



**Universität
Zürich^{UZH}**

Moot Court Team 1

Sanna Herzog

Gil Scheitlin

Oliver Schmid

Philipp Siegfried

EINSCHREIBEN

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

18. April 2012

KLAGEANTWORT

Fall Nr. 875964-2011

In Sachen

Bietmann Industrieranlagen AG

Otto-von-Bismarck-Allee 4A,

DE-10557 Berlin, Deutschland

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 6

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34,

CH-6340 Baar, Schweiz

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 1

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Herren Schiedsrichter,

namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Frist folgende

Rechtsbegehren:

1. *Es sei die Klage der Klägerin und Widerbeklagten vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*

2. *Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 500'000 zu bezahlen,*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Dezember 2009 auf den Betrag von CHF 400'000;*

 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*

 - eventualiter:*
 - *zuzüglich Zins zu 5% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*

 - *zuzüglich Zins zu 5% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.*

3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

Vorwort

Zunächst wird die Beklagte zeigen, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten keinen klagbaren Anspruch auf Leistung des hälftigen Anteils am Kostenvorschuss an das Schiedsgericht hat.

In der Folge wird dargelegt, dass die Klägerin auch keinen klagbaren Anspruch auf Rückerstattung hätte, falls sie den gesamten Kostenvorschuss an das Schiedsgericht bezahlt hat.

Betreffend der Dokumente wird dargelegt, dass die Beklagte nicht zur Vorlage des Vertrags zwischen Ihr und dem Glassammlungsunternehmen sowie jeder E-Mail-Korrespondenz oder sonstigen Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler verpflichtet werden darf.

Darüber hinaus wird die Beklagte nachweisen, dass die Klägerin keinen klagbaren Anspruch auf Zahlung des Werklohns hat.

Schliesslich wird die Beklagte nachweisen, dass sie einen klagbaren Anspruch auf Rückleistung der geleisteten Raten hat.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	VI
Entscheidungsverzeichnis.....	IX
A Kein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses	1
I. Keine vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung des Kostenvorschusses	1
a) Art. 41 Swiss Rules begründen keine Pflicht	1
b) Kostenentscheid am Ende.....	2
c) Folgen der Nichtbezahlung sind abschliessend geregelt	2
d) Schiedsvereinbarung ist rein prozessualer Natur	2
e) Fazit	3
II. Kein Teilentscheid möglich	3
III. Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme sind nicht gegeben.....	3
a) Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme.....	3
b) Zusammenhang zwischen der vorsorglichen Massnahme und der Hauptsache.....	4
c) Kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil.....	4
d) Fazit	5
B Keine Rückerstattung des bezahlten Kostenvorschusses	5
C Editionsbegehren.....	5
I. Zuständigkeit und anwendbares Recht	5
II. Fehlende Voraussetzungen gemäss Art. 3 IBA Rules	6
a) Mangelhafte Umschreibung der Dokumente.....	6
b) Fehlende Relevanz und Wesentlichkeit gemäss Art. 3.3 (b) IBA Rules.....	7
aa) Relevanz für den Fall (Beweiserheblichkeit)	7
bb) Wesentlichkeit für die Entscheidung (Entscheiderheblichkeit)	8
c) Fazit	8
III. Berechtigte Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 9.2 (e) IBA Rules	8
IV. Ungenügender Schutz der Geschäftsgeheimnisse	9
a) Durch die Geheimhaltungspflicht nach Art. 43 Swiss Rules	9
b) Unzulässiger Beizug eines Sachverständigen gemäss Art. 3.8 IBA Rules	10
V. Fazit	10
D Fehlender Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Werklohns	10
I. Zeitpunkt der Ablieferung	10
II. Fehlen der Ablieferung	11
a) Erster Inbetriebnahmeversuch	11
b) Zweiter Inbetriebnahmeversuch	12
III. Keine Genehmigung des Werks	13
IV. Fazit	14
E Anspruch der Beklagten auf Rückerstattung der geleisteten Raten	15
I. Rücktritt vom Vertrag	15
a) Rücktrittsrecht nach Art. 102 ff. OR	15
aa) Verzug	15

bb) Nachfristansetzung	16
cc) Fazit.....	16
b) Rücktrittsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR	16
aa) Vorliegen eines erheblichen Mangels	17
bb) Keine Genehmigung des Werks.....	17
cc) Absolute Untauglichkeit zum Gebrauch	18
dd) Keine Wegbedingung der Gewährleistungsrechte	18
ee) Fazit.....	18
II. Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Raten	19
a) Vertragliches Rückabwicklungsverhältnis	19
b) Verzug	19
c) Fazit	20
III. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung	20
a) Bereicherung.....	20
b) Entreicherung	20
c) Nachträglich weggefallener Grund.....	20
d) Fazit	20

Literaturverzeichnis

- 1999 IBA WORKING PARTY & 2010 IBA RULES OF EVIDENCE REVIEW SUBCOMMITTEE: Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, <http://www.ibanet.org> (zitiert als: IBA REVIEW SUBCOMMITTEE; zitiert in Rz. 30, 40).
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ: International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Auflage, Bern 2010 (zitiert in Rz. 16).
- BRÄNDLI ROGER: Die Nachbesserung im Werkvertrag: eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich 2007 (zitiert in Rz. 66).
- BUCHER EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zitiert in Rz. 74).
- BÜHLER MICHA: Non-payment of the advance on costs by the respondent party – is there really a remedy?, ASA Bulletin 2/2006, S. 290–301 (zitiert als: BÜHLER, Advance on Costs; zitiert in Rz. 13).
- BÜHLER THEODOR: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998 (zitiert als: BÜHLER, OR; zitiert in Rz. 59, 66).
- FAVRE-BULLE XAVIER: Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie. Un tribunal arbitral peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, ASA Bulletin 2/2001, S. 227–245 (zitiert in Rz. 8).
- GAUCH PETER: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011 (zitiert in Rz. 46, 47, 48, 52, 59, 66, 68).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 9. Auflage, Zürich 2008 (zitiert in Rz. 3, 69, 80).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2006 (zitiert als: BSK IPRG-BEARBEITERIN; zitiert in Rz. 17, 44).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011 (zitiert als: BSK OR I-BEARBEITERIN; zitiert in Rz. 3).
- HUGUENIN CLAIRE: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2008 (zitiert in Rz. 53, 60, 71, 78, 80).

- KNELLWOLF MARKUS: Zur materiellrechtlichen Bedeutung des Schiedsabrede, in: BERTI STEPHEN/KNELLWOLF MARKUS/KÖPPE KAROLY CHRISTIAN/WYSS MARTIN PHILIPP (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Zürich 1991, S. 45–62 (zitiert in Rz. 10).
- KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Auflage, Bern 2009 (zitiert in Rz. 3).
- KÜHNER DETLEV: The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Journal of International Arbitration 2010, S. 667–677 (zitiert in Rz. 32).
- MITROVIC DOBROSAV: Advance to Cover Costs of Arbitration, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin 2/1996, S. 88–92 (zitiert in Rz. 4).
- MÜLLER THOMAS: IBA Rules of Evidence – ein Brückenschlag zwischen Common Law and Civil Law in internationalen Schiedsverfahren, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.): Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht II, Zürich 2003, S. 51–71 (zitiert in Rz. 27, 34, 36).
- RAESCHKE-KESSLER HILMAR: Die IBA Rules über die Beweisaufnahme in Internationalen Schiedsverfahren, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.): Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 14, Köln 2001, S. 41–75 (zitiert als: RAESCHKE-KESSLER, Beweisaufnahme; zitiert in Rz. 30, 34, 40, 43).
- RAESCHKE-KESSLER HILMAR: The Production of Documents in International Arbitration – a Commentary on Art. 3 of the New IBA Rules of Evidence, Arbitration International 2002, S. 411–430 (zitiert als: RAESCHKE-KESSLER, Commentary; zitiert in Rz. 36).
- RITZ PHILIPP: Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, in: STÜRNER ROLF/WALTER GERHARD (Hrsg.): Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 48, Tübingen 2007 (zitiert in Rz. 44).
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER: Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Auflage, Zürich 1993 (zitiert in Rz. 8, 44).
- SCHÖNLE HERBERT: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, Teilband 2a: Kauf und Schenkung, Zürich 1993 (zitiert in Rz. 3).
- VON SEGESSER GEORG: The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010, ASA Bulletin 2010, S. 735–752 (zitiert in Rz. 31, 32).
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974 (zitiert in Rz. 74).
- WEBER ROLF H.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung (Art. 97–109 OR), Bern 2000 (zitiert in Rz. 62, 73).

ZUBERBÜHLER TOBIAS/HOFMANN DIETER/OETIKER CHRISTIAN/ROHNER THOMAS (Hrsg.): IBA Rules of Evidence, Commentary, Zürich 2012 (zitiert in Rz. 29, 40).

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.): Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2005 (zitiert als: Zuberbühler/Müller/Habegger-BEARBEITER; zitiert in Rz. 13, 42).

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts:

28.05.1915, BGE 41 II 534.
25.06.1963, BGE 89 II 232.
12.11.1968, BGE 94 II 161.
11.04.1972, BGE 98 II 118.
15.05.1984, BGE 110 II 141.
29.09.1987, BGE 113 II 259.
11.10.1988, BGE 114 II 239.
15.03.1990, BGE 116 Ia 56.
17.02.1992, BGE 118 II 142.
26.03.1992, BGE 118 II 157.
21.11.1996, BGE 123 III 165.
17.03.2005, BGer 4C.469/2004.
18.04.2006, BGE 132 II 233.
01.06.2006, BGer 5C.59/2006.
10.11.2010, BGer 4A_391/2010.

ICC Case No. 11405, 26.03.2002, Interim Award; publiziert in ASA Bulletin 4/2003, S. 802–809 (zitiert als: ICC Case 11405).

ICC Case No. 12491, 01.06.2004, Sentence partielle N° 2; publiziert in ASA Bulletin 2/2006, S. 281–289 (zitiert als: ICC Case 12491).

A Kein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses

I. Keine vertragliche Verpflichtung zur Bezahlung des Kostenvorschusses

Die Klägerin legt in Rz. 7 und 10 der Klageschrift dar, dass es sich bei der hälftigen Bezahlung des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht um eine Pflicht gegenüber der Klägerin handelt. Der Ansicht der Klägerin kann aus den nachfolgenden Gründen nicht zugestimmt werden:

a) Art. 41 Swiss Rules begründen keine Pflicht

Gemäss der Klägerin geht aus Art. 38 ff. der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Januar 2006; nachfolgend: Swiss Rules) eine Kostenvorschusspflicht hervor (Klageschrift, Rz. 10). Eine solche geht jedoch nicht aus Art. 38 ff. Swiss Rules hervor. Einzig Art. 41 Swiss Rules äussert sich zum Thema Kostenvorschuss. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules hält jedoch einzig fest, das Schiedsgericht solle «jede Partei auffordern, einen gleichen Betrag als Vorschuss für die Kosten (...) zu hinterlegen.». Von einer Pflicht der Parteien zur Leistung des Kostenvorschusses ist hier nicht die Rede.

In gewissen Fällen kann das Schiedsgericht jedoch davon abweichen. Es kann *nach freiem Ermessen* separate Vorschüsse festsetzen, falls ein Beklagter Widerklage erhebt oder es nach den Umständen angemessen erscheint (Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules). Diese Möglichkeit widerspricht einer vertraglichen Verpflichtung zur Leistung des hälftigen Kostenvorschusses. Eine Forderung besteht oder sie besteht nicht. Es kann nicht im freien Ermessen des Schiedsgerichts liegen, ob eine vertragliche Verpflichtung zwischen den Parteien entstanden ist oder nicht (ICC Case 11405, S. 806). Eine Forderung muss zumindest bestimmbar gemacht werden (für das Kaufrecht: Art. 184 Abs. 3 OR; KOLLER, § 6 Rz. 37; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID Rz. 344 f.; s. auch BGE 118 II 157 E. 4b bb). Die Bestimmung der Forderung kann auch einer Partei oder einem Dritten überlassen werden. Jedoch kann die Bestimmung nicht nach freiem Ermessen erfolgen (BSK OR I-KOLLER, Art. 184 Rz. 47). Die jeweilige Partei würde sich sonst dem Schiedsgericht ausliefern. Eine Vereinbarung, welche ohne Beschränkung die Bestimmung über das Bestehen und die jeweilige Höhe der Forderung einem Dritten überlässt, geht zu weit (SCHÖNLE, Art. 184 Rz. 91). Aus dem oben ausgeführten folgt, dass eine freie Ermessensentscheidung darüber, ob eine vertragliche Verpflichtung zur hälftigen Bezahlung des Kostenvorschusses besteht oder nicht, der Natur einer vertraglichen Vereinbarung widerspricht.

Art. 41 Swiss Rules regelt nur das Verhältnis zwischen den Parteien und dem Schiedsgericht. Sie regeln nicht das gegenseitige Verhältnis zwischen den Parteien (vgl. MITROVIC, S. 89). Eine wechselseitige Verpflichtung zwischen den Parteien zur Leistung des Kostenvorschusses kann aus dem Verweis auf die Swiss Rules nicht abgeleitet werden. 4

Daher handelt es sich bei Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules nicht um eine vertragliche Verpflichtung. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules regelt bloss das Verfahren, nach welchem das Schiedsgericht die Parteien auffordern soll, den Kostenvorschuss zu hinterlegen (ICC Case 11405, S. 806 f.). 5

b) Kostenentscheid am Ende

Beim Kostenvorschuss handelt es sich bloss um eine provisorische und vorübergehende Verteilung der Kosten. Über die endgültige Höhe und die Verteilung der Kosten wird erst am Ende des Verfahrens entschieden (Art. 38 i.V.m. Art. 40 Ziff. 1 Swiss Rules). Eine Forderung kann keinen bloss vorübergehenden Charakter haben. Eine Forderung ist von vorneherein festgelegt und fixiert. In diesem Sinne handelt es sich beim Kostenvorschuss nicht um eine vertragliche Forderung. 6

c) Folgen der Nichtbezahlung sind abschliessend geregelt

Weiter spricht gegen eine vertragliche Verpflichtung zur Leistung des Kostenvorschusses, dass die Swiss Rules die Frage nach dem Vorgehen bei Nichtleistung des Vorschusses abschliessend regeln (ICC Case 12491, S. 286 f.). Es gibt nur zwei mögliche Folgen einer Nichtleistung: Die Gegenpartei wird aufgefordert, den gesamten Kostenvorschuss zu bezahlen, damit das Schiedsverfahren wie geplant fortgesetzt werden kann (Art. 41 Ziff. 4 Satz 1). Sollte die Gegenpartei nicht bereit sein, den gesamten Kostenvorschuss zu bezahlen und die Kosten daher nicht sichergestellt worden sein, kann das Schiedsgericht das Verfahren einstellen (Art. 41 Ziff. 4 Satz 2). Die Formulierungen in Art. 41 lassen keinen Zweifel daran, dass keine vertragliche Verpflichtung besteht. Mit keinem Wort wird eine solche Pflicht erwähnt, noch lassen die Regeln Raum für eine solche Verpflichtung. 7

d) Schiedsvereinbarung ist rein prozessualer Natur

Eine allfällige Pflicht zur Bezahlung des Kostenvorschusses wäre ein materiell-rechtlicher Anspruch. Die Schiedsvereinbarung ist aber eine Vereinbarung, welche rein prozessrechtlicher Natur ist (RÜEDE/HADENFELDT, S. 225). Es handelt sich um Bestimmungen, welche das prozessuale Vorgehen regeln sollen. Die Nichteinhaltung dieser Regeln hat lediglich Konsequenzen für das Verfahren (FAVRE-BULLE, S. 240 f.). Daher kann kein Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses aus der Schiedsvereinbarung abgeleitet werden. 8

Diese Ansicht wird auch durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts gestützt (BGE 41 II 534, E. 2; bestätigt in BGE 116 Ia 56, E. 2a). Das Bundesgericht hält in seinem Ent- 9

scheid fest, dass Schiedsklauseln Vereinbarungen prozessualer Natur sind.

Gemäss KNELLWOLF enthält eine Schiedsvereinbarung keinen zivilrechtlichen Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses. Er kommt daher zum Schluss, dass die Schiedsvereinbarung keine Grundlage für einen Anspruch auf die Leistung des Kostenvorschusses bilden kann (KNELLWOLF, S. 59 f.). 10

Aus dem oben gesagten folgt, dass der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses nicht vereinbar ist mit der rein prozessualen Natur der Schiedsvereinbarung. Daher kann aus der Schiedsvereinbarung kein Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses abgeleitet werden. 11

e) Fazit

Auf Grund der oben gemachten Ausführungen handelt es sich bei der Leistung des Kostenvorschusses, entgegen den von der Klägerin in Rz. 7 und 10 gemachten Ausführungen, nicht um eine vertragliche Verpflichtung. 12

II. Kein Teilentscheid möglich

Die Klägerin hat sich zur Möglichkeit der Fällung eines Teilentscheids durch das Schiedsgericht nicht geäußert. In der Literatur wird das Vorgehen teilweise für zulässig gehalten (s. Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 Rz. 20). Falls jedoch keine vertragliche Verpflichtung besteht, kann auch kein Teilentscheid gefällt werden (BÜHLER, Advance on Costs, S. 293). Im vorliegenden Fall fällt daher die Möglichkeit eines Teilentscheids dahin. Es besteht kein Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses und daher kann auch nicht in einem Teilentscheid darüber entschieden werden. 13

III. Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme sind nicht gegeben

Die Klägerin macht geltend, dass die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 26 Ziff. 1 Swiss Rules gegeben sind und beantragt daher den Beschluss einer vorsorglichen Massnahme (Klageschrift, Rz. 15 ff.). Wie bereits weiter oben ausgeführt, besteht kein Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses. Selbst wenn das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, dass ein solcher Anspruch besteht, so kann dazu keine vorsorgliche Massnahme erlassen werden, da die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme nicht gegeben sind. Siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen. 14

a) Kompetenz des Schiedsgerichts zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme

Die Kompetenz des Schiedsgerichts wird von der Beklagten nicht bestritten, selbst wenn das Schiedsgericht über seinen Honoraranspruch keinen vollstreckbaren Entscheid erlassen kann. Dies entgegen der Ausführung in der Klageschrift (Rz. 16), welche sich zur Untermauerung dieser Ansicht auf einen Entscheid des Bundesgerichts stützt (BGer 4A_391/2010). In 15

diesem Entscheid wird jedoch festgehalten, dass ein Schiedsgericht nicht autoritativ über seine Kosten entscheiden kann (BGer 4A_391/2010, E. 5.2.2).

b) Zusammenhang zwischen der vorsorglichen Massnahme und der Hauptsache

Die beantragte vorsorgliche Massnahme muss in einem Zusammenhang stehen mit der von der Schiedsvereinbarung erfassten Hauptsache (BERGER/KELLERHALS, Rz. 1143). Die Klägerin macht dazu keine Ausführungen. Unabhängig davon wird von der Beklagten nicht bestritten, dass ein Zusammenhang zwischen der beantragten vorsorglichen Massnahme und der Hauptsache besteht. 16

c) Kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

Wie die Klägerin richtig ausführt, ist eine akute Rechtsgefährdung, mithin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, Voraussetzung für eine vorsorgliche Massnahme (BSK IPRG-BERTI, Art. 183 Rz. 6). Ein solcher ist jedoch entgegen Rz. 18 der Klageschrift nicht gegeben. Die Klägerin macht geltend, dass die Bezahlung des gesamten Kostenvorschusses sie in existentielle Nöte bringen würde und sie daher nicht den gesamten Kostenvorschuss bezahlen kann. Diese Behauptung erscheint als nicht stichhaltig. 17

Die Klägerin verstrickt sich in Widersprüche im Hinblick auf die Bonität. In Rz. 6 der Klageschrift erklärt sie sich bereit, allenfalls den gesamten Kostenvorschuss zu bezahlen. In Rz. 18 macht sie dann wiederum geltend, eine solche Zahlung würde ihre Existenz bedrohen. Diese beiden Aussagen sind nicht miteinander vereinbar. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Klägerin sich nicht zu einer existenzbedrohenden Zahlung bereit erklären würde. Somit erscheint die Aussage in Rz. 18 unglaubwürdig und widersprüchlich. Sie sollte daher nicht für die Erwägung beigezogen werden. 18

Weiter wird von der Klägerin dargelegt, dass ihr CHF 1'600'000 an Umsatz fehlen, welchen sie so dringend benötigen würde. Weshalb dieser Betrag von ihr so dringend benötigt wird, kann den Ausführungen nicht entnommen werden. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass dies bloss aus prozesstaktischen Gründen vorgebracht wird. 19

Ergänzend kann noch hinzugefügt werden, dass die Beklagte keine Schuld an den ausbleibenden Zahlungen in der Höhe von CHF 1'600'000 trifft. Vielmehr hat die Klägerin die ausbleibenden Zahlungen selbst zu verantworten: Hätte sie die vertragliche Verpflichtungen korrekt erfüllt, so wären auch die Zahlungen erfolgt und ihr würde kein Umsatz fehlen. 20

Zudem macht die Klägerin geltend, dass ein Unternehmen, welches Verträge in der Höhe von CHF 4'000'000 abschliessen könne, über genügend liquide Mittel verfügt, um den Kostenvorschuss bezahlen zu können. Ob dies stimmt, bleibt dahingestellt. Jedoch kann diese 21

Behauptung gleichermaßen auf die Klägerin angewendet werden. Die Klägerin hat ebenso einen Vertrag über CHF 4'000'000 abgeschlossen und musste dafür entsprechende Vorleistungen erbringen. Daher sollte auch bei der Klägerin die notwendige Liquidität vorhanden sein.

Aus alledem folgt, dass weder der Klägerin noch der Beklagten nennenswerte Schäden entstehen würden, falls sie den Kostenvorschuss bezahlen müssten. Das Vorliegen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils wurde von der Klägerin daher nicht glaubhaft gemacht. Es sollte daher von einer vorsorglichen Massnahme abgesehen werden. 22

d) Fazit

Die Voraussetzungen für die von der Klägerin in Rz. 15 ff. beantragte vorsorgliche Massnahme sind nicht gegeben. Insbesondere fehlt es an einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, wie er in Rz. 18 von der Klägerin geltend gemacht wurde. 23

B Keine Rückerstattung des bezahlten Kostenvorschusses

Die Klägerin äussert sich in ihrer Klageschrift nicht zur Möglichkeit eines klagbaren Anspruches auf Rückerstattung des Anteils am Kostenvorschuss. Gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 3 handelt es sich dabei jedoch um eine zu entscheidende Rechtsfrage. 24

Unter Rz. 12 wurde aufgezeigt, dass keine Verpflichtung zur Leistung des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht besteht. An dieser Tatsache ändert auch eine allfällige vollständige Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Klägerin nichts. Es fehlt noch immer an einer vertraglichen Verpflichtung der Beklagten. Daher bleibt es dabei, dass erst am Ende des Verfahrens über die Kostenverteilung entschieden wird. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Rückerstattung des hälftigen Anteils am Kostenvorschuss. 25

C Editionsbegehren

I. Zuständigkeit und anwendbares Recht

Wie schon die Klägerin erläuterte (Klageschrift, Rz. 23), ist das Schiedsgericht für die Beweisabnahme zuständig (Art. 184 Abs. 1 IPRG). Es hat nun, mangels einer Vereinbarung oder einschlägigen Bestimmungen in den Swiss Rules, das Verfahren zu konkretisieren (Art. 182 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 IPRG). Dies hat es getan, indem es im Konstituierungsbeschluss vom 5. September 2011 erklärte, die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (nachfolgend: IBA Rules) anzuwenden. Massgebend ist die vom Schiedsgericht angegebene neue revidierte Fassung von 2010, nicht die von der Klägerin verwendete ursprüngliche Fassung von 1999 (so auch bei Anwendung von Art. 1.2 IBA Rules: Stichtag 29. Mai 2010, Konstituierungsbeschluss 5. September 2011; vgl. Klageschrift, Rz. 25). 26

Das Schiedsgericht behält sich vor, allenfalls von den IBA Rules abweichen zu können (Konstituierungsbeschluss, Ziff. 7). Da die vereinbarten Swiss Rules keine umfassenden Bestimmungen zur Beweisaufnahme enthalten, muss das Schiedsgericht in jenem Fall auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgreifen. Zumal mit den IBA Rules primär die bis anhin durch die Schiedsgerichtspraxis entwickelten Regeln kodifiziert wurden (MÜLLER, S. 54 und 61), würden letztendlich mehrheitlich die gleichen Kriterien zur Anwendung kommen (insb. die Beweiserheblichkeit s. Rz. 34; vgl. BGE 116 II 629 E. 4c betreffend des rechtlichen Gehörs). 27

II. Fehlende Voraussetzungen gemäss Art. 3 IBA Rules

Die Klägerin verlangt die Auslieferung des Vertrages mit dem Glaslieferungsunternehmen, sowie jegliche E-mailkorrespondenz mit diesem (Klageschrift, Rz. 35). Die Umschreibung dieser Dokumente erfüllt die Voraussetzungen der IBA Rules jedoch wie nachfolgend erläutert wird nicht und der Beweisantrag der Klägerin ist vollumfänglich abzuweisen. 28

a) Mangelhafte Umschreibung der Dokumente

Der Vertrag ist unbestrittenermassen ein Dokument i.S.v. Art. 3 IBA Rules. Zur Identifizierung eines Dokuments werden üblicherweise der Autor, der vermutete Inhalt und das Datum oder ein Zeitraum angegeben, in dem das Dokument erstellt wurde (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 3 Rz. 110). Aus der Klageschrift geht bloss der Autor und der vermutete Inhalt hervor (Klageschrift, Rz. 27), nicht jedoch ein Datum oder ein Zeitraum, in dem der Vertrag geschlossen wurde. Da eine zeitliche Einschränkung gänzlich fehlt, kann der Vertrag nicht von allfälligen neueren bzw. älteren Verträgen unterschieden und demnach nicht eindeutig identifiziert werden. 29

Auch im Hinblick auf die E-mailkorrespondenz, genügt der Antrag auf Vorlegung der Dokumente der Klägerin (Klageschrift, Rz. 28) den Anforderungen von Art. 3.3 (a) (ii) IBA Rules nicht. Zwar ist unbestritten, dass nicht bloss die Herausgabe einzelner Dokumente, sondern auch Kategorien von solchen verlangt werden können, doch setzt dies eine ausreichend detaillierte Beschreibung einer eng umschriebene Kategorie inkl. Angaben über deren Inhalt voraus (Art. 3.3 (a) (ii) IBA Rules). Einer der Grundsätze, die den IBA Rules zugrunde gelegt wurden, ist es, «pre-trial Discovery-Verfahren» nach amerikanischer Art und «fishing expeditions» zu verhindern (IBA REVIEW SUBCOMMITTEE, S. 9; RAESCHKE-KESSLER, Beweisaufnahme, S. 48). Ein Antrag auf Vorlegung muss sorgfältig darauf zugeschnitten sein, ausschliesslich für den Fall relevante und für die Entscheidung wesentliche Dokumente zu erfassen («carefully tailored»; IBA REVIEW SUBCOMMITTEE, S. 9). Zwar hat die Klägerin ansatzweise Angaben über die zu erwartenden Informationen gemacht (Klageschrift, Rz. 29), doch kann die Umschreibung «jegliche E-mailkorrespondenz» kaum als eng umschrieben verstan- 30

den werden, da sie weder inhaltlich (z.B. auf die Thematik «Glaszusammensetzung») noch zeitlich (z.B. auf ein paar Monate vor dem ersten Testlauf der Glasbrechmaschine) beschränkt ist. Dies umso weniger, wenn man in Betracht zieht, dass sich in einer langjährigen Geschäftsbeziehung, wie die Beklagte mit dem besagten Glassammlungsunternehmen führt, eine kaum überschaubare, geschweige denn durchsuchbare Menge an Emails anhäuft. Weiter kann die Formulierung «jegliche Emailkorrespondenz» nur schwer als sorgfältig zugeschnitten beschrieben werden. In Anbetracht dessen erscheint das Editionsbegehren der Klägerin vielmehr einer «fishing expedition» gleichzukommen, denn eines berechtigten, zur Untermauerung der eigenen Beweisführung bestimmten Antrags.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die neuen IBA Rules, in der revidierten Fassung von 2010, die auf diese Situation zugeschnittene Möglichkeit bietet, zur effizienteren Durchsuchung von elektronischen Daten (insb. Emails) Stichworte und Suchkriterien anzugeben (Art. 3.3 (a) (ii) zweiter Satz IBA Rules). Zumal die Klägerin dies unterlassen hat, kann die Durchsuchung der gesamten, mehrere Jahre zurückreichenden Email-Korrespondenz des Unternehmens auf potenziell relevante und wesentliche Informationen allenfalls als ungerechtfertigter Aufwand erscheinen und gestützt auf die Art. 3.3 (c) (i) bzw. Art. 9.2 (c) IBA Rules verweigert werden (vgl. VON SEGESSER, S. 745). 31

b) Fehlende Relevanz und Wesentlichkeit gemäss Art. 3.3 (b) IBA Rules

In der revidierten Fassung der IBA Rules (2010) wurde der Wortlaut hinsichtlich dieser Kriterien etwas verfeinert: Hiess es in der vorherigen Fassung (1999) noch «relevant and material to the outcome of the case», lautet es nun «relevant to the case and material to its outcome». Durch diese Änderung soll primär die Bedeutung der zweiteiligen Prüfung unterstrichen werden (VON SEGESSER, S. 743). Sie zielt darauf ab, diesbezüglich Klarheit zu schaffen und nicht etwas an der bisherigen Prüfung zu ändern (KÜHNER, S. 671). 32

aa) Relevanz für den Fall (Beweiserheblichkeit)

Die Klägerin führt aus, dass sowohl der Vertrag als auch die Email-Korrespondenz für den Fall relevant sind (Klageschrift, Rz. 29). Sie begründet dies damit, dass nur aufgrund dieser Beweise klar sei, was für eine Glaszusammensetzung für die Testläufe verwendet wurde. 33

Relevant ist ein Dokument jedoch nur dann, wenn es für den Beweis der konkret behaupteten Tatsache grundsätzlich geeignet erscheint (RAESCHKE-KESSLER, Beweisaufnahme, S. 60; MÜLLER, S. 62). Im vorliegenden Fall lässt das Wissen um die vereinbarte Glaszusammensetzung allerdings noch keine Schlussfolgerungen darüber zu, was tatsächlich vom Glaslieferungsunternehmen geliefert und von der Beklagten im Rahmen der Inbetriebnahme verwendet wurde. Mit anderen Worten sind die in Frage stehenden Dokumente bloss geeignet, die ver- 34

einbarte, nicht jedoch die verwendete Glaszusammensetzung zu beweisen. Daran ändert auch die Aussage des Lieferanten, er habe sich jeweils an die vereinbarte Zusammensetzung gehalten (Verfahrensbeschluss Nr. 4 Ziff. 4), nichts, da eine solche wohl von jedem Unternehmen in der gleichen Situation ähnlich kommuniziert würde.

Die Beweisführung der Klägerin kann folglich durch die Dokumente nicht gestützt werden. Demgemäss kann weder der Vertrag noch die Emailkorrespondenz als beweisheblich bzw. relevant für den Fall betrachtet werden. 35

bb) Wesentlichkeit für die Entscheidung (Entscheiderheblichkeit)

Weiter behauptet die Klägerin, dass die Dokumente auch wesentlich für die Entscheidung des Falles seien, weil damit die zugeführte Glaszusammensetzung bewiesen werden könne (Klageschrift, Rz. 31). Wesentlich für die Entscheidung sind die Dokumente jedoch nur dann, wenn das Schiedsgericht die Abnahme des Beweises als notwendig erachtet, um endgültig über eine Tatsachenbehauptung entscheiden zu können (RAESCHKE-KESSLER, Commentary, S. 426; MÜLLER, S. 62). Hier kann allein mit der vereinbarten Glaszusammensetzung wiederum weder bewiesen werden, dass die Beklagte eine von der Vereinbarung abweichende Glaszusammensetzung zugeführt hat, noch geklärt werden, ob die Glasbrechmaschine die vereinbarte Leistung erbringt. 36

Weil durch die Vorlage nicht endgültig entschieden werden kann, ob die Klägerin Anspruch auf den vollen Werklohn hat bzw. die Beklagte vom Vertrag zurücktreten durfte, sind die Dokumente nicht entscheidenderheblich bzw. wesentlich für die Entscheidung. 37

c) Fazit

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass weder der Vertrag noch die Emailkorrespondenz relevant für den Fall bzw. wesentlich für seine Entscheidung (beweis- bzw. entscheidenderheblich) sind und die Umschreibung der Beklagten hinsichtlich der Emailkorrespondenz nicht genügend eng formuliert wurde. Das Editionsbegehren der Klägerin erfüllt die formellen Voraussetzungen der Art. 3 IBA Rules nicht und ist abzuweisen. 38

III. Berechtigte Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 9.2 (e) IBA Rules

Die Einwände der Beklagten können sich nicht bloss auf die in Art. 3 IBA Rules aufgezählten formellen Gründe stützen, sondern auch auf die in Art. 9.2 IBA Rules erwähnten materiellen Ausschlussgünde (Art. 3.5 IBA Rules). Kommt das Schiedsgericht entgegen der oben erläuterten Ansicht zum Schluss, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 3 IBA Rules gegeben sind, ist der Antrag der Klägerin trotzdem aufgrund von berechtigten Geschäftsgeheimnissen abzuweisen. 39

Art. 9.2 (e) IBA Rules erfasst Geheimhaltungsinteressen wirtschaftlicher, als auch technischer Art und soll den Schutz vor dem Einblick in Geschäftsgeheimnisse gewährleisten (IBA REVIEW SUBCOMMITTEE, S. 26; RAESCHKE-KESSLER, Beweisaufnahme, S. 62). Als solche können unter anderem auch Preisberechnungen, Lieferanten, Vertriebskanäle, sowie Vereinbarungen mit Lieferanten oder Kunden gelten (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 9 Rz. 43). Die Klägerin behauptet diesbezüglich, dass das Editionsbegehren einzig der Untermauerung ihrer materiellen Ansprüche diene und nicht dazu, in wirtschaftliche, technische oder sonstige Geschäftsgeheimnisse der Beklagten Einsicht zu nehmen (Klageschrift, Rz. 36). 40

Zumal das Kundensegment der Klägerin naheliegenderweise Überschneidungen mit den Lieferanten der Beklagten aufweist, erscheint es gleichwohl problematisch, dass der Klägerin durch die Vorlage jeglicher Emailkorrespondenz zwingend die oben genannten Details über die Geschäftsbeziehungen der Beklagten zukommen. Dies würde anzuerkennende Geschäftsgeheimnisse der Beklagten verletzen und der Klägerin einen unberechtigten ökonomisch verwertbaren Vorteil verschaffen, indem sie durch zusätzliches Wissen über ihre potenziellen Kunden einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Marktteilnehmern geniessen würde. 41

IV. Ungenügender Schutz der Geschäftsgeheimnisse

a) Durch die Geheimhaltungspflicht nach Art. 43 Swiss Rules

Die vereinbarten Swiss Rules enthalten in Art. 43 Abs. 1 eine generelle Pflicht zur Geheimhaltung. Diese Pflicht erfasst alle vom Schiedsgericht und den am Verfahren beteiligten Parteien erstellten Dokumente und gilt sowohl für die Parteien als auch für die Schiedsrichter (Zuberbühler/Müller/Habegger-LA SPADA, Art. 43 Rz. 3 und 4). 42

Die Geheimhaltungspflicht erstreckt sich demgemäss unzweifelhaft auch auf die von der Klägerin verlangten Dokumente. Dadurch sind die berechtigten Geschäftsgeheimnisse der Beklagten jedoch entgegen der Auffassung der Klägerin (Klageschrift, Rz. 36) nur ungenügend geschützt. Einerseits ist problematisch, dass das Schiedsgericht, unter Umständen schon nur, um den Einwand der Beklagten zu beurteilen, in die Dokumente Einsicht nehmen muss; es hat sich gezeigt, dass die von den Parteien ernannten Schiedsrichter nicht immer vollständig von den Parteien abgeschottet sind (RAESCHKE-KESSLER, Beweisaufnahme, S. 58). Wird die Beklagte zur Vorlage verpflichtet, ist andererseits zu beachten, dass die Klägerin die Geschäftsgeheimnisse auch ohne Weitergabe an einen Dritten – also ohne Verletzung der Geheimhaltungspflicht – verwerten und die Beklagten dadurch im Wettbewerb in eine nachteilige Position bringen kann (s. Rz. 41). 43

b) Unzulässiger Beizug eines Sachverständigen gemäss Art. 3.8 IBA Rules

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung (vgl. Art. 184 Abs. 1 IPRG) sowie der Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter (Art. 30 BV) sprechen gegen die von der Klägerin eventualiter beantragte (Klageschrift, Rz. 37) und in Art. 3.8 IBA Rules (bzw. Art. 3.7 in der von der Klägerin verwendeten Fassung von 1999) vorgesehene Möglichkeit, einen Sachverständigen einzusetzen. Dies darum, weil sich das Schiedsgericht nicht mehr auf den Beweis selbst stützen kann, sondern ausschliesslich auf die Erläuterungen des Sachverständigen und damit einen Kernbereich seiner richterlichen Tätigkeit – die Beweiswürdigung – unzulässigerweise an einen Dritten überträgt (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 Rz. 42 und 49; RÜEDE/HADENFELDT, S. 264; RITZ, S. 214 und 216 f.).

Zusätzlich treibt die Einsetzung eines Sachverständigen die Kosten des Schiedsverfahrens in die Höhe, was im vorliegenden Fall, in Anbetracht der fehlenden Relevanz und Erheblichkeit, nicht gerechtfertigt erscheint.

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht zur Vorlage der Dokumente verpflichtet werden darf, da einerseits die ungenaue Umschreibung der Klägerin keine Identifizierung zulässt, die Dokumente weder relevant für den Fall noch wesentlich für die Entscheidung sind und andererseits nicht zuverlässig zu schützende, berechnete Geschäftsgeheimnisse verletzt würden.

D Fehlender Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Werklohns

I. Zeitpunkt der Ablieferung

Im Sinne des Gesetzes besteht die Ablieferung in der Übergabe des vollendeten Werks mit der Absicht vertragsgemäss zu erfüllen (Art. 367 Abs. 1, Art. 370 Abs. 1 und Art. 372 Abs. 1 OR; GAUCH, Rz. 87). Die Parteien haben jedoch die Möglichkeit den Ablieferungszeitpunkt zu modifizieren (GAUCH, Rz. 107), was in casu gemacht wurde. Folglich fällt gemäss den vertraglichen Abreden in Art. 7 ff. der Zeitpunkt der Vollendung und die Ablieferung nicht zusammen, denn gemäss Art. 8.3 müssen für eine vertragsgemässe Ablieferung weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

Damit für die Klägerin Ansprüche auf den Werklohn entstanden wären, hätte die Glasbrecheranlage abredegemäss abgeliefert werden müssen (GAUCH, Rz. 87). Erste Voraussetzung für eine gültige Ablieferung eines Werks ist dessen Vollendung (GAUCH, Rz. 101). Mit der Montage gemäss Art. 7.3 des Vertrags, welche von der Klägerseite bereits als erfolgreiche Ablieferung gewertet wurde, ist das Werk zur Vollendung gelangt, denn diese setzt gemäss

Rechtssprechung nur voraus, dass alle im Vertrag vorgesehen Arbeiten ausgeführt worden sind (BGE 94 II 161, E. 2c).

In casu sind zu diesem Zeitpunkt alle vorgesehenen Arbeiten zwar ausgeführt worden und die Maschine steht zur Inbetriebnahme bereit, doch es handelt sich hier um eine Maschine, die nur dann ihren Zweck erfüllt, wenn sie auch tatsächlich gemäss den vertraglichen Vereinbarungen funktionieren kann. Üblicherweise gilt ein Werk mit der Inbesitz- oder Ingebrauchnahme als abgeliefert (GAUCH, Rz. 98). Wie die Klägerseite treffend formuliert hat, ist die Ablieferung dann erfolgt, wenn das Werk gebrauchsfähig ist. Entgegen den weiteren Überlegungen der Klägerin, ist die Gebrauchsfähigkeit nicht schon dann gegeben, wenn die Prüfung des Werks vorgenommen werden kann (vgl. Klageschrift, Rz. 52), denn der Sinn und Zweck der Leistungstests war es, die Maschine auf ihre Gebrauchsfähigkeit zu überprüfen. Gemäss Rechtssprechung kann eine Ablieferung dann verweigert werden, wenn wesentliche Arbeiten nicht ausgeführt worden sind (BGE 118 II 142, E. 4; 94 II 161 E. 2, BGer 4C.469/2009, E. 2.6). In casu geht es um die Grundfunktion der Maschine, welche in Art. 8.3 des Vertrages genannt wird. Für ein Glasbrechersystem, welches die Grundfunktion nicht erfüllt, kann folglich kein Anspruch auf Werklohn entstehen. Erst mit dem erfolgreichen Abschluss der Leistungstests kann der Anspruch auf den Werklohn entstehen und somit sind die Leistungstests – entgegen den Ausführungen der Klägerin (vgl. Rz. 56) – nicht zur Überprüfung der Glasbrechermaschine auf minder erhebliche Mängel im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR vereinbart worden. Die Abnahme des Werks wurde ausdrücklich in Art. 8.3 geregelt und somit gelten die Leistungstests als zu erfüllende Voraussetzung für eine gültige Abnahme bzw. Ablieferung.

48

II. Fehlen der Ablieferung

a) Erster Inbetriebnahmeversuch

Am 9. Juni 2010 fand der erste Leistungstest statt. Gemäss den Spezifikationen in Annex I und dem Terminplan in Annex II hätte die Maschine zu diesem Zeitpunkt bereits funktionieren müssen. In casu wurden aber beim ersten Leistungstest nur in Anwesenheit von Herrn Kummer einigermaßen gute Ergebnisse erzielt. Dies lässt eine Glasbrechermaschine, welche sich durch das «No-Hands»-Konzept auszeichnet und vor allem auch Fixkosten im Personalbereich einsparen soll, als fragwürdig erscheinen. In keinem Moment war es, möglich die Maschine alleine laufen zu lassen, da sie bei geringsten Unregelmässigkeiten ausser Betrieb gesetzt werden musste. Dazu kamen hohe Reparaturkosten durch die Beschädigungen am Dosentrichter (vgl. Protokoll über die Montage und Inbetriebnahme).

49

Bezüglich des angeblichen Selbstverschuldens ist folgendes auszuführen: Das Glasstück, welches die Maschine angeblich verstopfte, war im Volumen nicht zu gross (vereinbart: 0.15 m³, sperriges Glasstück: 0.144 m³). Bei einer konzeptionell fehlerfreien Maschine würde ein solches Glasstück nicht zu derartigen Schäden führen, doch die Beschädigung des Dosentrichters setzte die Maschine gar für fünf Monate ausser Betrieb. Die kostenaufwendigen Reparaturen sollten dann bis Ende November erfolgen, wodurch die Frist von acht Monaten aus Art. 8.3 verlängert wurde, weil die Reparatur schon alleine fünf Monate in Anspruch nahm. Dass die Glasbrechermaschine durch die geringen Abweichungen in der Glaszusammensetzung in einem derartigen Ausmass beschädigt wurde, weist somit auf konzeptionelle Mängel am System hin. 50

b) Zweiter Inbetriebnahmeversuch

Der zweite Leistungstest fand erst fast ein halbes Jahr nach dem ursprünglich vereinbarten Ablieferungstermin statt. Da die angeblich falsche Glasmischung beim ersten Test mechanische Störungen im Trichter auslösten, müsste dies unter den gleichen Voraussetzungen wohl wieder geschehen sein oder zumindest in der Maschine festgestellt werden können, was aber nicht der Fall war. Bei diesen Tests wurden die konzeptionellen Fehler der Maschine nochmals bestätigt. Zusätzlich musste gemäss Annex III (5.2.1) Herrn Kummer von der Bietmann Industrieanlagen AG vor Ort gewesen sein, welcher die Möglichkeit gehabt hätte, Unregelmässigkeiten bezüglich der Glasmischung oder ähnlicher Vorkommnisse zu protokollieren. Herr Kummer verliess die Anlage verfrüht, was darauf hindeutet, dass alles entsprechend den Vereinbarungen über die Leistungstests vor sich ging, denn die Kontrolle der Glasmischung müsste vor dem eigentlichen Leistungstest vonstatten gegangen sein. Das Glasunternehmen war zusätzlich über die genaue Definition der Glasmischung informiert, wodurch davon ausgegangen werden kann, dass die Glasmischung den vertraglichen Vereinbarung entsprechen sollte. Auch der zweite Inbetriebnahmeversuch führte zu keiner Zeit zu langanhaltenden positiven Ergebnissen, wodurch sich der Verdacht erhärtete, dass die Glasmaschine für die Brunner Recycling AG gebrauchsuntauglich ist. Folgerichtig wurden die weiteren Ratenzahlungen verweigert (Beilage K-5) und in den Gesprächen im Dezember und Januar hat man die Klägerin bereits darüber informiert, dass kein weiteres Interesse am Glasbrechersystem mehr bestehe. An einer Problemlösung war man tatsächlich nicht mehr interessiert, da die Probleme nicht nur unbedeutende Eigenschaften betrafen, sondern es ging um die Grundfunktion der Maschine. Die Glasmaschine kann somit nicht als abgeliefert gelten. 51

III. Keine Genehmigung des Werks

Nach der Genehmigung eines Werks im Sinne von Art. 370 OR werden die Mängelrechte 52
verwirkt und das Werk ist als vertragsgemäss erstellt anzusehen (GAUCH, Rz. 100).

In casu wurde in Art. 8.3 des Vertrags vereinbart, dass die Glasbrechmaschine mit der Un- 53
terzeichnung des Abnahmeprotokolls genehmigt wird. Im Sinne der Vertragsfreiheit (Art. 1
Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 OR) gehen die Parteiabreden vor, denn die dispositi-
tiven Normen greifen nur bei fehlender Parteiübereinkunft (HUGUENIN, Rz. 205). Genehmigt
ist die Glasbrecheranlage erst dann, wenn gemäss Artikel 8.3 einer der genannten Fälle einge-
treten ist. Das Protokoll sollte folglich dann unterzeichnet werden, wenn die Leistungstests zu
positiven Ergebnissen geführt haben (Art. 8.3). Es war mit dem neuen Glasbrechsystem je-
doch nie möglich, die vereinbarte Tonnage Glas (vgl. 1.1 Annex I) zu verarbeiten, wodurch
folgerichtig das Protokoll nicht unterzeichnet wurde. Die acht Monate gemäss Artikel 8.3
wurden stillschweigend verlängert, da bereits die Reparatur fünf Monate in Anspruch nahm.
Es versteht sich von selbst, dass die Beklagte ein Interesse daran hatte, die Leistungstests erst
dann zu genehmigen, wenn sich das Personal vom Glasbrechersystem soweit überzeugen
liess, dass sie das Abnahmezertifikat gemäss Art. 8.3 des Vertrags unterzeichnen konnte. Da-
mit die Maschine überzeugen kann, müssten die wesentlichen Vorteile gemäss Annex I auf-
gezeigt werden können. Weder eine grössere Produktivität wurde erreicht, noch kann man
von weniger Personalkosten reden, denn ein manueller Eingriff war bei beiden Tests nötig.
Zusätzlich würde eine vertragsgemässe Inbetriebnahme, gemäss Art. 8 des Vertrags, einen
Monat dauern. Die Leistungstests dauerten nie länger als einen Tag, wodurch sie als nicht
vertragsgemäss durchgeführt bezeichnet werden können. Es konnte beispielsweise nie ein
Training vertragsgemäss durchgeführt werden. Bereits zum Zeitpunkt des zweiten Leistungs-
tests war offensichtlich, dass das Glasbrechersystem seine Gebrauchsfähigkeit nie unter Be-
weis stellen können wird. Dass kein dritter Leistungstest verlangt wurde, kann somit keines-
wegs als stillschweigende Genehmigung gewertet werden, wie dies die Klägerin in Rz. 86
angenommen hat. Eine stillschweigende Genehmigung setzt schliesslich voraus, dass man
sich von der Gebrauchstauglichkeit beim zweiten Leistungstest einigermaßen überzeugen
liess, was jedoch nicht der Fall war: Aus dem Protokoll vom 29. November 2010 geht
schliesslich vor allem hervor, dass der Leistungsdurchschnitt von mindestens 5.0 Tonnen bei
weitem nicht erreicht wurde. Anderenfalls würde die Beklagte ihre Mängelrechte verwirken,
was bei einer bis anhin nicht funktionierenden Maschine absurd wäre.

Die in Rz. 79 der Klageschrift vertretene Ansicht, die Zahlung der ersten Rate am 8. No- 54
vember 2010 belege, dass die Beklagte die Inbetriebnahme (gemeint ist wohl die Abnahme)

der Anlage als erfolgt betrachtet habe, entbehrt einer stringenten Argumentation. Die Zahlung der ersten Abschlagszahlung erfolgte in einem Zeitpunkt, in dem die Ablieferung aufgrund des Verschiebens der Abnahme im ersten Inbetriebnahmeprotokoll auf Ende November 2010 noch nicht möglich war. Die Bezahlung der ersten Rate wurde auch aufgrund mangelnder Bankbonität der Klägerin bezahlt und weist auf ein kooperatives Verhalten der Beklagten hin. Ansonsten hätte gemäss der Klägerin das Projekt nicht weitergeführt werden können. Die Zahlung der ersten Rate kann folglich nicht als Argument dafür aufgeführt werden, die Beklagte hätte die Maschine stillschweigend genehmigt (Klageschrift, Rz. 79). Die Bezahlung weiterer Raten wurden ausdrücklich verweigert, was gemäss Rechtsprechung ein zulässiges Mittel ist, um die vertragsgemässe Ablieferung des Werkes zu erzwingen (BGE 89 II 232 E. 4a).

Wie die Klägerseite dies auch in Rz. 60 treffend formulierte, machten die Beklagte in den 55
Gesprächen im Dezember und Januar unmissverständlich klar, kein Interesse an der Fortführung der Geschäftsbeziehung zu haben. Nachdem bereits fünf Monate in die Reparatur investiert worden war, hatte man auf Seiten der Beklagten kein Interesse mehr daran, weitere kostbare Zeit verstreichen zu lassen, nachdem die grundlegenden Mängel bei den Leistungstests bereits so deutlich wurden. Auf einen dritten Leistungstest konnte daher verzichtet werden. Deshalb kann das Nichtverlangen eines weiteren Leistungstests keineswegs als stillschweigende Genehmigung gewertet werden.

IV. Fazit

Die Abnahme im Sinne der Parteivereinbarung kommt einer Ablieferung gleich. Damit eine 56
Ablieferung stattfinden kann, müssten entgegen den Ausführungen der Klägerin in Rz. 63, die Voraussetzungen aus Art. 8.3 erfüllt sein. Demzufolge müssten die Leistungsgarantien gemäss Annex III erfüllt sein, was wie oben aufgeführt nicht der Fall war. Die Leistungsgarantien wurden auch nicht ausserhalb der Leistungstest erreicht, wie dies von der Klägerin bereits bestätigt wurde (Klageschrift, Rz. 82). Weiter hätte aufgrund der Vereinbarung in Art. 8.3 eine Fiktion der Leistungstests stattfinden können, doch diese acht Monate wurden bereits durch die zeitaufwendigen Reparaturen verlängert und somit konnte in diesem Sinne die Frist noch nicht abgelaufen sein. Die Maschine wurde bei weitem noch nicht in Betrieb gesetzt, wodurch auch die letzte Voraussetzung für eine gültige Abnahme nicht eingetreten ist. Folgerichtig wurde nie ein Abnahmezertifikat unterschrieben. Fakt ist, dass die Glasbrechermaschine weder den vertraglich vereinbarten Leistungsdurchschnitt erreichen noch bei den Leistungstests von den Vorteilen gegenüber anderen Maschinen überzeugen konnte. Eine Ablieferung kann aufgrund der fehlenden, vertraglich vereinbarten Grundfunktionen nicht erfolgt

sein. Der eigentliche Zweck des Vertrags war es, eine Glasbrechermaschine zu erwerben, welche bessere Leistungen erbringt, als die bereits vorhandene. Dieses Ziel konnte leider durch das Glasbrechsystem der Klägerin bei weitem nicht erreicht werden. Somit kam es weder zu einer gültigen Ablieferung, noch wurde die Maschine von der Beklagten genehmigt.

E Anspruch der Beklagten auf Rückerstattung der geleisteten Raten

Der Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Raten setzt seitens der Beklagten einen rechtsgültigen Rücktritt vom Vertrag voraus. 57

I. Rücktritt vom Vertrag

Um rechtsgültig vom Vertrag zurücktreten zu können, muss der Beklagten ein Rücktrittsrecht zustehen. Der Klägerin ist darin zuzustimmen, dass die Beklagte sich nicht auf Herstellungsverzug nach Art. 366 Abs. 1 OR stützen kann, um vom Vertrag zurückzutreten (Klageschrift, Rz. 51 ff.). Dies aber aus dem Grund, dass die vertragsgemässe Vollendung des Werks im ersten Inbetriebnahmeprotokoll von der Beklagten schriftlich anerkannt wurde und der Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR noch vor der Vollendung des Werks ansetzt. Der Klägerin kann aber in der Aussage, dass das Montageende bzw. die Vollendungsanzeige zugleich die Ablieferung des Werks darstellt (Klageschrift, Rz. 52) nicht zugestimmt werden. Die Ablieferung des Werks erfolgt nach vertraglicher Abrede im Zeitpunkt der erfolgreichen Durchführung der vertraglich vereinbarten Leistungstests (Art. 8.3 des Vertrags). Die Ablieferung hat im vorliegenden Fall nicht stattgefunden (s. Rz. 56). 58

a) Rücktrittsrecht nach Art. 102 ff. OR

Entgegen der in Rz. 49 der Klageschrift von der Klägerin vertretenen Ansicht, lässt sich der Rücktritt vom vorliegenden Vertrag nicht allein auf Art. 366 OR stützen. Dieser regelt lediglich den Verzug mit der Herstellung des Werks. Beim Verzug mit der Ablieferung des geschuldeten Werks bestimmt sich die Rechtslage nach Art. 102 ff. OR und nicht nach Art. 366 Abs. 1 OR (BGE 116 II 450, E. 2a aa; BÜHLER, OR, Art. 366 Rz. 9). Voraussetzung für einen Rücktritt nach Art. 102 ff. OR ist zunächst, dass der Unternehmer trotz Eintritts des Ablieferungstermins das geschuldete Werk noch nicht vollendet oder das vollendete Werk pflichtwidrig noch nicht abgeliefert hat (GAUCH, Rz. 659). Die termingerechte Vollendung wird von der Beklagten nicht bestritten. Die Ablieferung hat aber nicht stattgefunden (s. Rz. 56). Neben der fehlenden Ablieferung setzt das Rücktrittsrecht Verzug nach Art. 102 OR und eine Nachfristansetzung nach Art. 107 OR voraus. 59

aa) Verzug

Voraussetzung für den Verzug ist nach Art. 102 Abs. 1 OR zunächst Fälligkeit. Die Partei- 60

en haben in Annex II vereinbart, dass die Ablieferung bis spätestens 8 Monate nach Vertragsunterzeichnung zu erfolgen hat. Aufgrund des von der Beklagten zu vertretenden Scheiterns des Leistungstests vom 9. Juni 2010, wurde die Ablieferung durch das von beiden Parteien unterzeichnete erste Inbetriebnahmeprotokoll auf Ende November 2010 verschoben. Anhand dieser Vereinbarung lässt sich genau festlegen, bis zu welchem Tag die geschuldete Leistung zu erbringen war. Namentlich bis zum 30. November 2010. Es handelt sich hier um ein Verfalltagsgeschäft (vgl. HUGUENIN, Rz. 667), bei welchem eine Mahnung nach Art. 102 Abs. 2 OR überflüssig ist. Die Klägerin hat sich somit seit Ablauf des verlängerten Ablieferungstermins am 30. November 2010 in Verzug befunden.

bb) Nachfristansetzung

Nach Art. 107 OR ist der Gegenpartei vor Ausübung des Rücktrittsrechts eine Nachfrist anzusetzen. Nach Art. 108 Ziff. 1 OR kann aber auf die Nachfristansetzung verzichtet werden, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde. 61

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf der Gläubiger auf die Nachfrist verzichten, wenn diese praktisch keinen Sinn hätte, weil die Leistungserbringung durch den Schuldner innert einer angemessenen Frist als nahezu aussichtslos erscheint (Art. 108 OR; BGE 110 II 141 E. 1; vgl. WEBER, Art. 108 Rz. 13). 62

Die Glasbrechmaschine hat beim zweiten Inbetriebnahmeversuch, wie schon beim ersten Mal die geforderten Leistungsgarantien nicht erreichen können. Der Glaslieferant der Beklagten hat auf Anfrage hin bestätigt, dass die Glaszusammensetzung beim zweiten Inbetriebnahmeversuch den vertraglichen Vorgaben entsprach. Die Verschiebung des Ablieferungstermins vom 09. Juni 2010 auf Ende November 2010 hat sich bereits als unnütz erwiesen. In dem Sinne ist davon auszugehen, dass sich auch eine weitere Nachfrist als unnütz erweisen würde. Der von der Klägerin in Rz. 65 der Klageschrift vertretene Ansicht, es gebe keine Gründe anzunehmen der Mangel sei nicht behebbbar, kann nicht zugestimmt werden. 63

cc) Fazit

Die Ablieferung des Werks hat nicht stattgefunden. Die Klägerin befindet sich mit der Ablieferung des Werks in Verzug. Auf eine Nachfristansetzung kann aufgrund der Aussichtslosigkeit verzichtet werden. Der Beklagten steht somit ein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 102 ff. OR zu. 64

b) Rücktrittsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR

Sollte das Schiedsgericht zum Schluss gelangen, dass der Beklagten kein Rücktrittsrecht aus Ablieferungsverzug nach Art. 102 OR zusteht, wäre die Beklagte dennoch gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR zur Wandlung bzw. zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt. Das Rück- 65

tritts-, bzw. Wandlungsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR steht dem Besteller eines Werks zu, wenn ein erheblicher Mangel vorliegt. Ein erheblicher Mangel liegt vor, wenn das Werk vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte bzw. voraussetzbare Eigenschaft fehlt. Mithin beurteilt sich ausschliesslich nach Massgabe des konkreten Vertragsinhalts, ob ein Mangel vorliegt oder nicht (BGE 114 II 239, E. 5a aa).

aa) Vorliegen eines erheblichen Mangels

Die geforderten Leistungsgarantien konnten weder beim ersten noch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch erreicht werden. Die Klägerin räumt in Rz. 65 ihrer Klageschrift denn auch ein, dass die Anlage die geforderten Leistungsgarantien nicht zu erreichen im Stande ist. Sie macht aber geltend, dass die Wandlung unverhältnismässig sei, da die Anlage nicht vollends funktionsunfähig sei. Von der Klägerin vertraglich zugesichert waren 5.0 Tonnen (vgl. Art. 9.1 des Vertrags i.V.m. Annex III Ziff 6.2). Dem Werk fehlt eine zugesicherte Eigenschaft. Das Fehlen einer vereinbarten und vom Unternehmer zugesicherten Eigenschaft ist immer ein Werkmangel i.S.v. Art. 368 Abs. 1 OR, mag das betreffende Werk auch nach den allgemeinen Regeln der Technik oder einem gleichwertigen Standard erstellt worden sein (GAUCH, Rz. 1398). Der blosser Umstand, dass das Werk trotz der fehlenden Eigenschaft gebrauchstauglich ist, ändert nichts am Vorliegen eines Werkmangels (BRÄNDLI, Rz. 203; GAUCH, Rz. 1399). Überdies hat bereits die alte Glasbrecheranlage der Beklagten eine Verarbeitungsleistung von 3.0 Tonnen erbracht, was auch der Klägerin bewusst war (vgl. Ziff. 5 der Einleitungsanzeige vom 11. März 2011). In diesem Sinne fehlt dem Werk auch nach dem Vertrauensprinzip eine vorausgesetzte Eigenschaft. Ferner lässt sich auch mit dem in Rz. 65 der Klageschrift vertretenen Argument, dass sich die in Art. 368 Abs. 1 OR vorausgesetzte Unzumutbarkeit der Annahme aus einer Abwägung der Interessen beider Parteien ergibt (vgl. BÜHLER, OR, Art. 368 Rz. 43) nichts für die Klägerin gewinnen. Bei einer Abwägung der Interessen überwiegt das von der Beklagten aufgrund der vertraglich zugesicherten Leistungsgarantien schutzwürdige Interesse an der Erreichung der versprochenen 5.0 Tonnen Verarbeitungsleistung. Des Weiteren hat die Beklagte die Mängel des Werks i.S.v. Art. 367 Abs. 1 OR mehrfach rechtzeitig und substantiiert gerügt (vgl. Ziff. 11 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4).

66

bb) Keine Genehmigung des Werks

Wie bereits dargelegt, hat die Beklagte das Werk weder durch die Zahlung der ersten Abschlagszahlung noch durch Inbetriebnahme des Werks genehmigt.

67

cc) Absolute Untauglichkeit zum Gebrauch

Nach Art. 368 Abs. 3 OR steht dem Besteller das Rücktrittsrecht bei Werken, die auf seinem Grund und Boden erstellt wurden und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, nicht zu. Ob die Entfernung des Werks unverhältnismässige Nachteile mit sich bringt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls (BGE 98 II 118, E. 3b). Sofern aber eine absolute Untauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch vorliegt, entfällt die Unverhältnismässigkeit der Nachteile (GAUCH, Rz. 1575; BGE 98 II 118, E. 3b). Vertraglich wurde eine Leistung von 5.0 Tonnen pro Stunde zugesichert. Die erreichten Leistungswerten (4.0 Tonnen beim ersten Inbetriebnahmeversuch resp. 3.7 Tonnen beim zweiten Inbetriebnahmeversuch) liegen signifikant unter den vereinbarten Werten. Die Glasbrecheranlage ist für den von der Beklagten vorausgesetzten Gebrauch untauglich. Das Kriterium einer allfälligen Unverhältnismässigkeit entfällt daher.

68

dd) Keine Wegbedingung der Gewährleistungsrechte

Nach Art. 9.2 des Vertrags ist die Haftung der Klägerin bei Nichterreicherung der Leistungsgarantien auf Zahlung einer Konventionalstrafe beschränkt. Diesbezüglich haben die Parteien in Art. 9.2 des Vertrags vereinbart, dass die Höhe der Konventionalstrafe im Falle der Nichterreicherung der Garantiewerte für bestimmte Werte in Annex III festgesetzt werden sollte, was die Parteien aber versäumten. Diesbezüglich besteht eine Vertragslücke. Es ist aber anzunehmen, dass die Parteien eine Konventionalstrafe nicht für beliebig tiefe Leistungswerte vereinbaren wollten, sondern nur für solche, die für die Beklagte brauchbar sind. Die erreichten Garantiewerte liegen aber ausserhalb dieses Rahmens. Die erreichten Werte übersteigen diejenigen Werte, welche mit der alten Glasbrechermaschine erreicht werden konnten, nur geringfügig. Der Ausschluss der Gewährleistungsrechte für einen solchen Wert war bei Abschluss des Vertrags nicht im Sinne der Parteien.

69

ee) Fazit

Die Glasbrecheranlage leidet an einem erheblichen Mangel. Die geforderten Leistungsgarantien konnten aufgrund von technischen Mängeln des Werks nicht erreicht werden. Das Werk wurde von der Beklagten in keinem Zeitpunkt genehmigt, weder durch Zahlung der ersten Rate, noch durch Inbetriebnahme. Das Werk ist zum vorausgesetzten Gebrauch untauglich, wodurch der Wandlungsausschluss nach Art. 368 Abs. 3 OR nicht greift. Die Gewährleistungsrechte wurden durch Art. 9.2 des Vertrags für die vorliegend erreichten Werte nicht wegbedungen. Der Beklagten steht somit das Wandlungsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR zu.

70

II. Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Raten

a) Vertragliches Rückabwicklungsverhältnis

Der Beklagten steht gestützt auf Art. 102 ff. OR, eventualiter gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR, das Recht zu, sich vom Vertrag zu lösen (vgl. Rz. 64 und 70). Der Rückerstattungsanspruch ist nach neuerer Auffassung im Sinne der Umwandlungstheorie vertraglicher Natur (BGE 137 III 243, E. 4.4.2; BGer 5C.59/2006, E. 2.4). Der Vertrag soll nicht sogleich aufgelöst werden, sondern es entsteht zunächst ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis. In diesem Sinne entstehen gegenüber den ursprünglichen Ansprüchen solche mit umgekehrten Vorzeichen (HUGUENIN, Rz. 693). Namentlich hat die Klägerin einen Anspruch auf Herausgabe der Glasbrecheranlage und die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Rate. Dabei handelt es sich bei beiden Ansprüchen um vertragliche Ansprüche.

71

Der Beklagten steht somit ein vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Raten zu.

72

b) Verzug

Nach Art. 102 Abs. 2 OR kommt der Schuldner einer Leistung bei einer Kündigung ohne Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR in Verzug. Eine Kündigung stellt eine Willenserklärung dar, welche die Beendigung eines Vertrags mit Wirkung ex nunc herbeiführt, sofern die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt sind (WEBER, Art. 102 Rz. 126; vgl. BGE 113 II 259, E. 2a).

73

Entgegen anderer Auffassung greift Art. 102 Abs. 2 OR nicht nur bei vertraglich vorbehaltenen Kündigungen, sondern auch bei gesetzlichen Kündigungen. Denn es kommt darauf an, dass der Schuldner bei einem bestimmten Verfalltag über seine Leistung nicht im Zweifel ist (VON TUHR/ESCHER, S. 139). Das trifft auch bei gesetzlich geregelten Kündigungen (wie im Falle von Art. 102 ff. OR resp. Art. 368 Abs. 1 OR) zu, wenn der Kündigende dem Kündigungsempfänger den Termin für das Vertragsende mitteilt (BUCHER, S. 359).

74

Die Beklagte hat ihr Rücktrittsrecht, welches sich aus Art. 102 ff. OR und alternativ aus Art. 368 Abs. 1 OR ergibt, mit ihrem Schreiben vom 7. März 2011 (Beilage B-1) geltend gemacht. Die Klägerin befindet sich seit dem Vertragsrücktritt der Beklagten mit der Rückzahlung der von der Beklagten geleisteten Raten im Verzug. In Art. 4.3 des Vertrags haben die Parteien für den Fall des Verzugs der Beklagten Verzugszinsen von 12% vereinbart. Diese Vereinbarung muss sinngemäss auch für den vorliegend eingetretenen Fall gelten, da es dem mutmasslichen Willen der Parteien entspricht, dass sie auch für diesen nicht vorhergesehenen Fall dieselbe Regelung gewählt hätten. Sollte das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass der Beklagten kein vertraglicher Anspruch auf 12% Verzugszinsen zusteht, würde ihr den-

75

noch gestützt auf Art. 104 Abs. 1 OR einen gesetzlichen Anspruch auf Verzugszinsen von 5% auf den geleisteten Raten zustehen.

c) Fazit

Der Rücktritt vom Vertrag, zu welchem die Beklagte gestützt auf Art. 102 ff. OR resp. Art. 368 Abs. 1 OR berechtigt war, führt zu einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis. Der Beklagten steht somit ein vertraglicher Anspruch auf Rückerstattung der bereits geleisteten Raten zu. Die Klägerin befindet sich mit der Rückzahlung in Verzug, welcher durch Kündigung i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR eingetreten ist. Der Beklagten stehen aufgrund der vertraglichen Vereinbarung in Art. 4.3 des Vertrags 12% Verzugszinsen zu. Eventualiter stehen der Beklagten gestützt auf Art. 104 Abs. 1 OR 5% Verzugszinsen zu. 76

III. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

Alternativ zum vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis steht der Beklagten ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR zu. 77

a) Bereicherung

Eine Bereicherung liegt dann vor, wenn der Bereicherte einen Vermögensvorteil erlangt hat (HUGUENIN, Rz. 1028). In casu liegt die Bereicherung in den geleisteten Anzahlungen in der Höhe von CHF 500'000. 78

b) Entreichung

Durch die Leistung von zwei Anzahlungen und einer Ratenzahlung an die Klägerin, wurde die Beklagte um CHF 500'000 entreichert. 79

c) Nachträglich weggefallener Grund

Die Bereicherung ist dann ungerechtfertigt, wenn kein Rechtsgrund für die Bereicherung vorliegt (Art. 62 Abs. 2 OR; HUGUENIN, Rz. 1032). Wie in Rz. 64 bzw. 70 aufgeführt wurde, tritt die Beklagte vom Vertrag zurück. Es handelt sich daher um eine Zuwendung, deren Grund nachträglich weggefallen ist. Dies begründet eine *condictio ob causam finitam* (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1487). 80

d) Fazit

Die Klägerin hat gemäss Art. 62 Abs. 1 OR Anspruch auf CHF 500'000 aus ungerechtfertigter Bereicherung. 81