten Protokoll selbst auf den Vertrag Bezug genommen hat, und daher weiss auf welches Dokument sich das vorliegende Antragsbegehren bezieht, kann auf eine nähere Umschreibung verzichtet werden. Eine Identifikation des vorzulegenden Vertrags sollte anhand der vorhergehenden Beschreibung ohne Probleme möglich sein*

2.3.2 Verfügungsmacht der Beklagten

36. Entsprechend Art. 3.3 (c) (i) der IBA Regeln darf sich das gewünschte Dokument nicht im Besitz, im Gewahrsam oder in der Verfügungsmacht des Antragsstellers befinden. Die Klägerin als Antragstellerin hat in casu keine Möglichkeit, selbst auf den Vertrag zuzugreifen. Dieser befindet sich vielmehr in der Verfügungsmacht der Beklagten. Hierfür spricht die Bezugnahme auf den Vertrag durch die Beklagte im obengenannten Protokoll. Auch ist die Herausgabe des Vertrags nicht mit einem derart grossen Aufwand für die Beklagte verbunden, dass die Vorlagepflicht als unverhältnismässig im Sinne des Art. 9.2 (c) der IBA Regeln erscheint. Angesichts der Aufbewahrungspflicht von Geschäftsbüchern nach Art. 957 Abs. 1 OR kann auch davon ausgegangen werden, dass die Beklagte Verträge betreffend ihre Geschäftstätigkeit zugänglich aufbewahrt. *Es ist festzuhalten, dass die Klägerin keinen Zugriff auf den gewünschten Vertrag hat, da sich dieser im alleinigen Einflussbereich der Beklagten befindet.*

2.3.3 Entscheidungsrelevanz

37. Weiter müssen die gewünschten Dokumente nach Art. 3.3 (a) IBA Regeln eine relevante Bedeutung für den Fall haben und wesentlich für die Entscheidung des Schiedsgerichts sein. Wesentlich für die Entscheidung des Schiedsgerichts und somit den Ausgang des Verfahrens ist die Frage, ob die Klägerin es zu verantworten hat, dass die Leistungsgarantien nicht erreicht werden konnten. Unsicherheit besteht nämlich zum jetzigen Zeitpunkt darüber, ob die Beklagte während des ganzen zweiten Inbetriebnahmeversuches die vertraglich vereinbarte Glaszusammensetzung benutzt hat. Sowohl die Tatsache, dass bereits beim ersten Inbetriebnahmeversuch eine falsche Glaszusammensetzung durch die Beklagte verwendet wurde (vgl. Beilage K.2), als auch das Protokoll zum zweiten Inbetriebnahmeversuch (B-1) legen den Schluss nahe, dass die Beklagte eine nicht vertragsgemäss Glasmischung verwendete. Stellt sich heraus, dass die Klägerin ihre Pflicht diesbezüglich verletzt und die Klägerin das Scheitern der Leistungstests nicht zu verantworten hat, so gilt die Abnahme des Werkes – wie in Rz. 50 ff. unten dargelegt wird– als erfolgt. Dies hätte zur Folge, dass die Beklagte weder direkt noch analog gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktreten kann.

2.3.4 Fazit

38. Das vorliegende Editionsbegehren entspricht den Anforderungen, welche die IBA Regeln aufstellen. Auch sind weder namhafte Verschwiegenheitspflichten noch sonstige Verweigerungsrechte gemäss Art. 9.2 (b) und (e) IBA Regeln der Beklagten ersichtlich. Das Interesse der Klägerin an der Aufklärung des Sachverhalts und damit an der Entkräftung der Widerklage überwiegt demnach.
39. *Dem Editionsbegehren ist stattzugeben und die Beklagte zur Vorlage des Vertrags über die Lieferung von Schrottglase zu verpflichten.*

3 Vorlegung der Korrespondenz

40. Für den Fall, dass die Glaszusammensetzung wider Erwarten nicht aus dem Vertrag hervorgeht, beantragt die Klägerin die Vorlage jeglicher E-Mail Korrespondenz oder sonstiger Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glassammelungsunternehmen.

3.1 Verweis auf die Ausführungen zur Vorlagepflicht betreffend des Vertrags

41. Es kann mit Bezug auf die rechtlichen Grundlagen und die Anforderungen an das Editionsbegehren grundsätzlich auf die Ausführungen in Rz. 33 ff. verwiesen werden. Ergänzungen bedürfen die Ausführungen zum erforderlichen Mass an Spezialität.

3.2 Erforderliches Mass an Spezialität bei einer Kategorie von Dokumenten

42. Als konkretes Indiz für die Existenz der Dokumente gemäss Art. 3.3 (a) (ii) der IBA Regeln kann das Protokoll vom 29. November 2010 herangezogen werden. Die Beklagte führt darin aus, die Glaszusammensetzung sei „*wahrscheinlich im Vertrag mit einem Glassammlungsunternehmen festgelegt worden*“. Wenn nicht, so sei die Zusammensetzung sicherlich in der E-Mail-Korrespondenz erwähnt worden“ (B-1). Die Klägerin darf demnach in guten Treuen davon ausgehen, dass eine nachweisliche Korrespondenz zwischen den Vertragsparteien existiert. Bezieht sich das Vorlagebegehren wie in casu auf eine Kategorie von Dokumenten, ist eine nähere Umschreibung bzw. Eingrenzung nach Art. 3.3 (a) (ii) der IBA Regeln erforderlich. Entsprechend dem Zweck dieses Editionsbegehrens beantragt die Klägerin die gesamte Korrespondenz *zwischen der Beklagten und dem besagten Glassammlungsunternehmen, welche sich inhaltlich auf die vertraglich vereinbarte Glaszusammensetzung für den Inbetriebnahmeversuch vom 28. November 2010 bezieht*. Da im Protokoll über den zweiten Inbetriebnahmeversuch ebenfalls auf die Korrespondenz Bezug genommen wurde, darf angenommen werden, dass der Beklagten bekannt ist, auf welche Dokumente sich das vorliegende Editionsbegehren bezieht.

3.3 Fazit

43. Geht die Glaszusammensetzung nicht aus dem Vertrag hervor, so ist dem Editionsbegehren stattzugeben und die Beklagte zu verpflichten, die Korrespondenz gemäss obiger Umschreibung dem Schiedsgericht vorzulegen.

4 Zahlungsanspruch

44. Der Klägerin steht ein Zahlungsanspruch auf Leistung der Raten gemäss Art. 4.2.2 des Vertrages zu.

4.1 Vorbemerkung

45. Es ist mit der Beklagten übereinstimmend davon auszugehen (vgl. N 12 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage), dass es sich beim vorliegenden Vertrag um einen Werkvertrag bzw. Werklieferungsvertrag gemäss Art. 363 ff. OR handelt (vgl. Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 9. Juli 2002, CISG-Online Nr. 726; GAUCH, N 239; BÜHLER, S. 29)

4.2 Zahlungsanspruchs gestützt auf Artikel 4.2.2. des Vertrages

46. Hauptpflicht der Beklagten ist die Vergütung des Werkes, wie sie in Art. 4 des Vertrages geregelt ist. Gemäss Art. 4.2.2 des Vertrages sind 90% des Gesamtvertragspreises in 36 Raten

geschuldeten, wobei „die erste Rate zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme gemäss Artikel 8“ zu bezahlen ist. Gemäss Art. 8.1 ist die Inbetriebnahme als „die Zeit zwischen Montageende und Abnahme“ definiert wird. Die Inbetriebnahme endet also mit der Abnahme.

47. Die Abnahme im Sinne des Vertrages entspricht der Ablieferung nach der Terminologie des OR (BÜHLER, S. 60 f.; GAUCH, N 97). Dies zeigt sich in der Formulierung des letzten Absatzes des Art. 8.3 des Vertrages: *„Nach der Abnahme ist der Auftragnehmer von all seinen Verpflichtungen, ausgenommen der Verpflichtungen aus Gewährleistung befreit.“*
48. Die Beklagte führt zu dieser Bestimmung in N 3 der Einleitungsantwort und der Anzeige der Widerklage Folgendes aus: *„Die vereinbarte Pflicht zur Zahlung der Raten gemäss Art. 4.2.2 des Lieferungsvertrages setzt somit voraus, dass das Werk die Leistungstests gemäss Artikel 8.2 besteht und im Sinne von Artikel 8.3 abgenommen ist.“*
49. Dieser Ansicht ist zu widersprechen. Art. 8.3. des Vertrages bestimmt die Fälle, in denen eine Abnahme als erfolgt gilt. Obschon die Abnahme bei Bestehen der Leistungstests erfolgt (1. Spiegelstrich), ist das Bestehen der Leistungstest in allen anderen Abnahmefällen keine Voraussetzung (2.-5. Spiegelstrich). Mitnichten kann daher gesagt werden, dass die Abnahme das Bestehen der Leistungstests voraussetzt. In diesem Sinne wurde auch im Annex III Art. 5.2.1 festgehalten, dass der Auftragnehmer seine vertraglichen Pflichten erfüllt, sollte der letzte Leistungstest aus Gründen, die der Auftraggeber zu vertreten hat, scheitern. Die Formulierung *„nach Inbetriebnahme“* stellt folglich einzig auf das Erfolgen der Abnahme ab.

4.3 Voraussetzungen der Abnahme

50. Laut Artikel 8.3 des Vertrages gilt in 5 Fällen die Abnahme als erfolgt. Der 4. Spiegelstrich der Auflistung der möglichen Abnahmefälle lautet dabei wie folgt:
51. *„(1) Der Inbetriebnahmezeitraum laut Artikel 8.1 ist abgelaufen, wobei der AUFTRAGNEHMER nicht die Möglichkeit hatte, die Leistungstests laut Annex III durchzuführen oder zu wiederholen, oder (2) wenn aus Gründen, für die der AUFTRAGNEHMER nicht verantwortlich ist, die Leistungstests bis zum Ende der geplanten Inbetriebnahme oder innerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten dieses Vertrages nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten, je nachdem, was früher eintritt [...].“ (Nummerierung eingefügt)*

52. Innerhalb des Spiegelstriches werden wiederum zwei Varianten (siehe Nummerierung) aufgeführt. Damit die Abnahme gemäss der zweiten Variante erfüllt ist, müssen drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

4.3.1 Nicht erfolgreich abgeschlossene Leistungstests

53. Die zwei durchgeführten Leistungstests mussten beide erfolglos abgebrochen werden. Dies geht aus den Protokollen vom 9. Juni 2010 (K-2) und vom 28. resp. 29. November 2010 (B-1) hervor.

4.3.2 Fehlende Verantwortung des Auftragsnehmers

54. Beide Male scheiterten die Leistungstests aus Gründen, welche in der Verantwortung der Beklagten lagen und nicht in derjenigen der Klägerin. Beim ersten Test verstopfte und beschädigte ein „*grosses, sperriges Eisenglasstück (1,6 x 0,3 x 0,3 Meter)*“ den Dosiertrichter (B-1). Dieses Eisenglasstück entsprach nicht der in Art. 6.1 des Annex III vertraglich vereinbarten maximalen Grösse von 1,5 x 0,5 x 0,2 Metern.
55. Gemäss Art. 5.2.2 Annex III hatte jedoch „*Der AUFTRAGGEBER für die Bereitstellung des für die Produktionslinie notwendigen Materials in der Qualität, Menge und zu der Zeit, wie für die Produktion benötigt, um das Leistungs- Testprogramm durchzuführen*“ zu sorgen.
56. Im Rahmen des zweiten Tests kam die Beklagte wahrscheinlich abermals ihrer vertraglichen Pflicht nicht nach. Wie von Herr Kummer zu Protokoll gegeben (B-1), legt die Verarbeitungsleistung der Maschine im Verlauf des zweiten Inbetriebnahmeversuches nahe (vgl. Verfahrensbeschluss 4. Tatsache 5.), dass die Beklagte, nachdem Herr Kummer die Anlage verlassen hatte, wiederum eine vertragswidrige Glaszusammensetzung verwendete.
57. Der Klägerin ist es zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich, den vollen Beweis für diese Behauptung zu erbringen, da ihr die erforderlichen Dokumente fehlen. Herr Fuchs ist seinem Versprechen, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen, noch nicht nachgekommen. Die Klägerin stellt deswegen das Rechtsbegehren auf Herausgabe des Vertrags bzw. der Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glaslieferanten.

4.3.3 Abgelaufene Frist

58. Es werden zwei Fristen statuiert, wovon mindestens eine abgelaufen sein muss. Die zweitgenannte Frist endet 8 Monate nach Vertragsschluss. Der Vertragsschluss fand am 22. Oktober 2009 statt, womit am 22. Juni 2010 die 8 Monate abgelaufen waren.

4.4 Fazit

59. Die Voraussetzungen des 4. Spiegelstrichs sind erfüllt. Die Abnahme gilt seit dem 22. Juni 2010 als erfolgt.

5 Betreffend Widerklage

60. An diesem Anspruch ändert auch das Rücktrittsschreiben der Beklagten (B-1, vgl. auch die Ausführungen in N 12 ff. der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage) nichts. Wie schon in N 1 der Ergänzung der Einleitungsanzeige festgehalten wurde, entbehrt der Rücktritt einer rechtlichen Grundlage. Im Folgenden legt die Klägerin dar, weshalb weder Art. 366 Abs. 1 OR noch Art. 366 Abs. 1 resp. Art. 368 Abs. 1 OR analog taugliche Rechtsgrundlagen darstellen.

5.1 Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR

61. Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Verträge zurücktreten (Art.366 Abs. 1 OR).
62. Das Gesetz knüpft in Art. 366 Abs. 1 OR an drei Fälle des Herstellungsverzuges an (vgl. BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 8). Die Beklagte ist gemäss ihren Aussagen in N 15 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage der Ansicht, dass die Klägerin „*mit der Ablieferung des Glasbrechersystems weit hinter dem Terminplan lag*“ und somit die Werkausführung vertragswidrig verzögerte. Es wurde in Rz. 59 dargelegt, dass die Ablieferung des Werkes bereits erfolgt ist und darum kein Fall von Herstellungsverzug vorliegt.
63. Unabhängig davon müssen für alle Fälle drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein: Die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes ist nur solange möglich als das Werk noch nicht abgeliefert ist (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 1), den Unternehmer kein Verschulden trifft (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 12) und der Besteller bei der Geltendmachung des Rechtes das Vorgehen nach den Regeln des Verzuges befolgt hat (GAUCH, N 675).
64. Im Zeitpunkt der Zustellung des Rücktrittschreibens am 7. März 2011 war das Werk schon lange abgeliefert; nämlich seit dem 22. Juni 2010. Bis zu dieser Ablieferung hat sich die Klägerin vertragskonform verhalten und alle Leistungen erbracht. Bei der Klägerin ist zuletzt auch keine Mahnung eingegangen, davon durfte jedoch nicht abgesehen werden, da kein Fall von Art. 102 Abs. 2 OR vorlag.

5.2 Art. 366 Abs. 1 resp. Art. 368 Abs. 1 OR analog

65. Die Beklagte behauptet weiter in N 14 der Einleitungsanwort und Anzeiger der Widerklage: *"Lässt sich in diesem Sinne bereits vor der Ablieferung voraussehen, dass ein unvermeidbarer Mangel den Besteller berechtigen wird, den Vertrag nach Ablieferung zu wandeln, steht diesem – in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 resp. Art. 368 Abs. 1 OR –ein Rücktrittsrecht zu."*
66. Wie oben dargestellt wurde, ist die Anwendung von Art. 366 OR auf Grund der bereits erfolgten Ablieferung weder direkt noch analog möglich. Ebenso wenig ist Art. 368 Abs. 1 OR einschlägig, setzt dieser doch erhebliche Mängel voraus. Zwar behauptet die Beklagte, das Werk leide an einem erheblichen Mangel, doch weder konkretisiert noch substantiiert die Beklagte diesen Mangel, sondern begnügt sich mit der Aussage, dass das Werk *„grundlegende konzeptionelle Mängel“* aufweise, die sie auf Grund der erfolglosen Leistungstests erkannt haben will. Wie oben in Rz. 54 ff. bereits dargelegt, scheiterte der erste Inbetriebnahmeversuch auf Grund der Beklagten: einerseits wies das Glas nicht die richtige Grösse auf, andererseits betrug das spezifische Gewicht lediglich 0.55 Tonnen/Kubikmeter. Trotz des geringeren spezifischen Gewichtes von 0.55 Tonnen/Kubikmeter wurde dennoch ein Leistungsdurchschnitt von 4 Tonnen pro Stunde erreicht; wäre das Glas 0.25 Tonnen/Kubikmeter schwerer gewesen, so hätte der Leistungsdurchschnitt 5.82 Tonnen pro Stunde betragen (ein Wert weit über dem vertraglich zugesicherten; vgl. Annex III 6.2.).
67. Auch der zweite Inbetriebnahmeversuch ist als Beleg von *„grundlegenden konzeptionellen Mängeln“* ungeeignet. Die Maschine erbrachte den zugesicherten Leistungsdurchschnitt, bis Herr Kummer die Anlage verliess (Verfahrensbeschluss 4. Tatsache 5). Die Vermutung wurde bereits geäussert, dass im Anschluss daran wieder Glas verwendet wurde, das nicht dem vertraglich vereinbarten entsprach (B-1) und damit der erfolgreiche Abschluss des Leistungstest verhindert wurde. Aus dem Protokoll geht auch hervor, dass Herr Fuchs sich um den Nachweis bemühen wollte, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen.

5.3 Fazit

68. Der Zahlungsanspruch der Klägerin besteht im Umfang der verbleibenden 35 Raten, da die Beklagte nicht gültig vom Vertrag zurückgetreten ist.

6 Geltendmachung des Zahlungsanspruches

6.1 In Bezug auf die fälligen Raten

69. Trotz vertragsgemässer Rechnungsstellung (K-3 und K-5; vgl. auch Verfahrensbeschluss Nr. 4 Tatsache 8) sind seit dem 8. November 2010 (K-4) keine Zahlungen eingegangen. In Anbetracht des „Rücktrittsschreibens“ (B-2) geht die Klägerin nunmehr davon aus, dass die Begleichung der ausstehenden Forderung auch in Zukunft nicht erfolgen werde. Sie macht daher die CHF 3'500'000 klageweise geltend.
70. Leistet der Schuldner nach Mahnung oder Ablauf des Verfalltages pflichtwidrig nicht, obwohl die Erfüllung fällig und möglich ist, befindet er sich in Verzug (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2658 ff.). Des Weiteren kann der Gläubiger gemäss dispositivem Recht bei zweiseitigen Verträgen zusätzlich auch auf die Leistung des Schuldners verzichten und dabei Schadenersatz aus Nicht-erfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, sofern dem Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt wurde, die ungenutzt verstrich, und die Ausübung des Wahlrechtes unverzüglich angezeigt wird (Art. 107 OR). Angewendet auf den vorliegenden Fall heisst dies Folgendes:
71. Für die Raten ist gemäss Art. 4.2.4 des Vertrages ein Verfalltag vereinbart worden (vgl. BGer 5C.57/2001 vom 15. Mai 2001 E.2b). Für 16 Raten ist dieser Verfalltag verstrichen, ohne dass eine Zahlung erfolgt wäre, womit sich die Schuldnerin im Umfang der 16 Raten (CHF 1'700'000) in Verzug befindet.

Auf diese ausständigen Raten hat die Beklagte gemäss Art. 4.3 des Vertrages 12% Verzugszinsen zu bezahlen.

72. Die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung ist für die Ausübung der Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR dann nicht erforderlich, wenn es aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Als unnütz erweist sich eine Nachfristansetzung insbesondere dann, wenn der Schuldner klar und definitiv erklärt, dass er nicht leisten werde (BGer 4C. 58/2004 vom 23. Juni 2004 E 3.3; BGE 110 II 141 E.1b S.143 f.; vgl. auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 108 N 2). Mit dem Schreiben vom 7. März 2011 (B-2) hat die Beklagte genau jene Absicht zum Ausdruck gebracht: sie wolle vom Vertrag zurücktreten und fordere überdies die bereits geleisteten Beträge an den Gesamtvertragspreis zurück. Da der angezeigte Vertragsrücktritt einer rechtlichen Grundlage entbehrt (vgl. Rz. 66 ff.), bringt das Schreiben letztlich nur die ernsthafte Absicht der Beklagten zum Ausdruck, dass sie nicht leisten werde.

73. Dem Erfordernis der unverzüglichen Abgabe der Wahlerklärung (i.c. Leistungsverzicht) wurde mit Eingabe der Einleitungsanzeige nur vier Tage nach Erhalt des Schreibens, das die definitive Erfüllungsverweigerung enthielt, genüge getan (vgl. BK-WEBER, N 141 ff. zu Art. 107 OR).
74. Gleichzeitig gibt die Klägerin auch ihre Entscheidung bezüglich des „grossen/zweiten“ und „kleinen/dritten“ Wahlrechts bekannt (vgl. BK-WEBER, N 147 zu Art. 107 OR):
- Die Klägerin verzichtet auf die Leistung, fordert an deren Stelle jedoch Schadenersatz in Höhe des positiven Interesses; und
 - wählt das Vorgehen gemäss der Austauschtheorie.

6.2 In Bezug auf die *nicht* fälligen Raten

6.2.1 Bei Ratenzahlungen

75. Sind– wie vorliegend gemäss Art. 4.2.2 des Vertrages – Ratenzahlungen, d.h. Teilleistungen mit gestaffelter Fälligkeit (BK-WEBER, N 215 zu Art. 107 OR) vereinbart worden, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Vorgehen nach Art. 107 OR *nur für die fälligen Raten möglich* (BGE 119 II 135 E.3b S. 140). Davon wird aber in denjenigen Fällen eine *Ausnahme* gemacht, in denen die künftige, korrekte Abwicklung des Vertrages gefährdet erscheint; der Gläubiger darf dann in analoger Anwendung des Art. 107 Abs. 2 OR auch auf die Leistung der noch nicht fälligen Raten verzichten (BGE 119 II 135 E.3b S. 140; 52 II 137 E.2 S. 142; SCHENKER, N 782, BK-WEBER, N 221 zu Art. 107 OR).
76. Vor dem Hintergrund der Ankündigung eines unberechtigten Rücktritts muss die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte ihrer Zahlungspflicht auch in Zukunft nicht nachkommen wird und somit die vereinbarte Vertragsabwicklung nicht nur gefährdet, sondern sogar vereitelt, womit die analoge Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR anwendbar wird.
77. Die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 2 OR müssen auch bei einer analogen Anwendung berücksichtigt werden (BGE 119 II 135 E. 3b S. 140). Diesbezüglich kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden (Rz. 72 und 73)

6.2.2 Auf Grund eines antizipierten Vertragsbruches

78. Der Schadenersatzanspruch in Höhe der noch nicht fälligen Raten rechtfertigt sich auch aus einem anderen Grund: durch das Verhalten der Beklagten wird nicht nur im Rahmen eines Ratenverzuges die künftige, korrekte Vertragsabwicklung gefährdet (vgl. Rz. 75 ff.), sondern auch generell antizipierter Vertragsbruch begangen, indem sie vor Fälligkeit klar und definitiv

erklärt hat, dass sie nicht gewillt ist, zu leisten (vgl. DECURTINS, S. 64 f.; SCHMID, S. 1024 f.). Damit begeht die Beklagte eine schwerwiegende Vertragsverletzung, indem sie eine Handlung vornimmt, die „geeignet [ist], den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln“ (BGE 69 II 243 E.4 S. 244). Vor diesem Hintergrund ist es der Klägerin nicht zuzumuten, am Vertragsverhältnis festhalten zu müssen (ZR 40/1941, Nr. 114, E.8 S. 302 f. und E.11 S.305; DECURTINS, S. 73).

79. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung berechtigt der antizipierter Vertragsbruch den Gläubiger in analoger Anwendung von Art. 107 Abs. 2 und Art. 108 Abs. 2 OR, die dort vorgesehenen Wahlrechte auszuüben, soweit dies die besonderen Verhältnisse gestatten (BGE 4C.58/2004 vom 23. Juni 2004 E. 3.3; BGE 110 II 141 E. 1b S. 143.)
80. Es wurde bereits dargelegt, dass ein Rücktrittsrecht der Beklagten nicht besteht (vgl. Rz. 60 ff.). Während das Schreiben somit nicht die von der Beklagten gewünschte rechtliche Wirkung herbeiführt, bringt es jedoch ihre Absicht unzweideutig und klar zum Ausdruck, nicht am Vertrag festhalten zu wollen. Die Leistungsverweigerung erfolgt zudem vor Fälligkeit der verbleibenden 19 Raten.
81. Bezüglich der Erfordernisse der Nachfristansetzung und unverzüglichen Wahlabgabe kann auf die Rz. 72 und 73 verwiesen werden.

6.3 Zwischenfazit

82. *Die Klägerin kann gestützt auf Art. 107 Abs. 2 i.V. mit Art. 108 Ziff. 1 OR sowohl in Bezug auf die fälligen als auch noch nicht fälligen Raten auf deren nachträgliche Leistung verzichten und Ersatz des aus Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen.*

6.4 Ersatz des Schadens

83. Entscheidet sich der Gläubiger mit dem Verzicht auf die nachträgliche Leistung für Schadenersatz aus Nichterfüllung, so hat der Schuldner ihm den Wert der Leistung zu ersetzen, auf die der Gläubiger verzichtet hat (BGE 123 III 16 E.4b S. 22). Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des sogenannten positiven oder Erfüllungs-Interesses; er ist vermögensmässig so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre (BGE 123 III 16 E.4b S. 22).
84. Die Klägerin verzichtet auf die nachträgliche Leistung aller Raten. Bei ordnungsgemässer Erfüllung des Vertrages, also Abzahlung aller noch geschuldeten Raten, hätten sich ihre Akti-

ven um CHF 3.5 Mio. zuzüglich 12% Verzugszinses auf die 16 fälligen Raten erhöht, womit ihr Erfüllungsinteresse dieser Summe entspricht.

85. Zwischen der Nichterfüllung und dem eintretenden Schaden besteht auch natürliche sowie adäquate Kausalität: Weil die Beklagte nicht vertragsgemäss geleistet hat, erhöhten sich die Aktiven der Klägerin nicht entsprechend.
86. Der Schadenersatzanspruch aus Art. 107 Abs. 2 OR richtet sich nach Art. 97 OR (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 16), mit der Auswirkung, dass die Klägerin nur den Schaden und die Kausalität beweisen muss, das Verschulden der Beklagten jedoch vermutet wird.

6.5 Zum Eventualbegehren

87. Für den Fall, dass das Schiedsgericht sowohl die Gefährdung der künftigen Vertragsabwicklung als auch das Vorliegen einer vor Fälligkeit erklärten Erfüllungsverweigerung verneint und die Beklagte nicht zu einer entsprechenden Leistung verurteilt, beantragt die Klägerin die Feststellung ihres Erfüllungsanspruches.
88. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Feststellungsklage zuzulassen, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit; erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert (BGE 131 III 319 E.3.5 S.325).
89. Durch das Verhalten der Beklagten ist die Klägerin in Ungewissheit bezüglich der vertraglichen Verpflichtungen geraten. Sie wartet vergebens seit dem 8. November 2010 auf weitere fällige Abschlagszahlungen und sieht sich nun seit dem Rücktrittsschreiben der Beklagten auch mit der Erfüllungsverweigerung der Beklagten konfrontiert. Die Unzumutbarkeit dieser Ungewissheit veranlasst die Klägerin dazu, den Zahlungsanspruch, der ihres Erachtens besteht, der richterlichen Beurteilung vorzulegen.

Wir ersuchen Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8