

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34
CH-6340 Baar

Vertreten durch das Moot Court Team 2:

Faton Aliu
Marco Fässler
Tobias Huber
Pascal Manhart

EINSCHREIBEN

Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, 18. April 2012

Klageantwort

Fall Nr. 875964-2011

In Sachen

Bietmann Industrieanlagen AG
Otto-von-Bismarck-Allee 4A, DE-10557 Berlin
Vertreten durch Moot Court Team 7

Klägerin und Widerbeklagte

gegen

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar
Vertreten durch Moot Court Team 2

Beklagte und Widerklägerin

betreffend

FORDERUNG

Sehr geehrte Frau Präsidentin Z,
Sehr geehrter Herr Schiedsrichter X,
Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Y

Namens und mit Vollmacht der Beklagten und unter Wahrung der vom Schiedsgericht festgesetzten Frist reichen wir die Klageantwort ein und stellen 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. November 2009 auf den Betrag von CHF 400'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12 % seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-.*
3. *Es sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, den Kostenvorschuss für das Schiedsverfahren vollumfänglich selbst zu tragen.*
4. *Eventualiter sei der Kostenvorschuss separat aufzuteilen, für die Beklagte und Widerklägerin auf der Basis eines Streitwertes von CHF 500'000.-, für die Klägerin und Widerbeklagte auf der Basis eines Streitwertes von CHF 3'500'000.-.*
5. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte und Widerklägerin nicht zur Rückerstattung des von der Klägerin und Widerbeklagten übernommenen Anteils des Kostenvorschusses verpflichtet ist.*
6. *Es sei festzustellen, dass die Beklagte und Widerklägerin nicht zur Herausgabe der von der Klägerin und Widerbeklagten geforderten Dokumente verpflichtet ist.*
7. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Klägerin.*

Gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 3 vom 28. September 2011 wird sich die Beklagte in einer ersten Phase einzig zu den darin abgemachten Streitfragen (i-vi) äussern.

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren.....	I
Literaturverzeichnis.....	IV
Urteilsverzeichnis.....	VII
Aufbau der Klageantwort.....	IX

Begründung.....	1
I. Einleitung.....	1
A. Zuständigkeit.....	1
B. Anwendbares Recht.....	1
II. Prozessualer Teil.....	1
A. Kein Anspruch auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses.....	1
1. Ausgangslage.....	1
2. Nichteintreten.....	1
3. Keine Entscheidkompetenz des Schiedsgerichtes.....	1
3.1. Prozessleitende Verfügung.....	1
3.2. Urteil in eigener Sache.....	2
3.3. Zwischenfazit.....	2
4. Kein Anspruch auf hälftige Teilung gestützt auf Art. 112 Abs. 1 OR.....	3
4.1. Allgemeines.....	3
4.2. Verweigerungsgründe.....	3
4.2.1. Zahlungsunfähigkeit der Klägerin.....	3
4.2.2. Separate Kostenvorschüsse nach Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules.....	4
a.) Abweichung vom Grundsatz der hälftigen Teilung.....	4
b.) Überhöhte Forderung der Klägerin.....	4
c.) Gleichbehandlungsgrundsatz.....	5
4.2.3. Pacta sunt servanda.....	5
4.3. Zwischenfazit.....	5
5. Keine Erfolgsaussicht mit einer vorsorglichen Massnahme.....	5
5.1. Voraussetzung.....	6
5.2. Verfügungsgrund.....	6
5.3. Zwischenfazit.....	6
6. Fazit.....	6
B. Kein Rückerstattungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten.....	6
1. Kein Rückerstattungsanspruch gestützt auf Art. 97 OR.....	7
1.1. Ausgangslage.....	7
1.2. Fehlende Verletzung einer vertraglichen Pflicht.....	7
1.3. Fehlender Schaden.....	7
1.4. Fehlendes Verschulden der Beklagten.....	8
1.5. Zwischenfazit.....	8
2. Kein Rückerstattungsanspruch gestützt auf Art. 112 OR.....	8
3. Fazit.....	9

C. Keine Verpflichtung zur Vorlegung der Dokumente	9
1. Ausgangslage	9
2. Keine Verpflichtung zur Vorlegung des Vertrages	9
2.1. Formelle Einwendungen	9
2.2. Materielle Einwendungen	10
2.3. Zwischenfazit	11
3. Keine Verpflichtung zur Vorlegung der Korrespondenz	11
4. Fazit	11
III. Materieller Teil	12
A. Kein Anspruch der Klägerin auf Leistung der CHF 3'500'000.-	12
1. Kein Anspruch gemäss Art. 363 i.V.m. 372 Abs. 1 OR	12
1.1. Ausgangslage	12
1.2. Kein vertragsgemässes Werk	12
1.2.1. Fehlender Erfolg	12
1.2.2. Konzeptionelle Mängel	13
1.2.3. Kein Selbstverschulden der Beklagten	13
1.2.4. Zwischenfazit	14
1.3. Keine Abnahme des Werkes	14
1.3.1. Keine Abnahme am 29. November 2010	14
1.3.2. Keine Abnahme am 9. Juni 2010	14
1.3.3. Keine konkludente Bestätigung der Abnahme	15
1.3.4. Zwischenfazit	16
1.4. Zwischenfazit	16
2. Kein Anspruch gemäss Art. 102 ff. OR	16
3. Fazit	16
B. Kein Anspruch auf Auszahlung der CHF 700'000.-	16
C. Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der CHF 500'000.-	16
1. Ausgangslage	16
2. Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR	17
2.1. Keine Vollendung des Werkes	17
2.2. Kein Verschulden der Beklagten	17
2.3. Fehlende Voraussehbarkeit der Vertragsvollendung	18
2.4. Zwischenfazit	18
3. Eventualiter Rücktrittsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR	18
3.1. Vorliegen von Mängeln	19
3.2. Fristgerechte Mängelrüge	19
3.3. Keine gesetzlichen oder vertraglichen Ausschlussgründe	19
3.4. Wahrung der Fristen	19
3.5. Weitere Behauptungen der Klägerin	20
3.6. Von der Klägerin nicht hervorgebrachte Argumente	20
3.7. Zwischenfazit	20
4. Fazit	20

Literaturverzeichnis

- BERGER, BERNHARD/
KELLERHALS, FRANZ** Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit.: BERGER/KELLERHALS)
[Rz.: 5, 7, 11]
- BÜHLER, THEODOR** Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art. 363 – 379 OR, Zürich 1998 (zit.: BÜHLER, ZK-OR)
[Rz.: 85]
- FAVRE-BULLE, XAVIER** Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie – Un tribunal peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, ASA Bulletin 2/2001 (Vol. 19), S. 227-245 (zit.: FAVRE-BULLE)
[Rz.: 12]
- GAUCH, PETER** Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit.: GAUCH)
[Rz.: 53, 75, 79, 82, 90]
- HEINI, ANTON** Art. 189 IPRG in GIRSBERGER, DANIEL/HEINI, ANTON/KELLER, MAX et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004 (zit.: HEINI, ZK-IPRG)
[Rz.: 7]
- HONSELL, HEINRICH** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010 (zit. HONSELL)
[Rz.: 73]
- HUGUENIN, CLAIRE** Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.: HUGUENIN, OR AT)
[Rz.: 31, 32, 35]
- HUGUENIN, CLAIRE** Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.: HUGUENIN, OR BT)
[Rz.: 73, 75, 79]
- INDERKUM, HANS-HEINRICH** Der Schiedsrichtervertrag; nach dem Recht der nicht internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz unter Mitberücksichtigung der Schiedsordnung des IPRG, Diss., Freiburg 1988 (zit.: INDERKUM)
[Rz.: 7]
- PFISTERER, STEFANIE/
SCHNYDER, ANTON K.** Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2010 (zit.: PFISTERER/SCHNYDER)
[Rz.: 24, 25]

- RAESCHKE-KESSLER, HILMAR** Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren in: BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Berlin/Bonn/Köln/München 2001 (zit.: RAESCHKE-KESSLER)
[Rz.: 41, 49, 50]
- SCHMID, JÖRG/
STÖCKLI, HUBERT** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit.: SCHMID/STÖCKLI)
[Rz.: 53, 79]
- SCHNEIDER, MICHAEL E.** Art. 182 IPRG in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, PETER NEDIM/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: SCHNEIDER, BSK-IPRG)
[Rz.: 20]
- SIEBER, PHILIPP** Respondent's refusal to pay the advance on costs: The contractual and the procedural approach, in SAA, Vol. 1: Selected Papers on International Arbitration, Bern 2011 (zit.: SIEBER)
[Rz.: 12, 18]
- SPÜHLER, KARL/
DOLGE, ANNETTE/
GEHRI, MYRIAM A.** Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010 (zit.: SPÜHLER/DOLGE/GEHRI)
[Rz.: 25]
- STACHER, MARCO** Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung: Merkmale und Wesen der verpflichtenden und der gestaltenden Elemente der Schiedsvereinbarung, Diss., Zürich/St. Gallen 2007 (zit.: STACHER)
[Rz.: 10]
- WENGER, WERNER/
MÜLLER, CHRISTOPH** Art. 178 IPRG in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, PETER NEDIM/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG)
[Rz.: 12, 14]
- WIRTH, MARKUS** Art. 188 IPRG in HONSELL, HEINRICH/VOGT, PETER NEDIM/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: WIRTH, BSK-IPRG)
[Rz.: 7]
- WOLFF, REINMAR** Streitwertfestsetzung bei wertabhängiger Schiedsrichtervergütung – Schiedsrichter in eigener Sache? in SchiedsVZ 3/2006, S. 131-141 (zit.: WOLFF)
[Rz.: 8]
- ZINDEL, GAUDENZ G.
PULVER, URS** Art. 367-369 OR in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit.: ZINDEL/PULVER, BSK-OR)
[Rz.: 82, 85]

**ZUBERBÜHLER, TOBIAS/
HOFFMANN, DIETER/
OETIKER, CHRISTIAN/
ROHNER, THOMAS**

**IBA Rules of Evidence, Commentary on the IBA Rules on
the Taking of Evidence in International Arbitration, Zürich/
Basel/Genf 2012 (zit.: ZUBERBÜHLER/HOFFMANN/OETI-
KER/ROHNER)
[Rz.: 41]**

Urteilsverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
14. Februar 1958

BGE 84 II 107
[Rz.: 18]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. April 1972

BGE 98 II 118
[Rz.: 88]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. Januar 1974

BGE 100 II 30
[Rz.: 82]

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

BGE 114 II 239
[Rz.: 82]

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

BGE 116 II 441
[Rz.: 25, 34]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. September 1990

BGE 116 II 454
[Rz.: 90]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Oktober 1994

BGE 120 II 393
[Rz.: 25]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. Juni 1997

BGE 123 III 292
[Rz.: 18]

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

BGer 4A_391/2010
[Rz.: 7]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
23. Februar 2011

BGer 4A_326/2010
[Rz.: 21]

ICC Arbitration Nr. 13439 (Auszug S. 116)
in SchiedsVZ 3/2006, KARRER, PIERRE A., Naives Sparen birgt Gefahren, S. 113-168
[Rz.: 12]

ICC Arbitration Nr. 11330 (Auszug S. 63)
in International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/N. 01 2003, SECOMB MATTHEW, Awards
and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and
Practical Problems, S. 59-70
[Rz.: 12]

Aufbau der Klageantwort

Der besseren Übersicht halber orientiert sich der Aufbau der folgenden Klageantwort an den zu beantwortenden Streitfragen und an der Klageschrift des Moot Court Teams 7.

Prozessualer Teil

Zunächst wird aufgezeigt, dass der Klägerin gegenüber der Beklagten kein Anspruch auf Zahlung des beklagischen Anteiles am Kostenvorschuss zusteht.

Weiter wird aufgezeigt, dass der Klägerin weder gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR noch auf Art. 112 Abs. 1 OR ein Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten zusteht.

Ferner wird die Beklagte darlegen, dass sie zur Vorlegung der von der Klägerin verlangten Dokumente nicht verpflichtet ist.

Materieller Teil

Die Beklagte wird weiter aufzeigen, dass weder ein vertragsgemässes Werk hergestellt noch eine Abnahme desselben stattgefunden hat und der Klägerin demnach kein Anspruch auf Zahlung des Restbetrages von CHF 3`500`000.- zusteht.

Schliesslich wird die Beklagte begründen, dass ihr ein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR respektive auf Art. 368 Abs. 1 OR zusteht und sie demnach die bereits bezahlten CHF 500`000.- zurückverlangen kann.

Formelles

Es ist darauf hinzuweisen, dass mit Randziffern (Rz.) stets die Randziffern der vorliegenden Klageantwort gemeint sind.

Dagegen wird mit der Bezeichnung „KS Rz.“ stets auf die Klageschrift des Moot Court Teams 7 verwiesen.

Abschnitte, die mit einer durchgezogenen Linie am linken Seitenrand gekennzeichnet sind, deuten darauf hin, dass es sich um Argumente handelt, die von der Klägerin nicht vorgebracht worden sind.

Abschnitte, die mit einer gestrichelten Linie am linken Seitenrand gekennzeichnet sind, deuten darauf hin, dass es sich um Argumente handelt, die von der Klägerin nur teilweise oder in einem anderen Zusammenhang vorgebracht worden sind.

Abkürzungen

LV Vertrag vom 22. Oktober 2009 über Lieferungen und Leistungen

VB Verfahrensbeschlüsse des Schiedsgerichtes Nr. 1 bis 4

Begründung

I. EINLEITUNG

A. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes mit Sitz in Zürich wird von der Klägerin nicht bestritten. Auch die Beklagte anerkennt dieses Schiedsgericht für zuständig. 1

B. Anwendbares Recht

Gemäss Art. 12.3 des Vertrages vom 22. Oktober 2009 über Lieferungen und Leistungen (nachfolgend „LV“) gilt Schweizerisches materielles Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechtes. Das Verfahren richtet sich nach dem 12. Kapitel des IPRG und der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (nachfolgend „Swiss Rules“). 2

II. PROZESSUALER TEIL

A. Kein Anspruch auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses

Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten *keinen Anspruch auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses*. 3

1. Ausgangslage

Die Beklagte weigert sich mit Schreiben vom 13. September 2011, den hälftigen Anteil am Kostenvorschuss zu leisten. Die Klägerin vertritt in ihrer Klageschrift die Auffassung, dass das Schiedsgericht kompetent sei, über die Kosten zu entscheiden. Sie stützt sich dabei auf die vertraglichen Ansprüche gemäss den Swiss Rules (KS Rz. 9). 4

2. Nichteintreten

Anzumerken ist vorab, dass die Klägerin in ihrem Rechtsbegehren Nr. 1 lediglich die Feststellung begehrt, dass ihr ein klagbarer Anspruch zusteht. „Ein Feststellungsbegehren kann [...] jedoch nur dann eine rechtlich zu beachtende selbständige Bedeutung haben und zum Gegenstand eines Teilurteils (oder Endentscheids) werden, wenn sich das mit der Klage verfolgte Ziel tatsächlich in der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erschöpft“ (BERGER/KELLERHALS N 1529). Die Feststellungsklage ist somit subsidiär zur Leistungsklage. Da diese i.c. durchaus möglich wäre, ist auf diese Klage nicht einzutreten. 5

3. Keine Entscheidkompetenz des Schiedsgerichtes

3.1. Prozessleitende Verfügung

Nachfolgend wird aufgezeigt, dass das Schiedsgericht die Beklagte nicht anhalten kann, den hälftigen Kostenvorschuss an Ersteres zu leisten. 6

Das 12. Kapitel des IPRG enthält keine ausdrückliche Bestimmung, welche das Schiedsgericht ermächtigt, verbindlich über seine Kosten zu entscheiden (BGer 4A_391/2010 E. 5.2.1.). Auch die herrschende Lehre verneint die Ermächtigung des Schiedsgerichtes, einen voll- 7

streckbaren Titel über die ihm zustehenden Entschädigungsansprüche gestützt auf das *receptum arbitri* zu erlassen (BGer 4A_391/2010 E. 5.2.1 f.; BERGER/KELLERHALS N 1479; HEINI, ZK, Art. 189 IPRG N 26; INDERKUM S. 150). Das Schiedsgericht kann zwar Kostenvorschüsse festlegen (Art. 41 Ziff. 1 i.V.m. Art. 38 Ziff. 1 Swiss Rules). Es handelt sich dabei aber lediglich um prozessleitende Verfügungen, nicht (wie von der Klägerin behauptet) um Zwischenentscheide (KS Rz. 10) (BGer 4A_391/2010 E. 5.1.2 f). Mit einer prozessleitenden Verfügung werden keine für den Endentscheid bedeutsamen prozessualen Fragen oder materielle Vorfragen entschieden (WIRTH, BSK-IPRG, Art. 188 N 8). Der Entscheid über die anteilmässige Bevorschussung der Verfahrenskosten hat nur provisorischen Charakter, denn das Schiedsgericht kann die Kosten erst definitiv verteilen, wenn es über den Ausgang des Verfahrens entschieden hat (BERGER/KELLERHALS N 1458). Aus dem Gesagten lässt sich schliessen, dass das Schiedsgericht die Beklagte nicht mit einer prozessleitenden Verfügung zwingen kann, den Kostenvorschuss an Ersteres zu leisten.

3.2. Urteil in eigener Sache

Ein Verstoß gegen das Richten in eigener Sache liegt vor, wenn ein Schiedsrichter über das Bestehen eines eigenen Anspruchs entscheidet. Weiter erwächst ein Schiedsspruch nur unter den Parteien in Rechtskraft. Der Schiedsrichter kann dagegen selbst nichts aus diesem herleiten (WOLFF S. 133 f.). Die Klägerin behauptet jedoch, das Schiedsgericht sei berechtigt, über einen materiell-rechtlichen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu entscheiden, obwohl die Schiedsrichter auch von diesem Entscheid profitieren würden (KS Rz. 11). Diese Auffassung ist allerdings nicht zu teilen, liegt doch zumindest eine mittelbare Begünstigung der Schiedsrichter vor. Der den Parteien vom Schiedsgericht auferlegte Zwang wirkt sich nämlich wie eine direkte Forderung des Kostenvorschusses aus (vgl. WOLFF S. 134). Wenn die Klägerin den Anspruch gegenüber der Beklagten auf Leistung an die Schiedsrichter demnach nicht einfordert, würde das Schiedsgericht das Verfahren einstellen, da seine Kosten nicht gedeckt wären. Ein Schiedsgericht urteilt somit auch dann in eigener Sache, wenn es eine bestimmte Verfahrenshandlung von Leistungen eines für seine Mitglieder bestimmten Vorschusses abhängig macht und bei einer Nichtleistung verfahrensrechtliche Konsequenzen ausspricht (WOLFF S. 134). Somit würde ein Urteil in eigener Sache vorliegen, welches gemäss Art. 9 Ziff. 1 Swiss Rules, Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund fehlender Unabhängigkeit unzulässig wäre.

3.3. Zwischenfazit

Aus dem Gesagten geht hervor, dass das Schiedsgericht die Beklagte nicht anhalten kann, den hälftigen Kostenvorschuss zu tragen.

4. Kein Anspruch auf hälftige Teilung gestützt auf Art. 112 Abs. 1 OR

4.1. Allgemeines

Die Klägerin definiert die Schiedsvereinbarung in Bezug auf die Kostenvorschusspflicht korrekt als einen unechten Vertrag zugunsten eines Dritten (KS Rz. 11 f.). Zutreffend ist auch ihre Aussage, dass sie Leistung an das Schiedsgericht verlangen könnte (STACHER N 328).

Da das Schiedsgericht sich gemäss Ziff. 7 lit. i Verfahrensbeschluss Nr. 3 noch nicht festgelegt hat, welcher Anteil als Kostenvorschuss von jeder Partei zu leisten ist, kann die Klägerin nicht eigenmächtig die hälftige Kostentragung bestimmen. Die Festlegung des Kostenrahmens steht gemäss Art. 38 Ziff. 1 Swiss Rules einzig dem Schiedsgericht zu (vgl. BERGER/KELLERHALS N 1479). Folgend wird aufgezeigt, dass der Klägerin gestützt auf Art. 112 Abs. 1 OR kein Anspruch auf *hälftige* Teilung der Vorschusskosten zusteht.

4.2. Verweigerungsgründe

4.2.1. Zahlungsunfähigkeit der Klägerin

Der Beklagten kann nicht zugemutet werden, den Kostenvorschuss zu leisten, wenn das begründete Risiko besteht, dass die Klägerin im Falle ihres Unterliegens nicht in der Lage sein wird, die Verfahrenskosten zu tragen (SIEBER N 64; ICC Arbitration 13439; FAVRE-BULLE S. 235 Ziff. 4). Die Beklagte ist demnach berechtigt, den Kostenvorschuss zu verweigern, wenn absehbar ist, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Endentscheidung keine Aktiven mehr besitzen wird („empty shell“-Theorie) (SIEBER N 65; WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG, Art. 178 N 82). In der Rechtsprechung wurde diese Theorie dahingehend konkretisiert, dass dies der Fall ist, wenn die Klägerin im Falle ihres Unterliegens wirtschaftlich ruiniert wäre und nur im Falle des Obsiegens weiter existieren könnte (ICC Arbitration 11330; SIEBER N 68).

I.c. weigert sich die Beklagte, den hälftigen Kostenvorschuss zu leisten. Sie hat berechtigte Zweifel, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Urteilsspruches noch über genügende Mittel verfügen wird, um allfällige Kosten zu erstatten. Die Beklagte wurde nämlich von der Klägerin selbst auf ihre schlechte finanzielle Lage hingewiesen. Sie ersuchte die Beklagte um Zahlung einer *unbegründeten* Rechnung von CHF 100'000.-, da es ihr an den nötigen Aktiven fehle, um die Reparaturen am Glasbrecher fertig zu stellen (Schreiben vom 17. Mai 2011, Ziff. 11; vgl. Rz. 65). Diese mangelnde Bonität wurde von der Klägerin nie bestritten. Somit hat sich seitens der Beklagten der Verdacht verstärkt, dass die Klägerin ausserstande wäre, die Kosten des Verfahrens im Falle ihres Unterliegens der Beklagten zu erstatten.

Es kann somit von der Beklagten nicht verlangt werden, dass sie sich auf ein solches Risiko einzulassen hat. Deshalb ist die Klägerin anzuhalten, den ganzen Kostenvorschuss selbst zu tragen (vgl. WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG, Art. 178 N 83).

4.2.2. Separate Kostenvorschüsse nach Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules

Falls das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, die Zahlungsfähigkeit der Klägerin sei vorliegend gegeben, wird ein Antrag auf separate Kostenvorschüsse gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules gestellt. Dies rechtfertigt sich dabei aus folgenden Gründen.

a.) Abweichung vom Grundsatz der hälftigen Teilung

Die Klägerin weist darauf hin, dass durch die Schiedsklausel in Art. 12 LV die Swiss Rules zum Vertragsinhalt geworden sind (KS Rz. 3). Dies wird von der Beklagten nicht bestritten. Die Klägerin bringt ferner vor, dass manche Schiedsordnungen, ebenso wie die Swiss Rules, vom Grundsatz der hälftigen Teilung der Vorschusskosten ausgehen (Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules, Art. 36 Ziff. 2 ICC Rules 2012 (früher: Art. 30 Abs. 3 ICC Rules 1998), Art. 43 Ziff. 1 UNCITRAL Rules 2010 etc.) (KS Rz. 2). Jedoch sehen manche Schiedsordnungen eine mögliche Abweichung von diesem Grundsatz vor (Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules, Art. 36 Ziff. 3 ICC Rules 2012 (früher: Art. 30 Ziff. 2 ICC Rules 1998)).

Die Klägerin verneint die Anwendung von Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules, ohne dafür eine Begründung zu liefern (KS Rz. 8). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Beklagte sich zu Recht auf diese Ausnahme gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules beruft.

b.) Überhöhte Forderung der Klägerin

Die Abweichung vom Grundsatz der hälftigen Teilung ist dann angebracht, wenn durch die Widerklage der Streitwert unverhältnismässig erhöht wird (SIEBER N 55). Wann dies der Fall ist, ist allerdings nicht restlos geklärt. Als unverhältnismässig überhöht wird ein Streitwert aber dann gelten müssen, wenn der Klage- und Widerklagestreitwert in einem offenbaren Missverhältnis stehen. Zur Konkretisierung des offenbaren Missverhältnisses kann dabei die Rechtsprechung zu Art. 21 OR zur Hilfe genommen werden (BGE 84 II 107 E. 3; 123 III 292 E. 6). Demnach gilt bereits eine Verdoppelung der Kosten als in einem offenbaren Missverhältnis stehend. I.c. liegt ein Verhältnis von 7:1 vor. Deshalb ist bei einer solchen Überhöhung ein Missverhältnis a fortiori als gegeben zu betrachten.

Dass der Streitwert nicht durch die Widerklage unverhältnismässig erhöht wurde, kann nicht als Begründung angesehen werden, den Antrag auf separate Kostenvorschüsse abzulehnen. I.c. wurde der Klägerin bereits angezeigt, dass sie aufgrund der Weigerung der Beklagten, die hälftigen Vorschusskosten zu leisten, den gesamten Kostenvorschuss zu tragen habe, ansonsten das Schiedsgericht das Verfahren einstellen würde (Schreiben vom 14. September 2011, Ziff. 6). Bei einer Abschreibung des Verfahrens würde die Beklagte umgehend ein neues Schiedsverfahren einleiten und wäre dann in der Stellung der zukünftigen Klägerin, wobei der Sachverhalt derselbe bliebe und der Streitwert nun von der zukünftigen Beklagten *ungerecht-*

fertigt um CHF 3'500'000.- erhöht werden würde. Somit würde die Erhöhung durch die Widerklage erfolgen und die Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules würden greifen. Eine Ablehnung des Antrages würde daher nur eine unnötige Verzögerung verursachen.

c.) Gleichbehandlungsgrundsatz

Grundsätzlich sind beide Parteien vom Schiedsgericht gleich zu behandeln. Dies ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG und Art. 15 Ziff. 1 Swiss Rules. Gleiche Sachverhalte sind daher gleich zu behandeln (SCHNEIDER, BSK-IPRG, Art. 182 N 66). Daraus lässt sich schliessen, dass Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Die Beklagte vertritt deshalb die Ansicht, dass ein hälftiger Kostenvorschuss unangebracht sei, da die Forderung der Klägerin um ein siebenfaches höher ausfällt als die Widerklageforderung der Beklagten. Somit müsste gemäss dem Gleichbehandlungsgrundsatz die Höhe des Kostenvorschusses ebenfalls angepasst werden.

4.2.3. Pacta sunt servanda

Die Klägerin führt weiter aus, dass auch im internationalen Schiedsverfahren der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt (Art. 26 CISG; BGer 4A_326/2010 E. 3.1) (KS Rz. 1). Sie schliesst daraus, dass die Parteien alles *Unnötige* zu unterlassen haben, was das Verfahren verzögern würde (KS Rz. 1). Die Beklagte erklärt sich mit Schreiben vom 13. September 2011 bereit, einen Anteil des Kostenvorschusses zu tragen, jedoch verlangt sie vom Schiedsgericht eine anteilmässige Aufteilung dieser Kosten aufgrund der unterschiedlichen Forderungen. Da Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules eine solche separate Kostenvorschussaufteilung vorsieht, handelt es sich dabei um ein Recht, welches der Beklagten zusteht und deshalb nicht als *unnötig* angesehen werden kann. Wenn die Anrufung von Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules als unnötige Verfahrensverzögerung angesehen würde, verkäme diese Norm zur Makulatur.

4.3. Zwischenfazit

Die Klägerin hat zwar gegenüber der Beklagten einen Anspruch gestützt auf Art. 112 Abs. 1 OR auf Leistung eines Kostenvorschusses. Allerdings handelt es sich dabei weder um einen hälftigen Anteil, noch kann dieser Anspruch direkt durchgesetzt werden. Dies weil sich die Beklagte einerseits auf die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin und eventualiter auf Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules berufen kann.

5. Keine Erfolgsaussicht mit einer vorsorglichen Massnahme

Falls nach dem Gesagten das Schiedsgericht dennoch an der hälftigen Kostenteilung festhält, besteht für die Klägerin keine Möglichkeit mithilfe einer vorsorglichen Massnahme die Beklagte zur Zahlung zu veranlassen. Eine solche lehnt die Klägerin denn auch ab (KS Rz. 4).

5.1. Voraussetzung

Auf internationaler Ebene ist anerkannt, dass die Gesuchstellerin für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen das Vorliegen eines Verfügungsgrundes glaubhaft machen muss (PFISTERER/SCHNYDER S. 116). 24

5.2. Verfügungsgrund

Die Antragstellerin hat glaubhaft zu machen, dass ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, wenn die Massnahme nicht sofort angeordnet wird. Der Schaden, welcher der gesuchstellenden Partei bei Nichterlass der vorsorglichen Massnahme droht, muss mithin dem Schaden, welcher der Gegenpartei bei Anordnung der Massnahme droht, deutlich überwiegen (PFISTERER/SCHNYDER S. 116). Der Schaden definiert sich dabei als eine *unfreiwillige* Vermögenseinbusse (BGE 116 II 441 E. 3a). Glaubhaft machen bedeutet, dass die gesuchstellende Partei nachzuweisen hat, ob eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie mit ihrem Anliegen obsiegen wird (BGE 120 II 393 E. 4c; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI S. 230 N 33). 25

I.c. entsteht der Klägerin weder ein Schaden, noch würde dieser denjenigen der Beklagten deutlich überwiegen. Indem die Klägerin nämlich die restlichen CHF 125'000.- leistet, weil sie sich vor einer Einstellung des Verfahrens durch das Schiedsgericht fürchtet (vgl. 41 Ziff. 4 Swiss Rules), nimmt sie die Zahlung nicht etwa unfreiwillig, sondern vielmehr *freiwillig* vor, da sie auch die Möglichkeit hätte, auf das Verfahren zu verzichten. Ausserdem würde, im Falle einer Bejahung eines Schadens seitens der Klägerin, dieser „Schaden“ denjenigen der Beklagten nicht deutlich überwiegen, da es sich dabei um den gleichen Betrag handeln würde (nämlich CHF 125'000.-). Zudem ist festzuhalten, dass das Schiedsgericht die Parteien ungleich behandeln und sich widersprüchlich verhalten würde, wenn es die Beklagte zur Tragung des erwähnten Betrages verurteilen würde, die Tragung des gleichen Betrages der Klägerin aber nicht zugemutet hat. Aus den genannten Gründen mangelt es daher an einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. 26

5.3. Zwischenfazit

Die Klägerin könnte, falls das Schiedsgericht an der hälftigen Kostenteilung festhalten würde, die Beklagte nicht mit einer vorsorglichen Massnahme zur Zahlung veranlassen. 27

6. Fazit

Wie aufgezeigt wurde, hat die Klägerin *keinen Anspruch* gegenüber der Beklagten *auf Leistung der hälftigen Vorschusskosten*. 28

B. Kein Rückerstattungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten

Für den Fall, dass die Klägerin den gesamten Kostenvorschuss selbst trägt und später eine Rückerstattung geltend macht, wird nachfolgend aufgezeigt, dass ihr weder gestützt auf 29

Art. 97 OR noch auf Art. 112 OR ein solcher Anspruch auf Leistung von CHF 125'000.- zusteht.

1. Kein Rückerstattungsanspruch gestützt auf Art. 97 OR

1.1. Ausgangslage

Die Klägerin macht in ihrer Klageschrift geltend, dass ihr ein Rückerstattungsanspruch gestützt auf Art. 97 OR zusteht (KS Rz. 16). Dies wird nachfolgend widerlegt. 30

1.2. Fehlende Verletzung einer vertraglichen Pflicht

Es ist vorab festzuhalten, dass Art. 97 Abs. 1 OR eine Vertragsverletzung, einen Schaden, 31 einen Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden sowie ein Verschulden voraussetzt (HUGUENIN, OR AT, N 598).

Die Verletzung einer vertraglichen Pflicht kann in einer Nichterfüllung wegen Leistungsunmöglichkeit, einer Verletzung einer Unterlassungspflicht oder in einer positiven Vertragsverletzung bestehen (HUGUENIN, OR AT, N 602 ff.). I.c. macht die Klägerin lediglich den Fall der Nichterfüllung wegen Leistungsunmöglichkeit geltend (KS Rz. 17 f.). Dabei behauptet sie, dass sich die Beklagte zur Zahlung ihrer vertraglichen Verpflichtung weigere und die Klägerin daher verpflichtet sei, die ganzen Vorschusskosten dem Schiedsgericht vorzuschies- 32 sen. Aufgrund dieser Zahlung würde der Anspruch des Schiedsgerichts gegenüber beiden Parteien erlöschen und somit die Vertragserfüllung durch die Beklagte unmöglich. Aus diesem Grund sei die Voraussetzung der Verletzung einer vertraglichen Pflicht, mithin die Nichterfüllung wegen Leistungsunmöglichkeit gegeben (KS Rz. 17 f.).

Diesen Ausführungen kann folgendes entgegen gehalten werden. Das Schiedsgericht hat sich 33 i.c. gegen eine hälftige Aufteilung der Vorschusskosten entschieden. Es hat die Klägerin somit zur Zahlung der gesamten Vorschusskosten verpflichtet bzw. der Beklagten zumindest das Recht auf separate Kostenvorschüsse gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules gewährt. Wenn die Klägerin nun vom Schiedsgericht aufgefordert wird, diesem den restlichen Betrag vorzuschies- sen, dann verletzt die Beklagte ihre Pflicht zur Bezahlung der Vorschusskosten nicht. Dies ergibt sich daraus, dass ihr eine solche Pflicht gegenüber der Klägerin, wie vom Schiedsgericht festgehalten, nicht obliegt. Demnach erfüllt die Klägerin durch die Zahlung der CHF 125'000.- an das Schiedsgericht nicht auch noch eine Pflicht der Beklagten, wodurch deren Erfüllung unmöglich gemacht würde, sondern vielmehr eine der Klägerin (nach Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules) obliegende. Somit hat die Beklagte keine Pflichtverletzung begangen.

1.3. Fehlender Schaden

Der Schaden definiert sich als eine unfreiwillige Vermögenseinbusse, dessen Höhe sich nach 34 der Differenzhypothese berechnet (BGE 116 II 441 E. 3a). Die Klägerin bringt vor, dass sie

sich genötigt sah, einen höheren Betrag an das Schiedsgericht zu leisten, als sie eigentlich müsste (KS Rz. 18). Sie geht dabei fälschlicherweise davon aus, dass sie zur Zahlung der Kosten gezwungen wird. Dabei verkennt sie, dass das Schiedsgericht sie nicht zur Zahlung verurteilen kann (vgl. Rz. 6 ff.). Die Klägerin könnte nämlich genauso gut das Verfahren beenden. Indem sie aber auf eine Weiterführung beharrt, zahlt sie auch den restlichen Betrag freiwillig. Da sich ein Schaden jedoch als eine unfreiwillige Vermögenseinbusse definiert, kann schon begriffstechnisch kein Schaden der Klägerin vorliegen.

1.4. Fehlendes Verschulden der Beklagten

Die Klägerin bringt schliesslich vor, dass „in der absichtlichen Verweigerung der Bezahlung 35 seitens der Beklagten“ eindeutig ein Verschulden vorliege (KS Rz. 18). Verschulden bedeutet dabei, dass der Schuldnerin die Vertragsverletzung vorwerfbar ist (HUGUENIN, OR AT, N 630). Im Gegensatz zu den anderen Voraussetzungen wird das Verschulden bei Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Die Schuldnerin kann sich allerdings exkulpiert (HUGUENIN, OR AT, N 631). I.c. hat sich die Beklagte bereits mit Schreiben vom 13. September 2011 geweigert, die Hälfte des Kostenvorschusses zu übernehmen, weil sie angesichts des Verhältnisses der jeweiligen Streitwerte die hälftige Teilung als stossend empfindet. Für solche Konstellationen sieht denn auch Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules die Möglichkeit der separaten Teilung der Kostenvorschüsse vor. Wie bereits erörtert (vgl. Rz. 15 ff.), steht der Beklagten die Berufung auf diesen Artikel zu, womit sie lediglich ein ihr zustehendes Recht geltend macht und ihr dafür kein Verschulden angelastet werden kann.

1.5. Zwischenfazit

Der Klägerin steht somit *kein Rückerstattungsanspruch gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR zu.* 36

2. Kein Rückerstattungsanspruch gestützt auf Art. 112 OR

Die Klägerin macht in ihrer Klageschrift die Rückerstattung nach Art. 112 OR nicht direkt 37 geltend. Dennoch wird folgend darauf eingegangen, weil die Klägerin in ihrer Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 19. September 2011, Ziff. 10 Ausführungen dazu gemacht hat.

Wie bereits dargelegt wurde, liegt in Bezug auf die Kostenvorschusspflicht ein unechter Ver- 38 trag zugunsten eines Dritten vor (Rz. 10 ff.). Zutreffend dazu ist auch die Aussage der Klägerin, dass sie Leistung an sich selbst verlangen kann, wenn die Beklagte ihrer Verpflichtung zur Leistung von Vorschusskosten nicht nachkommen würde. Sie übersieht aber, dass die Beklagte ihrer Pflicht zur Leistung der Vorschusskosten berechtigterweise nicht nachkommt. Indem sie nämlich Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Klägerin hat und sich auf separate Kostenvorschüsse beruft, die i.c. vom Schiedsgericht gestützt wurden, ist ihre Verweigerung gerechtfertigt. Daher ist die Abstützung auf Art. 112 OR von vornherein ausgeschlossen.

3. Fazit

Die Klägerin kann sich somit *weder auf Art. 97 OR noch auf Art. 112 OR berufen.*

39

C. Keine Verpflichtung zur Vorlegung der Dokumente

1. Ausgangslage

Die Klägerin verlangt gestützt auf Art. 3 Abs. 3 IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (nachfolgend „IBA-Rules“) von der Beklagten die Vorlegung des Vertrages zwischen ihr und dem für die Glaslieferung zuständigen Unternehmen (KS Rz. 22 ff.). Auch verlangt die Klägerin, dass jegliche weitere Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Unternehmen vorgelegt wird (KS Rz. 31 ff.) Die Klägerin möchte mithilfe dieser Dokumente beweisen, dass die Beklagte ein Verschulden am Scheitern der Inbetriebnahmeversuche treffe. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass dafür weder der Vertrag noch sonstige Korrespondenz beigezogen werden kann, um ein solches Verschulden zu beweisen.

2. Keine Verpflichtung zur Vorlegung des Vertrages

Der Beklagten stehen formelle und materielle Einwendungen zur Verfügung, um sich gegen das Vorlageverlangen der Klägerin zu wehren (RAESCHKE-KESSLER V.5.2 f.; ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 9 IBA-Rules, N 36 ff.). Die Beklagte stützt sich folgend auf diese Einwendungen gemäss Art. 3 Abs. 5 IBA-Rules.

2.1. Formelle Einwendungen

Art. 3 Abs. 3 IBA-Rules verlangt von der Antragsstellerin, dass sie die Relevanz und die Wesentlichkeit der vorzulegenden Dokumente erläutert. Dies versucht die Klägerin in ihrer Klageschrift (KS Rz. 22 ff.), verkennt dabei jedoch wesentliche Punkte, welche nachfolgend aufgezeigt werden.

Die Beklagte ist der Meinung, dass der von der Klägerin verlangte Vertrag für das Verfahren *nicht relevant* ist, da dieser die von der Klägerin zu beweisenden Rückschlüsse nicht ermöglicht. Die Klägerin erhofft sich aus dem Vertrag, eine fehlerhafte Glaszusammensetzung nachweisen zu können (KS Rz. 25). Sie stützt sich dabei auf eine Aussage von Herrn Fuchs (KS Rz. 24), verkennt jedoch, dass dieser diesbezüglich keinerlei Wissen haben konnte. Herr Fuchs wurde von der Beklagten, wie dies auch die Klägerin richtig festgestellt hat, mit der Montage und Inbetriebnahme der neuen Anlage beauftragt (Ziff. 2 Schreiben vom 11. März 2011). Sein Fachwissen bezieht sich auf die Instandhaltung und Montage von Anlagen, nicht jedoch auf den eigentlichen Recyclingprozess. Die Angaben betreffend Glaszusammensetzung, die aus dem zweiten Inbetriebnahmeprotokoll (B-1) hervorgehen, sind lediglich Vermutungen von Herrn Fuchs. Er verkannte durch seine Unwissenheit diesbezüglich, dass ein Glas-

lieferungsunternehmen, wie es der Name schon sagt, nur mit der Sammlung und Lieferung von Altglas vertraut ist. Die Aufbereitung, Sortierung und Entsorgung erfolgt durch die Beklagte selbst (Ziff. 2 Schreiben vom 11. März 2011). Im geforderten Vertrag befinden sich somit nur die Angaben über die zu liefernde Menge an Altglas. Die Glasqualität wird nur mit den Worten „Hohlglas“ (Flaschen, Gefässe etc.) und „Flachglas“ (Fenster- und Autoscheiben etc.) beschrieben. Die weitere Verarbeitung des angelieferten Schrottglases erfolgt durch die Beklagte selbst. Bis anhin wurde durch Personalaufwand die Glaslieferung manuell kontrolliert und von allfälligen möglichen Störfaktoren wie Verunreinigungen, Grössenabweichungen etc. befreit. Die von der Klägerin gelieferte Maschine sollte genau in diesem Bereich eingesetzt werden und durch das angepriesene „No-Hands-Konzept“ diesen Personalaufwand minimieren. Die Kernkompetenz der Anlage der Klägerin bestand daher gerade in diesem Bereich der Vorbereitung des Glases. Sie kann somit das Unvermögen ihrer Anlage (konzeptionelle Mängel) nicht auf die angeblich fehlerhafte Glasmischung abwälzen. Deshalb ist aufgrund der fehlenden Aussagekraft des Vertrages sowie der mangelnden Konzeption der Anlage der Glaslieferungsvertrag für jegliche Rückschlüsse auf das Nichtfunktionieren der Anlage irrelevant und kann deshalb nicht wesentlich für den Ausgang des Verfahrens sein.

2.2. Materielle Einwendungen

Auch wenn das Schiedsgericht die formellen Voraussetzungen des Antrags bejaht, kann die 44
Beklagte Einwendungen nach Art. 9 Ziff. 2 IBA-Rules vorbringen.

Dass es an der Relevanz und der Wesentlichkeit des Vertrages für den Ausgang des Verfah- 45
rens fehlt, hat die Beklagte bereits ausgeführt (Rz. 43) (Art. 9 Ziff. 2 lit. a IBA-Rules).

Die Beklagte hätte den Vertrag schon längst selbst als Beweismittel eingebracht, um die Vor- 46
würfe der Klägerin als haltlos zu beweisen. Diesen Beweis kann der Vertrag aber gerade nicht liefern, da diese Information nicht aus ihm hervorgeht. Somit wäre es unverhältnismässig, wenn die Beklagte aufgefordert würde, ein solches Dokument vorzulegen, da die Information betreffend des Vertragsinhaltes bereits vorliegt (Ziff. 4 VB Nr. 4). Es würde somit das Verfahren durch eine unnötige Beweiserhebung verzögert, was gemäss Art. 9 Ziff. 2 lit. g IBA-Rules ebenfalls unzulässig ist.

Es ist vielmehr anzumerken, dass die langjährige Zusammenarbeit zwischen dem Glasliefe- 47
rungsunternehmen und der Beklagten bis zum Eintritt der Klägerin ohne Komplikationen verlaufen ist. An der Glaszusammensetzung hat sich seither nichts geändert. Die Sammelstellen und Bezugsquellen des Glaslieferungsunternehmens sind dieselben geblieben. Auch die Recyclinganlage der Beklagten hat sich in diesem Zeitraum nicht verändert. Erst mit der neuen Anlage der Klägerin kam es zu Komplikationen. Da die Klägerin sich nun mit dem Problem

konfrontiert sieht, ihren versprochenen Leistungen der Effizienzsteigerung („No-Hands-Konzept“) und Kosteneinsparung nicht gerecht werden zu können, ist es missbräuchlich, wenn sie nun die langjährige, erfolgreiche Zusammenarbeit der Beklagten und des Glaslieferungsnehmens als Grund für das Scheitern vorbringt.

2.3. Zwischenfazit

Dass die Klägerin diesem Vertrag eine so hohe Bedeutung beimisst, obwohl das Glaslieferungsunternehmen selbst den spärlichen Inhalt bereits erläutert hat, kann nur als Verzögerungstaktik angesehen werden. Aus diesem Grund ist das *Begehren der Klägerin auf Edition des Vertrages zwischen der Beklagten und ihrem Glaslieferanten abzuweisen*. 48

3. Keine Verpflichtung zur Vorlegung der Korrespondenz

Die Klägerin möchte weiter jegliche Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glaslieferungsunternehmen vorgelegt haben. Die Klägerin unterlässt es jedoch, die nötigen, präzisierenden Umschreibungen über den Zeitraum, in dem die Korrespondenz vermutungsweise stattgefunden haben soll, vorzunehmen (KS Rz. 31). Dies wird aber gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a sublit. i IBA-Rules verlangt, um eine genaue Identifikation der verlangten Korrespondenz zu ermöglichen (RAESCHKE-KESSLER V.3.2.1). Dieser Umstand deutet somit eher auf eine unzulässige „fishing expedition“ als auf ein seriöses Vorverlangen eines relevanten Dokumentes hin und ist deshalb abzulehnen (RAESCHKE-KESSLER V.3.2). Dass es sich bei diesem zweiten Editionsbegehren bloss um eine verzweifelte Investigation handelt, wird auch dadurch bekräftigt, dass sich die Klägerin ebenfalls nur auf eine Vermutung von Herrn Fuchs stützt, welcher, wie bereits erläutert, in Bezug auf diesen Bereich kein Wissen aufweist (Rz. 43). 49

Zudem verfügen die Beklagte und das Glaslieferungsunternehmen gar nicht über eine solche Korrespondenz. Aufgrund der reibungslosen Zusammenarbeit zwischen den beiden wurde eine Konkretisierung der im Vertrag enthaltenen Liefermengen nie auch nur in Erwägung gezogen. Deshalb kann die Beklagte eine solche Korrespondenz gar nicht vorlegen. Diese Einwendung ist zwar nicht im Katalog von Art. 9 Abs. 2 IBA-Rules enthalten, muss aber aus rein logischen Gründen zur Verfügung stehen (RAESCHKE-KESSLER V.5.4). 50

4. Fazit

Die Beklagte kann nicht verpflichtet werden, den Vertrag zwischen ihr und dem Glaslieferungsunternehmen vorzulegen, da dieses Dokument gar nicht geeignet ist, den von der Klägerin verlangten Beweis zu erbringen. Die weitere Korrespondenz ist ebenfalls nicht einzubringen, da es schlicht an einer solchen mangelt. 51

III. MATERIELLER TEIL

A. Kein Anspruch der Klägerin auf Leistung der CHF 3'500'000.-

Die Klägerin behauptet, ihr stünde ein Anspruch auf Leistung der CHF 3'500'000.- aufgrund von Art. 363 i.V.m. 372 OR, alternativ aus Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) zu. 52

1. Kein Anspruch gemäss Art. 363 i.V.m. 372 Abs. 1 OR

1.1. Ausgangslage

Die Klägerin definiert den Vertrag richtigerweise als Werklieferungsvertrag. Bei diesem wird typischerweise die Herstellung eines Werks geschuldet. Dabei besteht diese Herstellung in der Bewirkung und Ablieferung eines Arbeitserfolges (SCHMID/STÖCKLI N 1658 f.). Definitionsgemäss gilt ein Werk als vertragsgemäss abgeliefert, wenn es die vertraglich vereinbarten Eigenschaften aufweist *und* vom Besteller abgenommen wird (GAUCH N 86). I.c. ist dieses individuell bestimmte Arbeitsergebnis in der Präambel und im Annex I des Lieferungsvertrages näher umschrieben. *Ziel und Zweck des Vertrages* war es demnach, durch eine *punktueller Modernisierung* des bestehenden Recyclingcenters, es der Beklagten zu ermöglichen, ihre bisherige Tätigkeit im selben Rahmen fortzuführen, gleichzeitig aber ihre *Verarbeitungsleistung zu erhöhen* und ihre *Kosten zu senken* („No-Hands“ Konzept) (vgl. Rz. 43). Die Klägerin macht jedoch geltend, der Erfolg sei eingetreten, weil die Beklagte das Werk abgenommen habe (KS Rz. 45 f.). Folgend werden die Herstellung eines vertragsgemässen Werks und eine erfolgte Abnahme bestritten. 53

1.2. Kein vertragsgemässes Werk

Die Klägerin hätte behaupten können, dass sie ein vertragsgemässes Werk hergestellt habe und durch die Abnahme dieses Werkes ihr daher ein Anspruch auf Leistung von Werklohn zustehe. Diese Behauptung unterlässt sie jedoch in ihrer Klageschrift. Nachfolgend wird trotzdem aufgezeigt, dass das Werk nicht dem Vertragszweck entspricht, insbesondere an konzeptionellen Mängeln leidet und dadurch nicht in der Lage ist, mit praxisüblichen Abweichungen des Recyclingglases umzugehen. 54

1.2.1. Fehlender Erfolg

Wie bereits erwähnt, schuldet die Klägerin ein Werk, welches der Beklagten eine erhöhte Produktivität bei gleichzeitig geringeren Fixkosten ermöglicht (Rz. 53; s.a. Schreiben vom 11. März 2011 Ziff. 5). Diesen Erfolg vermochte die Klägerin allerdings mittels ihrer Anlage nie herbeizuführen. So wurde bereits bei den Leistungstests insbesondere die von der Klägerin versprochene durchschnittliche Verarbeitungsleistung von mindestens 5.0 Tonnen pro Stunde nicht erreicht (vgl. K-2, B-1). Diesen Mangel kann die Klägerin durch das kurzzeitige Erreichen dieser Verarbeitungsleistung nicht rechtfertigen, handelt es sich doch bei diesem Wert 55

um einen Leistungsdurchschnitt, der den Vertragszweck bei nur einmaligem, kurzzeitigem Erreichen nicht zu erfüllen vermag. Dies ist auch der Klägerin bewusst, verzichtet sie doch auf die Geltendmachung dieses Punktes.

1.2.2. Konzeptionelle Mängel

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, Glas verwendet zu haben, das nicht den vertraglichen Anforderungen entsprach. Insbesondere habe das Glas nicht das vereinbarte Mindestgewicht aufgewiesen und sei durch Fremdmaterial verunreinigt gewesen. Aufgrund dieser Umstände seien die Leistungstests nicht erfolgreich verlaufen (KS Rz. 44). Dem kann folgendes entgegen gehalten werden:

Gemäss Vertragszweck hätte die Recyclinganlage der Beklagten modernisiert werden sollen. Standort und Zulieferer sollten beibehalten werden. Demzufolge beabsichtigte die Beklagte nicht im Sinne einer Neuausrichtung anderes Glas zu verarbeiten. Vielmehr sollte weiterhin dasselbe Glas recycelt werden. Dies wird denn auch von Art. 5.2.2 Annex III bekräftigt, heisst es doch dort, dass die Beklagte ausreichend Material, in Qualität und Menge *wie für die Produktion benötigt*, für die Leistungstests bereitzustellen habe. Die Glasqualität hat sich demzufolge an den für die Produktion benötigten Standards zu orientieren. Die Beklagte hat bei den Leistungstests Glas, wie für die Produktion benötigt, zur Verfügung gestellt und dadurch ihre vertragliche Pflicht erfüllt. Dass solches Schrottglass allerdings nicht immer den geforderten Massen entspricht, ist handelsüblich und kann nicht als Fehlerquelle für die gescheiterten Versuche herangezogen werden (Ziff. 4 VB Nr. 4; Rz. 43).

Vielmehr drängt sich bei der Beklagten der Verdacht auf, dass die Maschine an konzeptionellen Mängeln leidet. Die Klägerin ist nämlich als Spezialistin im Bereich des Recycling- und Sortierwesens tätig. Sie vertreibt Glasbrecheranlagen und passt diese auf die jeweiligen Kundenbedürfnisse an (Ziff. 1 VB Nr. 4). Die Klägerin übernimmt deshalb auch das Engineering und die Beratung (Art. 1 LV). Sie muss also über das nötige Fachwissen verfügen und ihre Anlage genau kennen. Dazu gehört auch, dass sie die unumgänglichen und handelsüblichen Abweichungen der Glaszusammensetzung kennt und diese beim Bau und bei der Konzeption mitberücksichtigt (vgl. Ziff. 4 VB 4). Dies hat die Klägerin unterlassen, zeigt sich doch, dass die Anlage bereits bei kleinsten Abweichungen Schaden nimmt. Aufgrund dieser Umstände folgert die Beklagte, dass die Konzeption der Anlage von Anfang an mangelhaft war und rügt deshalb konzeptionelle Mängel.

1.2.3. Kein Selbstverschulden der Beklagten

Auch wenn die Glaszusammensetzung nicht den vertraglichen Anforderungen entsprechen würde und die Klägerin dies beweisen könnte, übersieht sie, dass die Masse der Glasmischung

nach Art. 6.1 Annex III lediglich für das Erreichen der Leistungstests gedacht sind. Sie erklären allerdings nicht das gänzliche Nichtfunktionieren der Anlage, sowie den fehlenden Erfolg. Vielmehr müsste die Anlage bei der späteren Produktion, wenn auch mit tieferer Verarbeitungsleistung, zumindest in der Lage sein, auch den handelsüblichen Abweichungen entsprechendes Glas zu verarbeiten, mithin zu funktionieren. Während der Inbetriebnahmeversuche hat sich allerdings gezeigt, dass die Maschine nicht in der Lage ist, mit solchen Abweichungen umzugehen, wurde doch der Dosierrichter schwer beschädigt und konnte die Anlage wegen kontinuierlicher Störungen nicht in Betrieb gehalten werden. Ferner ist festzuhalten, dass die Beklagte schon jahrelang dieselbe Glasmischung problemlos verarbeitet hat. Probleme traten erst mit der von der Klägerin gelieferten Anlage auf. Daher kann der mangelnde Erfolg nicht der Beklagten angelastet werden.

1.2.4. Zwischenfazit

Da wie dargelegt kein vertragsgemässes Werk von der Klägerin abgeliefert worden ist, hat sie den gemäss Art. 363 OR geschuldeten Erfolg nicht verwirklicht. 60

1.3. Keine Abnahme des Werkes

Die Klägerin behauptet lediglich, sie habe einen Anspruch auf Werklohn, weil eine Abnahme des Werkes erfolgt sei (KS Rz. 43, 47 f.). Dies wird von der Beklagten bestritten. 61

1.3.1. Keine Abnahme am 29. November 2010

Die Klägerin behauptet, die Inbetriebnahme sei am 29. November 2010 erfolgt, weil in der Nacht während der Inbetriebnahme bereits Produktionsarbeiten ausgeführt worden seien. Zu diesem Schluss kommt die Klägerin, weil ihr Personal zu diesem Zeitpunkt nicht mehr dem Test beiwohnte und diesen nicht kontrollierte (KS Rz. 46). Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass sich die Klägerin durch Unterzeichnung des Protokolls (B-1) mit dem Ablauf des Vorgehens einverstanden erklärt hat. Zum anderen war zu diesem Zeitpunkt die Einspeisung der 40 Tonnen Glas noch nicht erfolgt (Art. 3.3.1 Annex I). Daher kann sich die Anlage mitnichten bereits in der Produktionsphase befunden haben. 62

Ausserdem geht aus dem zweiten Inbetriebnahmeprotokoll (B-1) deutlich hervor, dass keine Abnahme erfolgt ist. Die Klägerin behauptet jedoch, ohne Angabe von Gründen, dass das Protokoll fehlerhaft sei. Die Beklagte ist überzeugt, dass das Protokoll korrekt zustande gekommen und von beiden Parteien bewusst und richtig unterzeichnet worden ist. 63

1.3.2. Keine Abnahme am 9. Juni 2010

Die Beklagte behauptet weiter, dass das Werk bereits nach dem ersten Inbetriebnahmeversuch abgenommen worden sei, weil weder innerhalb eines noch innerhalb von acht Monaten ein erfolgreicher Leistungstest stattgefunden habe (KS Rz. 45). Wann eine Abnahme als erfolgt 64

gilt, haben die Parteien dabei in Art. 8.3 LV vereinbart. Dabei wurde auch festgehalten, dass die Abnahme durch ein Abnahmeprotokoll bestätigt werden müsse. I.c. hatte die Klägerin sowohl am 8. Juni als auch am 28. November 2010 die Möglichkeit im Sinne von Art. 8.3 LV die Leistungstests laut Annex III durchzuführen bzw. zu wiederholen. Ferner fehlt es auch an einem Abnahmeprotokoll. Daher vermag dieses Argument nicht zu überzeugen. Weiter haben die Parteien mit dem ersten Inbetriebnahmeprotokoll (K-2) den Vertrag nach Art. 11.2 LV dahingehend ergänzt, dass die Klägerin bis Ende November 2010 Reparaturen vorzunehmen hatte. Daher greifen die Fristen gemäss Art. 8.3 LV nicht. Zu all dem ist für die Beklagte nicht ersichtlich, wie die Klägerin eine Abnahme als erfolgt betrachtet, später aber einen zweiten Inbetriebnahmeversuch durchführt, aus dessen Protokoll unmissverständlich hervorgeht, dass keine Abnahme erfolgt ist (vgl. B-1).

1.3.3. Keine konkludente Bestätigung der Abnahme

Die Einzahlung der ersten Abschlagszahlung vom 8. November 2010 (K-3) wertet die Klä- 65
gerin als konkludente Bestätigung der ihrer Meinung nach bereits am 9. Juni 2010 erfolgten Ab-
nahme. Wie bereits erwähnt, erfolgte diese Zahlung jedoch auf Drängen der Klägerin, da es
ihr an liquiden Mitteln mangelte, um die Reparaturarbeiten zu beenden (vgl. Rz. 13). Dass
nicht von einer konkludenten Abnahme ausgegangen werden kann, ergibt sich schon daraus,
dass zu diesem Zeitpunkt die Anlage nicht funktionstüchtig war, sondern sich immer noch in
Reparatur befand. Auch aus dem zweiten Inbetriebnahmeprotokoll mit negierter Abnahme
kann geschlossen werden, dass die Zahlung nicht als konkludente Bestätigung der Abnahme
angesehen werden kann (vgl. B-1).

Den Vorwurf, die Abnahme konkludent bestätigt zu haben, erhebt die Klägerin auch nach 66
dem zweiten Inbetriebnahmeversuch. Die Klägerin bringt vor, dass ihr Vertrauen in die er-
folgte Abnahme erweckt worden sei, weil sich die Beklagte bezüglich der abzuklärenden
Glaszusammensetzung nicht gemeldet, und darüber hinaus keinen dritten Inbetriebnahmever-
such verlangt habe (KS Rz. 48). Die Klägerin übersieht dabei, dass die Parteien im Dezember
2010, also wenige Tage nach dem zweiten Inbetriebnahmeversuch, in intensivem E-Mail-
Verkehr standen und die Beklagte dabei ihre Unzufriedenheit deutlich zum Ausdruck ge-
bracht hat (Ziff. 11 VB 4). Die Möglichkeit, einen dritten Leistungstest zu verlangen
(Art. 5.2.1 Annex III), ist lediglich eine „Kann“-Vorschrift, keinesfalls verpflichtet sie die
Beklagte zu einem dritten Test. Auf diesen dritten Inbetriebnahmeversuch wurde aus ökonomischen Gründen verzichtet, da die Anlage seit sieben Monaten nicht funktionsbereit und
gleichzeitig eine Abnahme aufgrund von konzeptionellen Mängeln nicht absehbar war. Daher
wäre ein dritter Inbetriebnahmeversuch eine blosser Farce gewesen.

1.3.4. Zwischenfazit

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass nach keiner von der Klägerin vorgebrachten Behauptungen eine Abnahme erfolgt ist. 67

1.4. Zwischenfazit

Da weder der vertragliche Erfolg noch eine Abnahme der Anlage erfolgt ist, hat die Klägerin *keinen Anspruch auf Werklohn gemäss Art. 363 i.V.m. Art. 372 Abs. 1 OR.* 68

2. Kein Anspruch gemäss Art. 102 ff. OR

Weiter legt die Klägerin dar, dass sich die Beklagte im Verzug befinde (KS Rz. 52 ff.). Da die Klägerin jedoch weder ihre Hauptpflicht erfüllt noch eine Abnahme erfolgt ist und die Beklagte zudem nicht vorleistungspflichtig ist, macht sie vorliegend die Einrede gemäss Art. 82 OR geltend. 69

Zudem wäre die Klägerin zu diesem Zeitpunkt gar nicht berechtigt gewesen, Rechnung zu stellen. Nach Art. 4.2.2 LV ist nämlich die erste Rate am Ende des nach der Inbetriebnahme folgenden Monats zu leisten. Da i.c. keine Abnahme erfolgt ist und somit auch keine erfolgreiche Inbetriebnahme stattgefunden hat, besteht dieser Anspruch der Klägerin nicht. 70

3. Fazit

Aus den dargelegten Gründen hat die Klägerin weder einen Anspruch auf Werklohn nach Art. 363 i.V.m. Art. 372 Abs. 1 OR noch stehen ihr die CHF 3'500'000.- nach Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) zu. 71

B. Kein Anspruch auf Auszahlung der CHF 700'000.-

Gemäss Art. 18.3 LV wäre die Klägerin berechtigt, im Falle einer Vertragsbeendigung durch die Beklagte die bis zum Zeitpunkt der Beendigung ihr *zustehenden* Zahlungen zu erhalten. Wie bereits erörtert, steht der Klägerin kein Anspruch auf Leistung der Zahlungen zu (vgl. Rz. 54 ff.). Daher kann sie auch die Auszahlung der CHF 700'000.- nicht geltend machen. 72

C. Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der CHF 500'000.-

1. Ausgangslage

Die Beklagte ist mit Schreiben vom 7. März 2011 (B-2) vom Vertrag zurückgetreten. Mit Rücktritt wird dabei das Schuldverhältnis in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis überführt. Im Gegenzug zur Rückübereignung des Werkes an die Klägerin hat diese den bereits bezogenen Werklohn der Beklagten zurückzuerstatten (HUGUENIN, OR BT, N 646 f.; HONSELL S. 295). Da die Beklagte das Werk der Klägerin rückübereignet hat, steht ihr demnach die Rückerstattung der CHF 500'000.- zu. Die Klägerin behauptet dagegen, die Beklagte habe keinen Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 366 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 1 OR. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass diese Ansprüche sehr wohl bestehen. 73

2. Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR

Die Klägerin behauptet, der Beklagten stehe kein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR zu, da das Werk bereits vollendet worden sei und sie sich somit nicht im Verzug befinden kann. Ferner behauptet sie, dass die Beklagte ihre Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen habe, was ihr als Verschulden angelastet werden könne (KS Rz. 61 f.). 74

2.1. Keine Vollendung des Werkes

Art. 366 Abs. 1 OR setzt für einen erfolgreichen Vertragsrücktritt seitens der Beklagten voraus, dass die Klägerin mit der Ausführung des Werkes nicht rechtzeitig beginnt, diese in vertragswidriger Weise verzögert, oder dass ein so erheblicher Rückstand vorliegt, dass eine rechtzeitige *Vollendung* nicht mehr vorauszusehen ist (GAUCH N 668; HUGUENIN, OR BT, N 628 f.). I.c. argumentiert die Klägerin, dass das Werk durch das Erreichen des Montageendes und mit Durchführung der Kalttests vollendet worden sei und somit eine verspätete Vollendung gar nicht vorliegen könne (KS Rz. 43). Vollendet sei das Werk gemäss der Klägerin sobald *sämtliche vereinbarten Arbeiten, die der Unternehmer schuldet*, ausgeführt seien. Diesen Ausführungen können zwei Argumente entgegengehalten werden. Zum einen gehören die Warm- und Leistungstests ebenfalls zu den vereinbarten Arbeiten, die der Unternehmer schuldet. Dies ergibt sich aus Art. 3 Annex I und Art. 8.2 LV, hat die Klägerin doch das ganze Verfahren zu überwachen und das Personal der Beklagten zu instruieren. Somit kann nach Beendigung der Kalttests keineswegs von einer Vollendung ausgegangen werden. Zum anderen verkennt die Klägerin, dass mit dem Begriff „Vollendung“ nicht bereits das Montageende gemeint ist, sondern erst die erfolgreich vollzogene Abnahme. Mit anderen Worten ist die Erfüllung des Vertrages und somit das Erlöschen all ihrer Verpflichtungen erst mit der Abnahme des Werkes gegeben (vgl. Art. 8.3 LV). Die Abnahme ist allerdings wie bereits dargelegt nie erfolgt (vgl. Rz. 62 ff.). 75

2.2. Kein Verschulden der Beklagten

Die Klägerin behauptet weiter, die Beklagte könne die geforderte Geldsumme nicht zurückverlangen, da sie die ihr zufallenden Mitwirkungshandlungen nicht erfüllt habe und sie somit ein Verschulden treffe (KS Rz. 62). Gemäss Art. 8.2 LV hat die Beklagte auf eigene Kosten verschiedene Arbeitskräfte und Materialien für die Leistungstests zur Verfügung zu stellen. Dies wurde i.c. gemacht. Die Beklagte hat nämlich Personal und die nötigen Rohstoffe, u.a. auch das zu verarbeitende Glas, zur Verfügung gestellt. Dass solches Schrottglass nicht immer den im Vertrag geforderten Massen entspricht, ist handelsüblich, und musste von der Klägerin im Rahmen ihrer Konzeption mitberücksichtigt werden (vgl. Rz. 57). Indem die Klägerin dies unterlassen hat, hat sie das Nichtfunktionieren der Anlage pflichtwidrig herbeigeführt. 76

Schliesslich behauptet die Klägerin, die Beklagte müsse beweisen, dass sich die Maschine noch im Versuchsstadium befinde (KS Rz. 62). Dabei verkennt die Klägerin, dass das Versuchsstadium solange andauert, bis die Abnahme erfolgt ist. Daher kann der Beklagten kein Verschulden angelastet werden. 77

2.3. Fehlende Voraussehbarkeit der Vertragsvollendung

Art. 366 Abs. 1 OR setzt weiter voraus, dass der Unternehmer sich mit der Vollendung des Werkes so sehr im Rückstand befindet, dass eine solche nicht mehr voraussehbar ist. I.c. leidet die Anlage an schwerwiegenden konzeptionellen Mängeln, so dass eine Vertragserfüllung nicht voraussehbar ist (Rz. 57). Die Klägerin ist nicht in der Lage, diese Mängel zu beheben. Somit liegt also ein Rückstand vor, der eine rechtzeitige Erfüllung unmöglich macht. Daher erübrigt sich auch die Geltendmachung eines dritten und letzten Inbetriebnahmeversuches, weil dessen Resultat absehbar ist (Rz. 66). 78

Art. 366 Abs. 1 OR gilt als Ergänzung zu den allgemeinen Verzugsbestimmungen nach Art. 107 ff. OR (HUGUENIN, OR BT, N 630). Demnach muss die Beklagte der Klägerin eine Nachfrist ansetzen, um der Klägerin die Möglichkeit zu geben, das Werk doch noch zu vollenden (SCHMID/STÖCKLI N 1707; GAUCH N 675). Die Beklagte hat der Klägerin eine solche Nachfrist explizit gestellt. Indem sie nämlich im Dezember 2010 mit der Klägerin in intensivem E-Mail Kontakt stand und immer wieder betonte, dass falls die Maschine bis Ende 2010 nicht vertragskonform funktionieren, sie nach anderen Lösungen suchen würde, hat die Beklagte der Klägerin eine Nachfrist gesetzt (Ziff. 11 VB Nr. 4). Darüber hinaus wäre die Ansetzung einer Nachfrist gar nicht nötig gewesen, weil sich diese gemäss Art. 108 Ziff. 1 und 3 OR erübrigt, falls absehbar ist, dass die Klägerin das Werk nicht vollenden kann oder wird. Da i.c. die Maschine an schwerwiegenden konzeptionellen Mängeln leidet und deshalb nie in der Lage sein wird, die von der Beklagten geforderte Glasmenge zu verarbeiten, erübrigt sich somit eine Nachfristansetzung. Daher ist die Beklagte zu Recht vom Vertrag zurückgetreten. 79

2.4. Zwischenfazit

Da alle Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR erfüllt sind, ist die Beklagte *berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten* und die bereits bezahlte *Summe von CHF 500'000.- von der Klägerin zurückzuverlangen*. 80

3. Eventualiter Rücktrittsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe keinen Anspruch auf Rücktritt vom Vertrag gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR (KS Rz. 63 ff.). 81

3.1. Vorliegen von Mängeln

Das Rücktrittsrecht gemäss Art. 368 Abs. 1 OR kann geltend gemacht werden, sofern das Werk mangelhaft ist. Ein Werk ist mangelhaft, wenn im Vertrag zugesicherte, nach dem Vertrauensschutzprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen, oder sonst eine Nichtübereinstimmung des abgelieferten mit dem versprochenen Werk vorliegt (ZINDEL/PULVER, BSK-OR, Art. 368 N 9; GAUCH N 1355 ff.; BGE 114 II 239 E. 5; 100 II 30 E. 2).

I.c. wurde bereits dargelegt, dass die Anlage an schwerwiegenden konzeptionellen Mängeln leidet (vgl. Rz. 57 f.). Deshalb ist die Mangelhaftigkeit des Werkes unzweifelhaft gegeben.

Die Klägerin versucht, die Mangelhaftigkeit bzw. das Nichterreichen der geforderten Leistung mit einer angeblich von der Beklagten verwendeten, fehlerhaften Glasmischung zu rechtfertigen (KS Rz. 64). Dass dies nicht zutreffend ist, wurde bereits ausgeführt (Rz. 59).

3.2. Fristgerechte Mängelrüge

Der Besteller hat das Werk zu überprüfen, und sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Mängel zu rügen (Art. 367 Abs. 1 OR). Der Prüfungszeitraum richtet sich dabei nach der Verkehrsübung und hängt von der Art der Beschaffenheit des Werkes ab (ZINDEL/PULVER, BSK-OR, Art. 367 N 6). Bei komplexen Werken wird nicht eine sofortige Prüfung gemäss Art. 367 Abs. 1 OR verlangt, vielmehr ist für die Funktionsprüfung ein bestimmter Zeitraum nach der Ablieferung vorzusehen (BÜHLER, ZK-OR, Art. 367 N 32). Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe die Mängelrüge nicht form- und fristgerecht erhoben (KS Rz. 65). Dabei übersieht sie Ziff. 11 VB Nr. 4, woraus ausdrücklich hervorgeht, dass die Parteien im Dezember 2010 (also kurz nach dem zweiten Inbetriebnahmeversuch) in intensivem E-Mail Kontakt standen und die Beklagte dabei mehrfach die Mängel substantiiert und auch fristgerecht bezeichnet hat.

3.3. Keine gesetzlichen oder vertraglichen Ausschlussgründe

Gesetzliche oder vertragliche Ausschlussgründe macht die Klägerin zu Recht nicht geltend. Daher ist diese Voraussetzung unbestrittenermassen als erfüllt zu betrachten.

3.4. Wahrung der Fristen

Nach Art. 371 i.V.m. 210 OR verjähren die Mängelrechte ein Jahr nach Ablieferung des Werkes. I.c. behauptet die Klägerin, dass die Beklagte die Mängelrüge seit Ende April 2011 nicht mehr geltend machen könne, weil ihre Mängelrechte verjährt seien (KS Rz. 68). Einerseits verkennt die Klägerin, dass, wie bereits erwähnt, keine Abnahme erfolgt ist, andererseits übersieht sie, dass die Einleitungsanzeige vom 11. März 2011 die Fristen unterbricht (Art. 135 Ziff. 2 OR). Somit ist keine Verjährung eingetreten, wodurch die Beklagte ihre Gewährleistungsrechte weiterhin geltend machen kann.

3.5. Weitere Behauptungen der Klägerin

Weiter behauptet die Klägerin, die Beklagte würde sich widersprüchlich verhalten, indem sie die Beendigung des Vertrages wegen Mängeln verlangt und gleichzeitig die Maschine abbaut. Die Klägerin übersieht dabei, dass die Beklagte ein unbrauchbares Werk selber beseitigen darf (BGE 98 II 118 E. 3.b) f.) Dass das Werk für die Beklagte unbrauchbar war, hat sie schon mehrmals erörtert (vgl. Rz. 57 f.). Aus diesem Grund, und um unnötig belegten Platz in ihrem Unternehmen zu vermeiden, hat sie die Anlage berechtigterweise abgebaut, da die Klägerin dies trotz Fristansetzung unterlassen hat (Ziff. 14 Schreiben vom 11. März 2011). 88

3.6. Von der Klägerin nicht hervorgebrachte Argumente

Aus dem Terminplan geht hervor, dass die Beklagte in jedem Planungsschritt miteinbezogen wurde (Annex II). Die Klägerin könnte also hervorbringen, dass die Beklagte das Vorliegen allfälliger konzeptioneller Mängel bereits im Planungszeitpunkt hätte erkennen und geltend machen müssen. Diesem Vorwurf kann entgegengehalten werden, dass es gerade die Klägerin ist, welche auf den Bau von solchen Maschinen spezialisiert ist und daher über das erforderliche Know-How verfügt, und nicht die Beklagte, welche sich um den Bereich des Recyclings kümmert. Somit kann es sehr wohl sein, dass die Beklagte im Planungszeitpunkt nicht erkennen konnte, mit welchen konzeptionellen Mängeln die Maschine behaftet sein würde. 89

Die Klägerin könnte weiter vorbringen, die Beklagte dürfe keinen Rücktritt nach Art. 368 Abs. 1 OR geltend machen, weil sie durch die Nichtbefolgung der Weisung der Klägerin, anderes Glas zu verwenden, das Scheitern des zweiten Inbetriebnahmeversuchs selbst verschuldet habe (Art. 369 OR). Das Selbstverschulden i.S.v. Art 369 OR liegt dann vor, wenn die Verursachung des Werkmangels ausschliesslich der Beklagten zuzuordnen ist (GAUCH N 1916; BGE 116 II 454 E. 3). Wie bereits erwähnt (Rz. 57 ff.), kann das Scheitern der Inbetriebnahmeversuche nicht auf die Glasmischung abgewälzt werden. Somit liegt auch kein Selbstverschulden der Beklagten nach Art. 369 OR vor. Daher kann die Beklagte ihre Rechte aus Art. 368 Abs. 1 OR geltend machen. 90

3.7. Zwischenfazit

Da alle Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 1 OR erfüllt sind, fällt der Vertrag dahin und die Klägerin schuldet der Beklagten den bereits bezogenen Werklohn von CHF 500'000.-. 91

4. Fazit

Der Beklagten steht aufgrund der gemachten Ausführungen ein *Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR zu. Ferner steht ihr dieser eventualiter auch aus Art. 368 Abs. 1 OR zu.* 92

Abschliessend bitten wir Sie höflich, uns zur Verhandlung vorzuladen und verbleiben mit vorzüglicher Hochachtung

[Unterschrift]

Moot Court Team 2