

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34
CH-6340 Baar
Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 3
Cagri Demir
Johanna Hug
Andreas Mikos
Thomas Schoch

per E-Mail
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich
lst.huguenin@rwi.uzh.ch

18. April 2012

Klageantwort
Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011

In Sachen

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

vertreten durch das Moot Court Team 8

Klägerin und Widerbeklagte

gegen

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

vertreten durch das Moot Court Team 3

Beklagte und Widerklägerin

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Beklagten 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. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist,*
 - 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.-.*

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

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren.....	I
Literaturverzeichnis.....	IV
Entscheidverzeichnis.....	VII
Materialienverzeichnis.....	IX
1. Kein Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses.....	1
1.1. Keine vertragliche Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses.....	1
1.2. Natur der Kostenvorschusspflicht.....	1
1.3. Einwendungen der Beklagten.....	2
1.3.1. Überhöhter Streitwert.....	2
1.3.2. Widerklagestreitwert.....	3
1.4. Kein klagbarer Anspruch.....	3
2. Folgen der Nichtzahlung durch die Beklagte.....	4
2.1. Ausschluss des Schweizer materiellen Rechts.....	4
2.2. Auslegung der Schiedsvereinbarung.....	4
2.3. Kein Rückerstattungsanspruch in der SchO.....	5
2.4. Schweizer materielles Recht.....	5
2.4.1. Unechter Vertrag zugunsten Dritter.....	5
2.4.2. Kein Anspruch auf Schadenersatz.....	5
3. Keine Verpflichtung zur Vorlage des Vertrages.....	6
3.1. Vorlage von Beweisstücken nach Art. 24 Abs. 3 SchO.....	6
3.2. IBA Regeln.....	6
3.3. Kein Anspruch aus Art. 182 Abs. 3 IPRG und Treu und Glauben.....	6
3.4. Anforderungen an das Editionsbegehren nach den IBA Regeln.....	7
3.4.1. Vernünftiges Mass an Spezialität.....	7
3.4.2. Entscheidrelevanz.....	8

3.4.3.	Verweigerungsrechte.....	8
3.4.4.	Einsetzen eines Sachverständigen.....	9
4.	Keine Verpflichtung zur Vorlage der Korrespondenz	9
4.1.	Spezialität und Relevanz.....	9
4.2.	Verweigerungsrechte	10
5.	Keine Anwendung der IBA Regeln.....	10
6.	Zahlungsanspruch	11
6.1.	Normalfall der Abnahme der Glasbrecheranlage	11
6.2.	Fehlendes Abnahmeprotokoll/-zertifikat.....	12
6.3.	Ausserordentliche Abnahme der Glasbrecheranlage.....	12
6.3.1.	Eigenschaften des Werkes.....	12
6.3.2.	Auslegung des Vertrages.....	13
6.3.3.	Einschlägige Übung	14
6.3.4.	Verantwortlichkeit des Auftragnehmers	14
6.4.	Eingehaltene Frist.....	15
7.	Rücktritt vom Lieferungsvertrag.....	15
7.1.	Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR.....	15
7.1.1.	Verfalltagsgeschäft nach Art. 102 Abs. 2 OR.....	16
7.1.2.	Fristansetzung nach Art. 107 Abs. 2 OR.....	16
7.2.	Art. 366 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 1 OR analog.....	17
8.	Geltendmachung des Zahlungsanspruches.....	19
8.1.	Keine Fälligkeit der Forderungen.....	19
8.2.	Antizipierter Vertragsbruch.....	20
8.3.	Ersatz des Schadens.....	20
8.4.	Eventualbegehren	20

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO ROBERTO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. CHK-Bearbeiter/in, ZGB bzw. OR).
[Rz. 9, 72, 73, 83]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit).
[Rz. 2]

BERTI STEPHEN, Zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, in: BERTI STEPHEN/KNELLWOLF MARKUS/KÖPE KAROLY CHRISTIAN/WYSS MARTIN PHILIPP (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Zürich 1991 (zit. BERTI).
[Rz. 4, 13]

CRAIG W. LAURENCE/PARK WILLIAM W./PAULSSON JAN, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. Aufl., New York 2000 (zit. CRAIG/PARK/PAULSSON).
[Rz. 9]

DERAINS YVES/SCHWARTZ ERIC A., A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, The Hague/London/Boston 1998 (zit. DERAIS/SCHWARTZ).
[Rz. 9]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH).
[Rz. 60, 73, 75]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 9. Aufl., Zürich 2009 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMENEGGER).
[Rz. 72]

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Obligationenrecht Art. 1-529, Basel 2008
(zit. KK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 75]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK ZGB-BEARBEITER/IN).

[Rz. 9]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN).

[Rz. 4, 16]

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

[Rz. 70, 86]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. HUGUENIN, OR AT).

[Rz. 86]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. HUGUENIN, OR BT).

[Rz. 70]

KNELLWOLF MARKUS, Zur materiellrechtlichen Bedeutung der Schiedsabrede, in: BERTI STEPHEN/KNELLWOLF MARKUS/KÖPE KAROLY CHRISTIAN/WYSS MARTIN PHILIPP (Hrsg.), Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, Zürich 1991 (zit. KNELLWOLF).

[Rz. 4]

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANCOIS/REYMOND CLAUDE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse*, 1989 Lausanne (zit. LALIVE/POUDRET/REYMOND).

[Rz. 16]

LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 3. Aufl., Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005 (zit. LIONNET/LIONNET).

[Rz. 13]

RAESCHKE-KESSLER HILMAR, *Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren*, in: BÖCKSTIEGEL (Hrsg.), *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, Schriftenreihe der deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 14, Köln/Berlin/Bonn/München 2001 (zit. BÖCKSTIEGEL).

[Rz. 34]

SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. SCHMID/STÖCKLI).

[Rz. 70]

SCHÜTZE A. ROLF (Hrsg.), *Kommentar Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit* 2. Aufl., Köln 2011 (zit. BEARBEITER/IN in SCHÜTZE, *Schiedsordnung*).

[Rz. 51]

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2010 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).

[Rz. 87]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/HOFMANN DIETER/OETIKER CHRISTIAN/ROHNER THOMAS (Hrsg.), *IBA Rules of Evidence; Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. ZUBERBÜHLER).

[Rz. 33, 40, 47]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), *Swiss Rules of International Arbitration*, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. STACHER).

[Rz. 8, 9, 19]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Mai 1915

BGE 41 II 534

[Rz. 4]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
1. Juli 1970

BGE 96 I 334

[Rz. 4]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. März 2005

BGE 131 V 97

[Rz. 9]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. Januar 2002

BGE 128 III 206

[Rz. 9]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. November 2003

BGE 130 III 66

[Rz. 13, 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Juli 2003

BGE 129 III 675

[Rz. 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. März 1990
BGE 116 Ia 56
[Rz. 17]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. November 2010
BGer 4A_472/2010
[Rz. 23]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
24. Oktober 1967
BGE 93 II 326
[Rz. 60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
14. März 1989
BGE 115 II 50
[Rz. 73]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Mai 2007
BGer 4C.130/2006
[Rz. 75]

Teilentscheid im ICC-Verfahren vom
27. März 2001
N. 10526
[Rz. 19]

Materialienverzeichnis

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 (zit. Review Subcommittee).

[Rz. 44, 47]

Botschaft vom 28. Mai 1904 des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, BBl 1904 IV 1, 1907 VI 367 (zit. BBl 1904 IV).

[Rz. 9]

1. Kein Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses

1 Im Folgenden wird aufgezeigt, weshalb der Klägerin kein klagbarer Anspruch auf die Leistung des Kostenvorschussanteils zusteht (entgegen KS-Rz. 2 ff.).

1.1. Keine vertragliche Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses

2 Die Klägerin behauptet in KS-Rz. 4, die Beklagte hätte damit rechnen müssen, dass die Tragung des Vorschusses durch Verweis in Art. 12.1 des Lieferungsvertrages (Beilage K-1) auf die Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (nachfolgend SchO) hälftig ausfallen würde. Nach Art. 41 Abs. 1 SchO kann das Schiedsgericht jede Partei auffordern, einen gleichen Betrag als Kostenvorschuss zu hinterlegen. Relevant für die Kostenvorschussaufteilung ist indes ebenso Art. 41 Abs. 2 SchO, denn *„erhebt ein Beklagter Widerklage [...], kann das Schiedsgericht nach seinem freien Ermessen separate Vorschüsse festsetzen“*. Die Beklagte hat mit der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage vom 17. Mai 2011 eine Widerklage i.S.v. Art. 41 Abs. 2 SchO erhoben. Das Institut der Widerklage ermöglicht, dass die gleichen Parteien alle im Zeitpunkt der Klageerhebung anstehenden Streitigkeiten in einem einzigen Verfahren vor dem nämlichen Gericht im gleichen Prozess austragen können (BERGER/KELLERHALS, N 486). Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin nicht nur Art. 41 Abs. 1 SchO, sondern auch Art. 41 Abs. 2 SchO gekannt hat und sie mit einer Widerklage der Beklagten rechnen konnte.

3 *Durch die blosse Wahl der SchO kann nicht von einer vertraglichen Verpflichtung, die Hälfte des Kostenvorschusses zu übernehmen, gesprochen werden, da immer mit einer Widerklage und somit mit einer anderweitigen Aufteilung zu rechnen ist.*

1.2. Natur der Kostenvorschusspflicht

4 Nach Ansicht der Klägerin enthält die Schiedsvereinbarung sowohl prozessuale als auch materiell-rechtliche Pflichten (KS-Rz. 5). Sie ordnet die Leistung der Kostenvorschüsse als materiell-rechtliche Pflicht ein und behauptet, daraus eine klagbare Pflicht ableiten zu können (KS-Rz. 6). Das Bundesgericht qualifiziert die Schiedsvereinbarung dagegen als Prozessvertrag (BGE 41 II 534 E. 3; BGE 96 I 334 E. 2a). In der Lehre werden indes unterschiedliche Meinungen vertreten (vgl. KNELLWOLF, S. 59 ff.; vgl. BERTI, S. 35 ff.; vgl. BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 4). Eine Einordnung der Natur der Kostenvorschusspflicht ist in casu aber nicht von Nöten, da die Qualifikation einer Pflicht für ihre Klagbarkeit nicht entscheidend ist (vgl. BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 4, 82). Abgesehen von der materiell-rechtlichen Qualifikation der Kostenvorschusspflicht bringt die Klägerin keine weiteren Gründe für einen klagbaren Anspruch hervor (KS-Rz. 5 ff.).

5 *Die vorgenommene Qualifikation der Klägerin ist daher belanglos und kann somit nicht zu einer klagbaren Pflicht führen (entgegen KS-Rz. 6).*

1.3. Einwendungen der Beklagten

6 Nachfolgend wird aufgezeigt, weshalb die Einwendungen der Beklagten sich entgegen der Meinung der Klägerin in KS-Rz. 11 als begründet erweisen.

1.3.1. Überhöhter Streitwert

7 Bis zum Zeitpunkt der Einleitungsanzeige am 11. März 2011 hatte die Klägerin sieben Raten à je CHF 100'000.- in Rechnung gestellt (Beilage K-5), weshalb der Streitwert ihrer Klage eigentlich CHF 700'000.- beträgt. Im Rechtsbegehren der Einleitungsanzeige macht die Klägerin aber eine Forderung von über CHF 3'500'000.- und den Betrag der Raten à je CHF 100'000.- nur eventualiter geltend. Die Klägerin übersieht dabei, dass die Beklagte den Lieferungsvertrag (K-1) am 31. Dezember 2010 beendet hat [vgl. Rz. 73]. Wäre der Streitwert CHF 1'300'000.- gewesen, wäre ein Kostenrahmen von CHF 63'000.- bis CHF 228'000.- (Abschnitt 2.4 i.V.m. Abschnitt 2.5 Appendix B i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Bst. f und Art. 38 Abs. 1 Bst. a SchO) resultiert. Anstatt sachlich darzulegen, weshalb sie an dem Kostenvorschuss festhält, verweist die Klägerin in KS-Rz. 9 nur auf die Einleitungsanzeige und unterlässt eine Erklärung. Es ist daher offenkundig, dass die Klägerin den überhöhten Streitwert selbst nicht zu begründen vermag.

8 Separate Kostenvorschüsse sollen die Interessen der Partei, welche bereit ist, ihren Kostenvorschuss zu bezahlen, schützen (STACHER, Art. 41 N 9). Eine solche Regelung liegt also auch im Interesse der Klägerin, da sie ihren Anteil des Kostenvorschusses bereits bezahlt hat (Verfahrensbeschluss Nr. 2).

9 Die Behauptung in KS-Rz. 9, die Beklagte hätte sich rechtsmissbräuchlich verhalten, indem sie durch ihre Widerklage den Kostenvorschuss erhöht und sich dann geweigert hat, ihren Anteil daran zu übernehmen, ist gegenstandslos. Eine gesetzliche Definition des Rechtsmissbrauchs i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB fehlt (CHK-MIDDENDORF/GROB, ZGB 2 N 15). Eine Berufung auf den Rechtsmissbrauch ist in jenen Fällen angebracht, „wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenes Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde“ (BBI 1904 IV 14). Art. 2 Abs. 2 ZGB verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 24; BGE 131 V 97 ff.; 128 III 206 E. 1c). Die Beklagte hat durch ihre Widerklage zwar den Kostenvorschuss erhöht, jedoch wurde durch ihre Weigerung, die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen, kein offenes Unrecht geschaffen. Es ist üblich, dass sich das Schiedsgericht erst mit separaten Kostenvorschüssen i.S.v. Art. 41 Abs. 2 SchO befasst, wenn sich eine Partei bereits geweigert hat, ihren hälftigen Kostenvorschussanteil i.S.v. Art. 41 Abs. 1 SchO zu bezahlen (STACHER, Art. 41 N 9; CRAIG/PARK/PAULSSON, § 14.01 S. 261; DERAIS/SCHWARTZ, S. 315). Die Be-

klage besteht auf einen Kostenvorschuss, welcher das Verhältnis ihres Widerklagestreites zum Gesamtstreitwert widerspiegelt (vgl. STACHER, Art. 41 N 8). In casu resultiert somit ein Kostenvorschuss von CHF 218'750.- für die Klägerin und CHF 31'250.- für die Beklagte.

- 10 Die Weigerung der Beklagten, den Kostenvorschussanteil in der Höhe von CHF 125'000.- zu bezahlen, wie im Schreiben vom 13. September 2011, war daher unumgänglich. Dem Verhalten der Beklagten ist somit nichts Unrechtes anzulasten und der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Handelns erweist sich folglich als unbegründet.

1.3.2. Widerklagestreitwert

- 11 Die Klägerin behauptet in KS-Rz. 10, das Schiedsgericht hätte gemäss Art. 41 Abs. 2 SchO rechtmässig nach seinem Ermessen auf eine hälftige Kostenvorschussteilung entschieden. Es lassen sich jedoch keine Anhaltspunkte für eine Anwendung von Art. 41 Abs. 2 SchO in den vorhandenen Unterlagen finden. Vielmehr hat das Schiedsgericht sowohl im Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1 als auch im Verfahrensbeschluss Nr. 2 in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 SchO einen zu gleichen Teilen zu bezahlenden Kostenvorschuss festgelegt. Entgegen KS-Rz. 10 hat das Schiedsgericht von seinem Ermessen i.S.v. Art. 41 Abs. 2 SchO bis zum heutigen Zeitpunkt keinen Gebrauch gemacht, sondern hat sich bloss nach Art. 41 Abs. 1 SchO für eine hälftige Kostenvorschussaufteilung entschieden.

1.4. Kein klagbarer Anspruch

- 12 Nachfolgend werden zusätzliche Argumente, welche nicht in der KS vorgebracht wurden, behandelt.
- 13 Ein klagbarer Anspruch, wie von der Klägerin gefordert, würde dem Wesen der Schiedsvereinbarung zuwiderlaufen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist unter einer Schiedsvereinbarung „[...] eine Übereinkunft zu verstehen, mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Parteien einigen, eine oder mehrere, bestehende oder bestimmte künftige Streitigkeiten verbindlich und unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen“ (BGE 130 III 66 E. 1). Daraus folgt, dass die Parteien an der Durchführung des Schiedsverfahrens gleichermassen interessiert sind und beteiligt sein wollen (vgl. LIONNET/LIONNET, S. 179). Nach schweizerischem Recht ist die private Schiedsgerichtsbarkeit eine freiwillige Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit (BERTI, §8 S. 35). Es würde somit zu einem ungerechten Ergebnis führen, wenn die Beklagte zur Leistung ihres Kostenvorschussanteils verklagt werden könnte, da sie so zu der Teilnahme an einem Verfahren gezwungen wird, welches eigentlich freiwillig sein sollte (vgl. LIONNET/LIONNET, S. 179). Gründe für eine Weigerung der Bezahlung des Kostenvorschussanteils wären etwa, wenn die Klageerhebung mutwillig erscheint und Zweifel bestehen, ob die finanziell vielleicht bereits

angeschlagene Klägerin bei einer Klageabweisung den von der Beklagten gezahlten Kostenvorschussanteil zurückzahlen kann (vgl. LIONNET/LIONNET, S. 179). In casu jammerte die Klägerin, sie könne das Projekt mangels Bankbonität nicht weiter verfolgen, wenn nicht die erste Rate in der Höhe von CHF 100'000.- bezahlt werde (Rz. 11 Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage). Dies deutet darauf hin, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt finanziell angeschlagen war.

14 *Die Weigerung der Beklagten, den Kostenvorschuss zu bezahlen, ist demzufolge begründet.*

2. Folgen der Nichtzahlung durch die Beklagte

15 Die Klägerin behauptet in KS-Rz. 14, ihr stehe ein Rückerstattungsanspruch bzgl. eines allfällig übernommenen Vorschusses zu. Sie meint, eine Grundlage im Schweizer materiellen Recht zu finden (KS-Rz. 14), da die Parteien in Art. 12.3 des Lieferungsvertrages (K-1) die seine Geltung unter Ausschluss des UN-Kaufrechts vereinbart haben. Jedoch übersieht sie, dass sich Art. 12.3 des Lieferungsvertrages (K-1) nur auf den Vertrag selbst und nicht auch auf den prozessualen Teil bezieht.

2.1. Ausschluss des Schweizer materiellen Rechts

16 Durch den Verweis in Art. 12.1 des Lieferungsvertrages (K-1) haben die Parteien i.S.v. Art. 182 Abs. 1 IPRG ausschliesslich die SchO für anwendbar erklärt. Die hier vertretene Auffassung wird auch vom Schiedsgericht geteilt (Rz. 7 Konstituierungsbeschlusses und Verfahrensbeschlusses Nr. 1). Des Weiteren wendet das Schiedsgericht auch im Verfahrensbeschluss Nr. 2 nur die SchO an. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, die Anwendung eines staatlichen Zivilprozessrechts auch nur hilfsweise vorzusehen (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 182 N 2; vgl. LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 182 N 4 m.w.H.). Eine direkte Anwendung von Schweizer materiellem Recht, wie von der Klägerin in KS-Rz. 14 behauptet, erscheint unter diesem Gesichtspunkt noch unwahrscheinlicher.

2.2. Auslegung der Schiedsvereinbarung

17 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung folgt die Auslegung einer Schiedsvereinbarung den „für die Auslegung privater Willenserklärung allgemein geltenden Grundsätzen“ (BGE 130 III 66 E. 3.2.). Massgebend ist in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen (BGE 129 III 675 E. 2.3; BGE 116 Ia 56 E. 3b). Die Anwendung der SchO war in casu das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien (Art. 12.1 Lieferungsvertrag, K-1). Es sind keine Anhaltspunkte vorhanden, welche darauf hinweisen, dass die Parteien die Anwendbarkeit des Schweizer materiellen Rechts auch auf den prozessualen Teil erstrecken wollten. Vielmehr spricht ein expliziter Verweis wie in Art. 12.1 Lieferungsvertrag (K-1) für eine abschliessende Regelung durch die SchO.

18 *Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten keinen klagbaren Anspruch auf Rückerstattung eines allfällig übernommenen Kostenvorschussanteils i.S.v. Art. 112 oder Art. 97 OR, da Schweizer materielles Recht bzgl. dem prozessualen Teil keine Anwendung findet.*

2.3. Kein Rückerstattungsanspruch in der SchO

19 Obwohl die Klägerin ihren Anspruch nur auf Schweizer materielles Recht stützt, wird im Folgenden dargelegt, dass auch die SchO selbst keinen solchen Rückerstattungsanspruch vorsieht. Die SchO als eigenständige Verfahrensordnung schweigt bzgl. eines allfälligen Rückerstattungsanspruchs (vgl. STACHER, Art. 41 N 19). Art. 24 Ziff. 3 LCIA Rules hingegen lautet: „In such circumstances, the party paying the substitute payment shall be entitled to recover that amount as a debt immediately due from the defaulting party.“ Im ICC-Verfahren Nr. 10526 vom 27. März 2011 erging ein Zwischenentscheid, der die Schiedsbeklagte zur Rückerstattung des von der Schiedsklägerin vorgeschossenen Anteils der Beklagten am Vorschuss der Schiedsverfahrenskosten verurteilte (ASA Bull. 2011, 285-293). Obwohl in Art. 24 Ziff. 3 LCIA Rules explizit erwähnt und in einem ICC-Verfahren schon bejaht, schweigt die SchO über einen allfälligen Rückerstattungsanspruch. Dies deutet darauf hin, dass ein solcher auch nicht vorgesehen werden sollte.

20 *Der Klägerin steht gestützt auf die SchO keinen Rückerstattungsanspruch zu.*

2.4. Schweizer materielles Recht

21 Falls das Schiedsgericht trotzdem zum Schluss kommt, dass Schweizer materielles Recht vorliegend anwendbar ist, gelten folgende Ausführungen.

2.4.1. Unechter Vertrag zugunsten Dritter

22 Der Ansicht der Klägerin in KS-Rz. 15 f. bezüglich Art. 112 Abs. 1 OR ist grundsätzlich zu folgen. Entgegen KS-Rz. 17 ist der Klägerin aber nur ein anteilmässiger Betrag in der Höhe von CHF 31'250.- zuzusprechen [Rz. 9]. Jedoch ist unverständlich, weshalb die Klägerin in KS-Rz. 15 ff. den Betrag von CHF 125'000.- zweimal fordert.

2.4.2. Kein Anspruch auf Schadenersatz

23 „Nach Art. 97 Abs. 1 OR muss der Schuldner, der eine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt, für den daraus entstehenden Schaden Ersatz leisten, wenn er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt“ (BGer vom 26. November 2010, 4A_472/2010 E. 3.2). Entgegen KS-Rz. 22 trifft die Beklagte kein Verschulden, da sie nicht vorsätzlich die Bezahlung des *hälftigen* Kostenvorschussanteils verweigert hat [Rz. 7 ff.]. Wie bereits aufgeführt, ist die Beklagte grundsätzlich bereit, einen Kostenvorschussanteil zu leisten, jedoch nur i.S.v. Art. 41 Abs. 2 SchO [Rz. 9 f.].

3. Keine Verpflichtung zur Vorlage des Vertrages

24 Nachfolgend wird aufgezeigt, weshalb die Beklagte nicht zur Vorlage des Vertrages über die Lieferung von Schrottglass zu verpflichten ist.

3.1. Vorlage von Beweisstücken nach Art. 24 Abs. 3 SchO

25 Die Klägerin macht in KS-Rz. 26 geltend, dass das Schiedsgericht die Kompetenz hat, eine Partei zur Vorlage von Beweisen zu verpflichten. Unter welchen Voraussetzungen dies zu geschehen hat, lässt sie jedoch unerwähnt. Es wird lediglich auf die IBA Regeln zur Beweisaufnahme verwiesen. Das Schiedsgericht hält es sich aber ausdrücklich vor, nicht an die IBA Regeln gebunden zu sein (Rz. 7 Konstituierungs- und Verfahrensbeschluss Nr. 1).

26 Aus den gemachten Ausführungen der Klägerin wird nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte zur Vorlage des erwähnten Vertrages verpflichtet sein sollte. Es wird lediglich die Kompetenz des Schiedsgerichtes, die Parteien zur Vorlage von Beweisen aufzufordern, statuiert.

27 *Die Beklagte ist nach Art. 24 Abs. 3 SchO nicht verpflichtet, den von der Klägerin verlangten Vertrag zu editieren.*

3.2. IBA Regeln

28 Gegen eine Anwendung der IBA Regeln ist nichts einzuwenden, da sie detaillierte Vorschriften enthalten, wie mit einem Editionsbegehren umzugehen ist. Jedoch liegt es nicht an den Parteien, dem Gericht die Anwendung dieser Regeln „nahezulegen“ (KS-Rz. 26), sondern beim Schiedsgericht selbst. Auch ob die Regeln angebracht sind (KS-Rz. 27), ist allein vom Schiedsgericht zu beurteilen.

3.3. Kein Anspruch aus Art. 182 Abs. 3 IPRG und Treu und Glauben

29 Die Klägerin beruft sich in KS-Rz. 29 auf ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie sieht dieses verletzt, falls die Beklagte nicht aufgefordert wird, den verlangten Vertrag als Beweismittel zu editieren. Es wird von der Klägerin auf das Recht auf Beweis verwiesen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör und somit das Recht auf Beweis ist der Klägerin nicht abzuspochen. Jedoch wird aus den in KS-Rz. 29 gemachten Ausführungen nicht ersichtlich, weshalb die Nichtedition zu einer Verletzung führen sollte. Nach den theoretischen Ausführungen gelangt die Klägerin ohne Weiteres zum Schluss, dass der besagte Vertrag ein taugliches Beweismittel zur Entkräftung der Widerklage der Beklagten sei. Die Erklärung, weshalb dies so sein sollte, bleibt aus.

30 In KS-Rz. 31 f. erwähnt die Klägerin einmal mehr die *Befugnis* des Schiedsgerichtes, eine Partei zur Vorlage von Dokumenten zu verpflichten. Dies stützt sie auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Die genannte Befugnis steht überhaupt nicht zur Diskussion.

Eine Begründung, wieso sich die Beklagte nicht nach Treu und Glauben verhält, wird von der Klägerin nicht aufgeführt. Anhaltspunkte dafür sind auch keine gegeben.

31 *Die Klägerin hat weder nach Art. 182 Abs. 3 IPRG noch nach Treu und Glauben einen Anspruch auf Edition des Vertrages.*

3.4. Anforderungen an das Editionsbegehren nach den IBA Regeln

32 Die Beklagte legt nachfolgend dar, weshalb die Voraussetzungen eines Editionsbegehrens nicht gegeben sind.

3.4.1. Vernünftiges Mass an Spezialität

33 Wie die Beklagte in KS-Rz. 34 richtig ausführt, verlangen Art. 3.3 (a) (i) und Art. 3.3 (a) (ii) IBA Regeln eine präzise und detaillierte Umschreibung des verlangten Dokumentes oder der verlangten Kategorie von Dokumenten. Grundsätzlich wird die Angabe des Autors, das Datum oder die Zeitspanne, in welcher das Dokument erstellt wurde, und der Inhalt des Dokumentes als notwendige Voraussetzungen verlangt (ZUBERBÜHLER, Art. 3 N 110). In KS-Rz. 34 erwähnt die Klägerin lediglich, dass es sich inhaltlich um die Glaszusammensetzung handelt, welche beim zweiten Inbetriebnahmeversuch verwendet wurde (vgl. Beilage B-1). Des Weiteren wird nur auf das Protokoll zum zweiten Inbetriebnahmeversuch verwiesen (B-1), mit der Begründung, dass die Klägerin wisse, um welches Dokument es sich handle und somit auf eine nähere Beschreibung verzichtet werden kann (KS-Rz. 35). Dieser Ansicht der Klägerin ist zu widersprechen, da sie die Anforderungen an die Substantiierungspflicht nicht erfüllt. Weder der Autor noch der Zeitraum, in dem das Dokument erstellt wurde, wird von der Klägerin annähernd beschrieben. Auch der Verweis in KS-Rz. 34, wonach die Beklagte in Beilage B-1 zur Glaszusammensetzung ausführte, „diese sei wahrscheinlich im Vertrag mit *einem* Glassammlungsunternehmen festgelegt worden“, genügt den Anforderungen nach Art. 3.3 (a) (i) IBA Regeln nicht. Dem Wortlaut zufolge wurde die Glaszusammensetzung nämlich mit *einem* und nicht mit einem näher bestimmten Vertragspartner festgelegt. Aufgrund der gemachten Ausführungen darf die Klägerin nicht leichthin annehmen, dass auf eine nähere Beschreibung des Dokumentes verzichtet werden kann (vgl. KS-Rz. 35).

34 Des Weiteren verlangt Art. 3.3 (a) (i) IBA Regeln nicht, dass der besagte Vertrag genügend detailliert beschrieben wird, um eine Identifizierung *durch die Beklagte* zu ermöglichen, sondern handelt es sich hier vielmehr um eine *„allgemeine Identifizierbarkeit“*. Ziel ist es nämlich, dem Schiedsgericht die Entscheidung zu ermöglichen, ob es dem Antrag stattgeben oder ihn ablehnen will. Darüber hinaus soll die Gegenpartei (Beklagte) die Möglichkeit haben, zu entscheiden, ob sie sich gegen das Vorlageverlangen wehren will (BÖCKSTIEGEL, S. 50).

35 *Die Beschreibung des von der Klägerin verlangten Dokumentes wird den Anforderungen von Art. 3.3 (a) (i) IBA Regeln nicht gerecht.*

3.4.2. Entscheidelevanz

- 36 Die Klägerin erklärt in KS-Rz. 37 zutreffend, dass die Verantwortung für das Nichterreichen der Leistungsgarantien entscheidend für den Ausgang des Verfahrens ist. Die Streitfrage gemäss KS-Rz. 37 ist jedoch, „ob die Beklagte während des ganzen zweiten Inbetriebnahmeversuches die vertraglich vereinbarte Glaszusammensetzung benutzt hat“. Diese Aussage impliziert, dass die Beklagte während des zweiten Inbetriebnahmeversuches zwei verschiedene Glaszusammensetzungen verwendet hat. Gemäss Rz. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4 wird jedoch seit Jahren die gleiche Glaszusammensetzung vom genannten Glassammlungsunternehmen geliefert [vgl. Rz. 62 ff.]. Somit steht die Verwendung verschiedener Glaszusammensetzungen während des zweiten Inbetriebnahmeversuches ausser Frage. Auch der Vertrag selbst, in welchem die Glaszusammensetzung festgehalten wurde, würde die von der Klägerin aufgeworfene Frage nicht klären können, da dieser nicht nachweisen kann, ob während des fraglichen Versuches verschiedene Glaszusammensetzungen verwendet wurden.
- 37 Die Klägerin verweist in KS-Rz. 37 auf das Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (Beilage K-2), wonach eine falsche Glaszusammensetzung verwendet wurde. Dieses Protokoll klärt jedoch nicht die „Schuldfrage“ nach dem falschen Glas. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Klägerin mit einer allgemein üblichen Fehlertoleranz hätte rechnen müssen und somit die Beschädigung der Glasbrecheranlage selbst zu verschulden hat [vgl. Rz. 60 ff.]. Das Glas war demzufolge immer vertragskonform und von der Klägerin für die Leistungstests zugelassen [60 ff.].
- 38 *Der Vertrag eignet sich nicht, um die von der Klägerin aufgeworfene Frage zu beantworten und ist daher für den Ausgang des Verfahrens nach Art. 3.3 (b) IBA Regeln irrelevant. Die Klägerin erfüllt die Voraussetzungen, die an ein Editionsbegehren gestellt werden, nicht.*

3.4.3. Verweigerungsrechte

- 39 Kommt das Schiedsgericht dennoch zum Schluss, dass die Klägerin die Anforderung an das Editionsbegehren erfüllt, sollen eventualiter die Verweigerungsrechte nach Art. 9.2 IBA Regeln zum Tragen kommen. Art. 9.2 IBA Regeln statuiert gewisse Verweigerungsrechte einer Partei, die nicht freiwillig ihre Dokumente zu editieren gewillt ist. Die Klägerin verneint solche Verweigerungsrechte, ohne jedoch auf diese einzugehen (KS-Rz. 38).
- 40 Vorliegend ist jedoch ein Verweigerungsrecht nach Art. 9.2 (e) IBA Regeln gegeben. Dieses soll nämlich Parteien vor einem unberechtigten Eingriff in ihre Geschäftsgeheimnisse schützen. Darunter sind vertrauliche Informationen wie Vertriebskanäle, Vereinbarungen zwischen Zulieferer und Kunden und Bezugsquellen zu verstehen (ZUBERBÜHLER, Art. 9 N 43). In casu verlangt die Klägerin von der Beklagten, einen ganzen Vertrag, der mit einem Geschäftspartner geschlossen wurde, dem Schiedsgericht vorzulegen. In diesem Vertrag sind sehr wohl

schützenswerte Informationen, wie die oben genannten Geschäftsgeheimnisse, zu finden. Dies ergibt sich aus der Natur eines solchen Vertrages, wonach vertrauliche Informationen zwischen dem Kunden und dem Zulieferer oder Vertriebsinformationen und Ähnliches, festgehalten werden.

41 *Der Beklagten stehen die Verweigerungsrechte wegen fehlender Relevanz nach Art. 9.2 (a) und der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 9.2 (e) IBA Regeln zu. Die Beklagte ist nicht zur Vorlage des verlangten Dokumentes verpflichtet.*

3.4.4. Einsetzen eines Sachverständigen

42 Entscheidet sich das Schiedsgericht, das Dokument einzusehen, bevor es über die Begründetheit der Verweigerungsrechte nach Art. 9.2 IBA Regeln entscheidet, soll ein unabhängiger Sachverständiger i.S.v. Art. 3.8 IBA Regeln für diese Aufgabe bestellt werden.

4. Keine Verpflichtung zur Vorlage der Korrespondenz

43 Betreffend den Anforderungen an das Editionsbegehren sind auf die schon gemachten Ausführungen zur Vorlegung des Vertrages zu verweisen [vgl. Rz. 32 ff.]. Einige Ergänzungen sind trotzdem noch anzufügen.

4.1. Spezialität und Relevanz

44 Art 3.3 (a) (ii) IBA Regeln lässt es zu, eine bestimmte Kategorie von Dokumenten zur Vorlage zu verlangen. Dies jedoch nur unter den Voraussetzungen, dass sie ausreichend detailliert beschrieben sind und die Umschreibung der Kategorie eng gefasst ist. Ziel dieser Regelung ist es vor allem, einen unerlaubten Ausforschungsbeweis („fishing expedition“) zu unterbinden (vgl. Review Subcommittee, S. 9).

45 Die Klägerin verlangt in Rz. 5 (2) der Ergänzung der Einleitungsanzeige „jede E-Mail-Korrespondenz oder sonstige Korrespondenz zwischen der Beklagte und dem besagten Schrotthändler“. Ein solches Verlangen steht im klaren Gegensatz zur Voraussetzung nach Art. 3.3 (a) (ii) IBA Regeln, da es sich weder um eine bestimmte Kategorie von Dokumenten handelt noch diese ausreichend detailliert beschrieben sind. Die Klägerin versucht sich somit durch eine unerlaubte „fishing expedition“ einen Vorteil zu verschaffen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sie *jegliche Korrespondenz benötigt*, um an die genannte Glaszusammensetzung zu gelangen.

46 Des Weiteren ist es unersichtlich, weshalb die *gesamte Korrespondenz* mit einem Vertragspartner der Beklagten relevant für den Fall und wesentlich für die Entscheidung sein sollte. Ausserdem widerspricht ein solches Editionsbegehren dem in Art. 3.3 (a) (ii) IBA Regeln statuierten Grundsatz der kostengünstigen und effizienten Dokumentensuche. Es wäre für die Beklagte ein enormer Aufwand, alle über die Jahre gesammelten Korrespondenzen aufzusuchen, da von der Klägerin keine Anhaltspunkte für eine erleichterte Suche geliefert wurden.

47 In KS-Rz. 42 schränkt die Klägerin ihr Begehren weiter ein und verlangt „die gesamte Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Glassammlungsunternehmen, welche sich inhaltlich auf die vertraglich vereinbarte Glaszusammensetzung für den Inbetriebnahmeversuch vom 28. November 2010 bezieht“. Diese Einschränkung stellt ein erhebliches *Abweichen vom gestellten Rechtsbegehren* dar. Zusätzlich weicht sie dadurch der vom Schiedsgericht gestellten Frage in Rz. 8 (iv) des Verfahrensbeschlusses Nr. 3 aus. Die Frage, ob die Beklagte nun zur Vorlage jeder Korrespondenz zu verpflichten ist, wird von der Klägerin nicht thematisiert und bleibt unbeantwortet. Obwohl die Klägerin ihr Editionsbegehren eingeschränkt hat, ist es immer noch zu weit gefasst und i.S.v. Art. 3.3 (a) (ii) IBA Regeln zu wenig genau umschrieben. Der Klägerin geht es, wie sie betont, darum, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen. Deshalb ist es nicht verständlich, weshalb sie die gesamte Korrespondenz, die sich auf die Glaszusammensetzung des zweiten Inbetriebnahmeversuches bezieht, herausverlangt. Der Klägerin geht es wohl eher darum, sich zusätzliche Informationen zu beschaffen. Das Begehren wäre auch in zeitlicher Hinsicht einzuschränken. Folglich müsste die Klägerin wenigstens einen generellen Zeitrahmen angeben, in welchem die Dokumente vermutungsweise entstanden sind (vgl. Review Subcommittee, S. 9; ZUBERBÜHLER, Art. 3 N 114).

48 *Das Editionsbegehren der Klägerin erfüllt die Voraussetzung des Art. 3.3 (a) (ii) IBA Regeln nicht. Deshalb soll die Beklagte nicht verpflichtet werden, ihre Korrespondenz vorzulegen.*

4.2. Verweigerungsrechte

49 Kommt das Schiedsgericht dennoch zum Schluss, dass die Voraussetzungen für ein Editionsbegehren erfüllt sein sollten, wird auf die in Rz. 39 ff. geltend gemachten Verweigerungsrechte verwiesen. Zusätzlich führt die Beklagte das Verweigerungsrecht nach Art. 9.2 (c) IBA Regeln an, wonach es für sie einen unverhältnismässigen Aufwand darstellt, die verlangten Dokumente zu beschaffen [vgl. Rz. 46]. Es müsste jedes Dokument einzeln geprüft werden, ob es für den genannten Inbetriebnahmeversuch relevant ist. Dies wäre nicht durchführbar.

50 *Verweigerungsrechte nach Art. 9.2 IBA Regeln sind gegeben. Die Beklagte ist nicht zur Vorlage ihrer Korrespondenz zu verpflichten.*

5. Keine Anwendung der IBA Regeln

51 Sollte sich das Gericht gegen eine Anwendung der IBA Regeln im Beweisverfahren entscheiden, gelten die Ausführungen in Rz. 32 ff. sinngemäss für Art. 24 SchO, denn das Verfahren der SchO gleicht im Grossen und Ganzen demjenigen der IBA Regeln (KARRER in SCHÜTZE, Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern Art. 24 N 3).

6. Zahlungsanspruch

52 Nachstehend wird der in KS-Rz. 44 behauptete Zahlungsanspruch der Klägerin auf Leistung der Raten gemäss Art. 4.2.2 des Lieferungsvertrages (K-1) verneint.

6.1. Normalfall der Abnahme der Glasbrecheranlage

53 Wie Art. 4.2.2 des Lieferungsvertrages (K-1) festhält, ist mit der Klägerin in KS-Rz. 46 übereinstimmend davon auszugehen, dass „die erste Rate zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme gemäss Artikel 8“ zu bezahlen ist. Weiter definiert die Klägerin die Inbetriebnahme korrekt nach Art. 8.1 des Lieferungsvertrages (K-1) als die „Zeit zwischen Montageende und Abnahme“. Die Abnahme, wie sie die Klägerin in KS-Rz. 47 schildert, ist als korrelierende Abnahme zum Werkvertrag des OR zu verstehen.

54 Jedoch übersieht die Klägerin die entscheidende Differenzierung zwischen dem Normalfall der Abnahme und der „*aussergewöhnlichen Abnahme*“, weshalb sie in KS-Rz. 49 der Beklagten in diesem Punkt widerspricht. Die Klägerin erwähnt in KS-Rz. 50 die fünf Fälle der Abnahme (1. - 5. Spiegelstrich), welche in Art. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1) aufgelistet sind. Der 1. Spiegelstrich statuiert den Normalfall der Abnahme, welche gegeben ist, wenn alle Leistungsgarantien laut Annex III zum Lieferungsvertrag (K-1) erfüllt sind. Dies wird dadurch ersichtlich, dass in den Vertragstexten immer wieder vereinzelt auf die Leistungstests hingewiesen und das erfolgreiche Bestehen derselben als zwingende Voraussetzung der Abnahme definiert wird (vgl. im Lieferungsvertrag (K-1) Art. 4.2.2 und 4.2.3 i.V.m. Art. 8; Art. 8; Art. 9, welcher Leistungsverpflichtungen definiert und auf Annex III verweist, welcher wiederum i.V.m. Art. 8.2 steht; Art. 3.3 ff. Annex I). Der ganze Annex III, welcher den Titel „Leistungsverpflichtungen“ trägt, handelt einzig und allein vom Ablauf der Leistungstests und der daraus folgenden Abnahme. Die anderen vier Möglichkeiten der Abnahme nach Art. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1), in welchen das erfolgreiche Absolvieren der Leistungstests nicht erforderlich ist, sind aus den genannten Gründen als „aussergewöhnliche Abnahmen“ zu betrachten.

55 Der Aussage in KS-Rz. 49 betreffend Art. 5.2.1 Abs. 7 Annex III ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Klägerin übersieht jedoch, dass der Beklagten in Art. 5.2.1 Abs. 6 Annex III ein Recht zusteht, mindestens zwei weitere Leistungstests zu verlangen. Die Beklagte hat am 9. Juni 2010 einen weiteren Leistungstest gefordert (vgl. Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (K-2)). Entgegen der Auffassung der Klägerin, kann es demzufolge nicht der letzte Test gewesen sein.

56 *Das Erreichen der Leistungsgarantien stellt den Normalfall der Abnahme i.S.v. Art. 8.2 i.V.m. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1) dar.*

6.2. Fehlendes Abnahmeprotokoll/-zertifikat

- 57 Verschiedentlich wird in den Vertragstexten festgehalten, dass zur Abnahme der Glasbrecheranlage ein von beiden Parteien unterzeichnetes Protokoll vorhanden sein muss. Art. 3.3.2 Abs. 1 Annex I hält fest, dass nach der erfolgreichen Durchführung der vereinbarten Glasbrüche schliesslich ein Abnahmeprotokoll erstellt wird und die Anlage als *abgenommen* gilt. Ein von beiden Parteien unterzeichnetes Abnahmezertifikat wird auch im ersten und letzten Absatz von Art. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1) festgehalten. Somit kann keine Abnahme erfolgen, wenn das Abnahmeprotokoll nicht von beiden Parteien unterzeichnet wird. Der letzte Spiegelstrich des Protokolls über den 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) besagt eindeutig, dass das „*Abnahmeprotokoll aufgrund Nichterreichens der Leistungsgarantien nicht unterschrieben werden kann*“. Dieser Ansicht ist auch der bevollmächtigte Stellvertreter der Bietmann Industrieanlagen AG, Herr Arnold Kummer, gefolgt, indem er dies durch seine Unterschrift im Protokoll vom 29. November 2010 (B-1) bekräftigt hat. Infolgedessen wird von beiden Parteien unmissverständlich erklärt, dass somit ein Normalfall der Abnahme gemäss dem 1. Spiegelstrich des Art. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1) vorliegt.
- 58 *Aufgrund des fehlenden Abnahmezertifikats und des Nichterreichens der Leistungsgarantien wurde die Glasbrecheranlage nie abgenommen.*

6.3. Ausserordentliche Abnahme der Glasbrecheranlage

- 59 Die Klägerin reduziert ihre Argumentation bezüglich der behaupteten Abnahme in KS-Rz. 50 ff. lediglich auf die Voraussetzungen des 4. Spiegelstrichs nach Art. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1). Dadurch bestätigt die Klägerin sogar selbst, dass ihre Glasbrecheranlage die Leistungsgarantien, welche vertraglich in Art. 6.2 Annex III festgehalten sind, nie erreicht hat.

6.3.1. Eigenschaften des Werkes

- 60 In KS-Rz. 54 weist die Klägerin in Bezug auf die beiden nicht erfolgreich abgeschlossenen Leistungstests jegliche Verantwortung von sich. Das Verstopfen und die Beschädigung des Dosiertrichters während dem ersten Inbetriebnahmeversuch (K-2) ist darauf zurückzuführen, dass die Klägerin gewisse Eigenschaften und „*Toleranzgrenzen*“, welche bei Werken einberechnet werden müssen, missachtet hat (GAUCH, N 1403). Eigenschaften des Werkes (z.B. dessen Abmessungen) können auch in dem Sinne vereinbart sein, dass sie die geforderte Beschaffenheit des Werkes nur ungefähr bestimmen (GAUCH, N 1403). Das Werk ist somit innerhalb bestimmter „*Toleranzgrenzen*“ vertragsgemäss erstellt und es fehlt keine vereinbarte Eigenschaft (BGE 93 II 326). Die Frage, ob das Werk im Einzelfall vertragsgemäss erstellt ist und wo die „*Toleranzgrenzen*“ verlaufen, ist durch *Auslegung des Vertrages* zu beantworten, gegebenenfalls unter Berücksichtigung einer *einschlägigen Übung*, der sich die Parteien unterworfen haben (GAUCH, N 1403). Das gilt unter anderem auch für den Fall, wenn der Unter-

nehmer zugesichert hat, das Werk werde diese oder jene „Richtwerte“ hinsichtlich Unterhalt, Verbrauch oder Leistung erfüllen (GAUCH, N 1403).

6.3.2. Auslegung des Vertrages

- 61 Durch Auslegung der Präambel des Lieferungsvertrages (K-1) wird ersichtlich, dass der Auftraggeber (Beklagte) beabsichtigte, die bestehende Glasrecyclinganlage zu modernisieren. Dies wird auch von der Klägerin in Rz. 3 der Einleitungsanzeige bestätigt. Rz. 5 derselben und Art. 1.1 Abs. 3 Annex I listen die entscheidenden Vorteile und wesentlichen Änderungen gegenüber der alten Glasbrecheranlage auf. Die Modernisierung des bestehenden Recyclingcenters durch eine neue Glasbrecheranlage macht jedoch nur Sinn, wenn die seit Jahren mit einem Glassammlungsunternehmen vereinbarte Glaszusammensetzung weiterhin verarbeitet werden kann (Rz. 4 Verfahrensbeschluss Nr. 4). Laut dem Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (K-2) verstopfte ein grosses, sperriges Eisenglasstück den Dosierrichter so, dass der Trichtereingang blockiert und verbeult wurde.
- 62 Ausserdem besagt die Präambel des Lieferungsvertrages (K-1), dass der Einbau der neuen Glasbrecheranlage unter der Berücksichtigung erfolgen soll, die vorhandenen Teile der Recyclinganlage wieder verwenden zu können. Dass die Erneuerungen die vorhandenen Anlagenteile des Recyclingcenters miteinbeziehen sollen, ist auch unter Art. 1.1 Annex I festgehalten. Der Sinn und Zweck des Lieferungsvertrages (K-1) spricht dafür, dass er unter der Bedingung geschlossen wurde, die vereinbarten Glasbedingungen mit dem Glassammlungsunternehmen beizubehalten. Jedes Glassammlungsunternehmen hat mit einer gewissen Fehlerquote bezgl. der Glaszusammensetzung zu rechnen. In casu wird seit Jahren immer die gleiche Glaszusammensetzung verwendet (Rz. 4 Verfahrensbeschluss Nr. 4). Da bereits im *ersten Element (Dosierrichter)* der innovativen Glasbrecheranlage einzelne Glasstücke stecken bleiben und die Anlage beschädigen, kann das Glas nicht mehr verarbeitet werden. Die Verpflichtung der Klägerin, vorhandene Teile der Recyclinganlage wieder zu verwenden (welche die genannte Fehlerquote problemlos verarbeiten konnten), wurde schlichtweg nicht beachtet und vereitelt somit den gesamten Zweck des Lieferungsvertrages (K-1), die bestehende Glasrecyclinganlage zu modernisieren.
- 63 Art. 9.1 des Lieferungsvertrages (K-1) statuiert, dass sich der Auftragnehmer dazu verpflichtet, die Eignung der Anlage zur Erfüllung der Leistungsverpflichtungen gemäss Annex III zu überprüfen. *Hierzu gehört auch, die übliche Fehlerquote (Rz. 4 Verfahrensbeschluss Nr. 4) des zu verarbeitenden Glases einer Glasbrecheranlage in die Berechnungen miteinzubeziehen.* Es handelte sich beim ersten Inbetriebnahmeversuch (K-2) um ein Glasstück mit geringen Abweichungen von den vertraglichen Vorgaben, welches den Dosierrichter verstopfte und zeitgleich zum Abbruch des Leistungstests führte, da *seitens der Klägerin nicht mit einer*

Fehlerquote gerechnet wurde. Daraus resultiert, dass die Klägerin nach dem Scheitern des ersten Inbetriebnahmeversuches am 9. Juni 2010 nicht alle Schritte unternommen hat, die Ursache für das Versagen (Dosiertrichter) zu beheben, obwohl sie gemäss Art. 5.2.1 Abs. 8 Annex II dazu verpflichtet gewesen wäre. Daher kann durchaus von *grundlegenden konzeptionellen Mängeln* gesprochen werden, weshalb die Glasbrecheranlage nie abgenommen werden konnte.

6.3.3. Einschlägige Übung

64 Eine Übung ist darin zu sehen, dass die Beklagte mit der „Recycling-Branche“ vertraut ist. Sie betreibt ein Recyclingcenter und ist im Bereich Aufbereitung, Sortierung und Entsorgung von recycelbaren Abfällen tätig. Die Klägerin ist nach Rz. 1 der Einleitungsanzeige auf die Montage, die Inbetriebnahme, den Umbau, die Wartung und den Service von kompletten *Recycling- und Sortieranlagen* spezialisiert. Somit muss sie mit einer Fehlerquote aufgrund der maschinellen Sortierung rechnen, wie dies auch aus Rz. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4 ersichtlich ist. Aus dem Gesagten ist im vorliegenden Fall eine Unterwerfung bezüglich einer einschlägigen Übung ebenfalls zu bejahen.

6.3.4. Verantwortlichkeit des Auftragnehmers

65 Die Klägerin behauptet in KS-Rz. 56, dass die Beklagte im Rahmen des zweiten Tests ihrer vertraglichen Pflicht *wahrscheinlich* abermals nicht nachgekommen sei. Während der Anwesenheit von Herr Kummer erreichte die Anlage zwischenzeitlich überdurchschnittliche Leistungen von 5,4 Tonnen pro Stunde (Rz. 5 Verfahrensbeschlusses Nr. 4). Diese fielen jedoch während seiner Abwesenheit weit unter den zugesicherten Leistungsdurchschnitt von 5,0 Tonnen pro Stunde. Daraus resultierte schliesslich nur ein Leistungsdurchschnitt von 3,7 Tonnen pro Stunde, was dazu führte, dass das Abnahmeprotokoll auch nach dem zweiten Inbetriebnahmeversuch nicht unterschrieben werden konnte [Rz. 57, 63]. Da in Rz. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4 festgehalten wird, dass sich das Glassammelunternehmen seit Jahren immer an die mit der Beklagten vereinbarten Glasbedingungen gehalten habe, erscheint die Aussage der Klägerin nun doch kontradiktorisch, wenn sie in KS-Rz. 56 f. behauptet, dass die Beklagte *„wiederum eine vertragswidrige Glaszusammensetzung verwendete“*. Die Beklagte verwendete sowohl während der Anwesenheit als auch während der Abwesenheit Herrn Kummers genau die gleiche Glaszusammensetzung.

66 Weiter statuiert Art. 5.2.1 Abs. 2 Annex III, dass beim allgemeinen Ablauf der Leistungstests *„die Vertreter des AUFTRAGGEBERS und AUFTRAGNEHMERS werden vor Ort zusammen die einzelnen Bedingungen und Anforderungen für die Durchführung des Leistungstestprogrammes diskutieren. Weiterhin werden sie die Notwendigkeit für spezielle Verbrauchsgüter oder Mittel bestätigen“*. Daraus resultiert, dass die Klägerin schon vor den Leis-

tungstests informiert wurde, welches Glas verwendet werden würde. Art. 3.3.2 Abs. 1 Annex I bekräftigt dies, indem *der Nachweis der Leistungsgarantien erst dann durchgeführt wird, wenn nach Meinung des Verkäufers bzw. der Klägerin die Ausrüstungen für die Durchführung dieser Prüfungen bereit sind*. Die *Glaszusammensetzung* sowie die *Glasbrecheranlage* mussten folglich in Ordnung und für die Durchführung dieser Prüfung zulässig gewesen sein. Andernfalls hätte die Klägerin, ihre vertragliche Verpflichtung gemäss dem Lieferungsvertrag (K-1) zu erfüllen, verletzt (Präambel, K-1). Zudem wurde seitens der Klägerin nicht mit der üblichen Fehlerquote gerechnet [Rz. 62 ff.].

6.4. Eingehaltene Frist

67 Grundsätzlich wäre der Klägerin in KS-Rz. 58 zuzustimmen, dass die acht Monate am 22. Juni 2010 abgelaufen sind. Entgegen der Meinung der Klägerin in KS-Rz. 59 wurde die Maschine aber nie abgenommen [Rz. 57, 63, 65]. Die Klägerin vergisst einen entscheidenden Punkt: Die Reparaturzeit bis Ende November 2010, welche einvernehmlich beschlossen und von beiden Vertretern der Parteien unterschrieben wurde (K-2), impliziert, dass die Glasbrecheranlage am 22. Juni noch gar nicht abgenommen sein konnte, da das Werk in keiner Weise vollendet war und das Abnahmezertifikat nicht unterschrieben werden konnte [Rz. 57 f.]. Die Einwilligung in die Reparatur nach dem ersten Inbetriebnahmeversuch ist zeitgleich ein Eingeständnis seitens der Klägerin, dass eine Abnahme der Anlage noch nicht erfolgte. Aufgrund dieser Reparaturzeit und in Anbetracht der Tatsache, dass die Präambel des Lieferungsvertrages (K-1) die Parteien zur gegenseitigen Pflichterfüllung auffordert, ist die achtmonatige Frist um die Dauer der Verzögerung zu verlängern. Art. 5.2.1 Annex III wiederholt dies, indem entweder dem Auftragnehmer oder dem Auftraggeber Zeit gegeben wird, die Ursache des Scheiterns zu beheben. In casu wurde von dieser Zeit zur Behebung der Ursache für das Scheitern, gemäss Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (K-2), Gebrauch gemacht. Die Verzögerung entspricht somit dem Zeitraum vom 9. Juni 2010 (erster Inbetriebnahmeversuch) bis zum 28. November 2010 (zweiter Inbetriebnahmeversuch). Der Terminplan verlängert sich entsprechend dieser Verzögerungsdauer.

68 *Eine Abnahme der Glasbrecheranlage am 22. Juni 2010 ist nicht erfolgt.*

7. Rücktritt vom Lieferungsvertrag

69 Für den Rücktritt vom Lieferungsvertrag (K-1) besteht eine rechtliche Grundlage (entgegen KS-Rz. 60). Im Folgenden wird aufgezeigt, weshalb der Beklagten in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 1 OR ein Rücktrittsrecht zusteht.

7.1. Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR

70 Die Sonderregelung von Art. 366 Abs. 1 OR erlaubt der Bestellerin, bereits vor Eintritt des Ablieferungstermins gegen den Unternehmer vorzugehen (HUGUENIN, OR BT, N 628). Der

Ansicht der Klägerin in KS-Rz. 62, dass die Ablieferung des Werkes bereits erfolgte, ist zu widersprechen. Wie die Klägerin in KS-Rz. 63 richtigerweise aufzählt, müssen zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 366 Abs. 1 OR folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes ist nur solange möglich, als das Werk noch nicht abgeliefert ist (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 1), eine objektive Pflichtwidrigkeit durch den Unternehmer vorhanden ist (wobei ein Verschulden des Werkunternehmers hinsichtlich des Rückstandes nicht erforderlich ist) (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 12) und der Besteller bei der Geltendmachung des Rechtes das Vorgehen nach den allgemeinen Regeln des Verzuges gemäss Art. 102-109 OR befolgt hat (SCHMID/STÖCKLI, OR BT N 1706).

- 71 Die Klägerin verkennt in KS-Rz. 64, dass das Werk im Zeitpunkt der Zustellung des Schreibens betreffend Beendigung des Vertrages vom 7. März 2011 (Beilage B-2) noch nicht abgeliefert ist, weshalb sie sich in keiner Weise vertragskonform verhalten und alle vereinbarten Leistungen erbracht hat [vgl. Rz. 57, 63, 65, 67]. Infolge der grundlegenden konzeptionellen Mängel, welche der Klägerin zuzurechnen sind, ist ihr Verhalten objektiv pflichtwidrig [Rz. 63]. Weiter behauptet die Klägerin in KS-Rz. 64, dass kein Fall von Art. 102 Abs. 2 OR vorliege und wirft der Beklagten zudem vor, nie gemahnt zu haben.

7.1.1. Verfalltagsgeschäft nach Art. 102 Abs. 2 OR

- 72 Haben die Parteien verabredet, dass der Schuldner an einen bestimmten Tag (Verfalltag) die Leistung erbringen muss, so hat die Gläubigerin ihren Forderungswillen schon durch diese Vereinbarung unmissverständlich bekundet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMENEGGER, N 2711). Ein Verfalltag gemäss Art. 102 Abs. 2 OR bedingt, dass das genaue Datum der Leistungserbringung im Vertrag bestimmt ist oder sich auf der Grundlage des vertraglichen Inhalts durch objektive Kriterien ermitteln lässt (CHK-FURRER/WEY, OR 102 N 37). In casu statuiert Art. 5.1 des Lieferungsvertrages (K-1) die Verpflichtung zur Einhaltung des Terminplans gemäss Annex II. Zudem besagt Art. 2.2 des Lieferungsvertrages (K-1), dass die erfolgreiche und termingerechte Fertigstellung der Anlage das gemeinsame Verständnis der Parteien ist. Die acht Monate sind vertraglich in Art. 8.3 unter dem 4. Spiegelstrich des Lieferungsvertrages (K-1) (i.V.m. Annex II) festgehalten, sodass das Erfüllungsdatum genau bestimmt bzw. bestimmbar ist. Von einer Mahnung darf also abgesehen werden, da es sich vorliegend um einen Fall von Art. 102 Abs. 2 OR handelt.

7.1.2. Fristansetzung nach Art. 107 Abs. 2 OR

- 73 Im Falle eines Herstellungsverzuges kann der Besteller gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR nach Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten. Dieses Recht besteht, wenn der Besteller den Rücktritt „unverzüglich“ nach Ablauf der angesetzten Frist erklärt, *falls er ihn nicht schon mit der Fristansetzung* oder während noch laufender Frist *angedroht hat* (GAUCH, N 675). Der

Besteller kann die Vergütung verweigern und eine schon erbrachte Vergütungsleistung zurückfordern (BGE 115 II 50 E. 2a). Er verliert seinen Anspruch auf das Werk und muss einen allenfalls bereits erhaltenen Werkteil zurückgeben (CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, OR 366 N 5). In casu hat die Beklagte die Klägerin mehrmals und ausdrücklich gemäss Art. 107 Abs. 1 OR gemahnt und die Mängel gerügt. Laut Rz. 11 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4 wurde die Klägerin im Dezember 2010 immer wieder mündlich und auch schriftlich daraufhin gewiesen, dass man andere Lösungen in Betracht ziehen werde, falls die Glasbrecheranlage *bis Ende 2010* nicht funktioniere. Hiermit wurde die Mahnfrist gemäss Art. 107 Abs. 1 OR auf Ende 2010 angesetzt und der Rücktritt mit dieser Fristansetzung angedroht. Die Besprechung vom 31. Dezember 2010 (letzter Tag der Mahnfrist), welche die Klägerin in Rz. 13 der Einleitungsanzeige erwähnt, diese in KS-Rz. 64 in widersprüchlicher Weise jedoch wieder dementiert, unterstreicht das geplante Vorgehen der Beklagten vom Vertrag zurückzutreten. Nach Ablauf der Mahnfrist, *d.h. nach Rücktritt vom Lieferungsvertrag (K-1)*, bestätigt die Klägerin in Rz. 14 der Einleitungsanzeige, dass während des Telefonats vom 7. Januar 2011 Herr Fuchs Herr Kummer unmissverständlich erklärt hat, dass sich die Klägerin Gedanken zur Demontage der Glasbrecheranlage machen sollte. Da während zwei Monaten nichts geschah, ist das Rücktrittsschreiben vom 7. März 2011 (B-2) als schriftliche Bestätigung des Rücktritts vom Lieferungsvertrag (K-1) zu betrachten. Dadurch, dass die Glasbrecheranlage an grundlegenden konzeptionellen Mängeln leidet [Rz. 63, 71], befindet sich die Klägerin so sehr in Rückstand, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist.

74 *Der Rücktritt der Beklagten infolge der besonderen Verzugsregel des Art. 366 Abs. 1 OR ist zu bejahen.*

7.2. Art. 366 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 1 OR analog

75 Entgegen der Meinung der Klägerin in KS-Rz. 66, ist ebenfalls Art. 368 Abs. 1 OR einschlägig. Ein Mangel liegt vor, wenn das Werk nicht diejenigen Eigenschaften aufweist, welche entweder vertraglich ausdrücklich vereinbart worden sind oder welche der Besteller nach dem Vertrauensprinzip voraussetzen darf (KK-LEHMANN, N 6). Die mängelrelevante Beschaffenheit umfasst sämtliche Merkmale des Werkes, wie z.B. seine Funktionsfähigkeit (GAUCH, N 1358). Als *besonderes Merkmal* kann eine spezifische Leistungsfähigkeit vereinbart sein (GAUCH, N 1364). Es ist im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob und welche Werkeigenschaften durch eine entsprechende Abrede vereinbart sind (BGer vom 8. Mai 2007, 4C.130/2006 E. 3.1). Zur Anwendung kommen die geläufigen Auslegungsmittel und Auslegungsregeln, wobei namentlich auch die Entstehungsgeschichte und der *Zweck des Vertrages* in die Auslegung einzubeziehen sind (GAUCH, N 1369). Wie bereits in Rz. 7 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage vermerkt, wurde vertraglich eine Leistung von 5 Tonnen

pro Stunde zugesichert (Art. 6.2 Annex III). In Rz. 5 der Einleitungsanzeige spricht die Klägerin sogar von einer Verarbeitung von 5,4 Tonnen pro Stunde. Dies wird als Zusicherung seitens der Klägerin verstanden, welche in einer vertraglich bindenden Erklärung („Zusage“) besteht, dass ihr versprochenes Werk eine bestimmte Eigenschaft aufweisen werde (GAUCH, N 1372). Durch die so verstandene Zusicherung verpflichtet sich der Unternehmer, das versprochene Werk mit der vertraglich zugesicherten Eigenschaft herzustellen und abzuliefern. *Die Zusicherung ist daher Bestandteil des vereinbarten Vertragsinhaltes* (GAUCH, N 1373). Bisweilen wird die Zusicherung in einem engen Sinn verstanden, nämlich dass nur die Zusage eines besonderen Merkmales darunter fällt (GAUCH, N 1374). Durch die Angabe einer spezifischen Leistungsfähigkeit durch die Klägerin, hier 5 Tonnen pro Stunde, haben die Vertragsparteien ein besonderes Merkmal vereinbart, welches schliesslich als Bestandteil des vereinbarten Lieferungsvertrages (K-1) betrachtet wird.

- 76 Die Klägerin behauptet in KS-Rz. 66, dass der erste Inbetriebnahmeversuch aufgrund der falschen Glasgrösse und des geringeren spezifischen Gewichts scheiterte. Weshalb von der Beklagten nicht die falsche Glasgrösse verwendet wurde, kann nach oben verwiesen werden [Rz. 60 ff.]. Zum geringeren spezifischen Gewicht ist anzumerken, dass gemäss dem 4. Spiegelstrich des Protokolls über 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) die Inbetriebnahme trotzdem gut funktionierte und das *ganze Glas* verarbeitet werden konnte (7. Spiegelstrich). Das Nichterreichen der Leistungsgarantien (letzter Spiegelstrich) sowie das mehrmalige Blockieren der Glasbrecheranlage (Rz. 6. Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage) ist viel mehr auf deren grundlegenden konzeptionellen Mängel zurückzuführen [Rz. 63, 71, 73]. Entgegen der Ansicht der Klägerin in KS-Rz. 66, konkretisiert und substantiiert die Beklagte den erheblichen Mängel.
- 77 Die Unterstellung der Klägerin in KS-Rz. 67, dass die Beklagte beim zweiten Leistungstest vom 29. November 2010 eine andere Glaszusammensetzung verwendet habe, nachdem Herr Kummer die Anlage verliess und sie deshalb die Leistungsgarantien nicht erreicht habe, ist schlichtweg haltlos [vgl. Rz. 65].
- 78 Die Beklagte tritt in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 1 OR in zulässiger Weise vom Vertrag zurück, da die Klägerin nicht in der Lage war, die Glasbrecheranlage funktionstüchtig zu liefern. Sie hat des Weiteren auch nicht alle Schritte unternommen, um die Ursachen für das Versagen zu beheben [Rz. 61 ff.], obwohl die Beklagte mehrfach die Mängel gerügt hatte [Rz. 73].
- 79 Der Lieferungsvertrag (K-1) enthält nebst dem Rücktrittsrecht gemäss Art. 366 Abs. 1 bzw. Art. 368 Abs. 1 OR einen weiteren Beendigungsgrund. Der 1. Spiegelstrich des Art. 18.1 i.V.m. Art. 18.7 des Lieferungsvertrages (K-1) stellt der Beklagten eine gerechtfertigte Been-

digung aufgrund wesentlicher Nichterfüllung der Leistungsgarantien zur Verfügung. Zum Nichterreichen der Leistungsgarantien und der „schriftlichen Aufforderungen“ gemäss Art. 18.7 bzw. 18.1 des Lieferungsvertrages (K-1) wird auf die vorherigen Ausführungen verwiesen [Rz. 69 ff.].

80 *Die Beklagte ist gültig vom Lieferungsvertrag (K-1) zurückgetreten, sodass der Zahlungsanspruch der Klägerin im Umfang der verbleibenden Raten nicht besteht.*

8. Geltendmachung des Zahlungsanspruches

81 Nachfolgend legt die Beklagte dar, weshalb der Klägerin kein Zahlungsanspruch zusteht (KS-Rz. 69 ff.).

8.1. Keine Fälligkeit der Forderungen

82 Die Klägerin hält in KS-Rz. 70 zutreffend fest, dass sich der Schuldner im Verzug befindet, wenn er nach Mahnung oder Ablauf des Verfalltages pflichtwidrig nicht leistet, obwohl die Erfüllung fällig und möglich ist. Der Ansicht der Klägerin in KS-Rz. 71 ist zuzustimmen, da für die Raten gemäss Art. 4.2.4 des Lieferungsvertrages (K-1) ein Verfalltag nach Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart worden ist. Entgegen der Meinung der Klägerin ist dieser Verfalltag jedoch noch nicht verstrichen. Der Zeitplan hat sich verlängert und die Leistungsgarantien wurden nicht erreicht, weshalb keine Abnahme stattfand und daher die Inbetriebnahme sowie die daraus resultierenden Raten nach Art. 4.2.4 i.V.m. Art. 4.2.2 i.V.m. Art. 8 des Lieferungsvertrages (K-1) zu verneinen sind [Rz. 57, 63, 65, 67, 71].

83 Die Austauschtheorie kann folglich nicht zum Zuge kommen (KS-Rz. 74). Diese kommt als 3. Wahlrecht bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Art. 107 Abs. 2 OR zur Anwendung und kann nur vollzogen werden, wenn der Gläubiger die *Erbringung der eigenen Vertragsgegenleistung* dem positiven Interesse an- bzw. abrechnet (CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, OR 107 N 2). In casu liegt keine Abnahme vor und die Beklagte in zulässiger Weise vom Vertrag zurückgetreten [Rz. 69 ff.], sodass sich die Ausführungen der Klägerin in KS-Rz. 72-74 als gegenstandlos erweisen.

84 Die Klägerin macht in KS-Rz. 75 geltend, dass in denjenigen Fällen eine Ausnahme gemacht wird, „in denen die künftige, korrekte Abwicklung des Vertrages gefährdet erscheint“ und der Gläubiger daher „in analoger Anwendung des Art. 107 Abs. 2 OR auch auf die Leistung der noch nicht fälligen Raten verzichten“ darf. Der analogen Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR gemäss KS-Rz. 76 ist die Anwendung zu versagen. Diesbezüglich kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden [Rz. 69 ff.].

8.2. Antizipierter Vertragsbruch

85 Die Beklagte gefährdet weder im Rahmen eines Ratenverzuges die künftige, korrekte Vertragsabwicklung noch begeht sie generell einen antizipierten Vertragsbruch (KS-Rz 78). In KS-Rz. 79 verweist die Klägerin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum antizipierten Vertragsbruch. Der Gläubiger ist demzufolge berechtigt, „in analoger Anwendung von Art. 107 Abs. 2 und Art. 108 Ziff. 1 OR, die dort vorgesehenen Wahlrechte auszuüben“. Es handelt sich bei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um die analoge Anwendung von Art. 107 Abs. 2 i.V.m 108 Ziff. 1 OR und nicht, wie von der Klägerin behauptet, um Art. 107 Abs. 2. i.V.m. Art. 108 Abs. 2 OR. Von diesem Fehler abgesehen, kommt der antizipierte Vertragsbruch nicht zur Anwendung [Rz. 69 ff.].

8.3. Ersatz des Schadens

86 Für die Ermittlung des Nichterfüllungsschadens gelten die zu Art. 97 OR entwickelten Regeln (BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 17). Obwohl in Art. 107 Abs. 2 OR nicht explizit erwähnt, ist die Schuldnerin nach h.L. nur bei Verschulden schadenersatzpflichtig (HUGUENIN, OR AT, N 690). Vorliegend ist das Verschulden der Klägerin zurechenbar [Rz. 63, 71], weshalb der Beklagten der Exkulpationsbeweis gelingt (KS-Rz. 86). Die Schadensersatzfrage stellt sich in casu aber nicht. Diesbezüglich kann wiederum auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden [Rz. 69 ff.].

8.4. Eventualbegehren

87 Die Klägerin erwähnt in ihren Rechtsbegehren das in der KS-Rz. 87 ff. gestellte Eventualbegehren nicht. Es ist anzumerken, dass das Eventualbegehren in casu ohnehin nicht zur Anwendung kommt. Die Klägerin hat mit der Einleitungsanzeige vom 11. März 2011 eine Leistungsklage eingereicht. Die Feststellungsklage ist gegenüber der Leistungsklage subsidiär (BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 88 N 17). Falls die Klägerin obsiegen sollte, würde sich das Eventualbegehren aufgrund seiner Subsidiarität erübrigen. Im Falle des Obsiegens der Beklagten bestünde die Feststellung des Erfüllungsanspruches erst recht nicht.

Aus den dargelegten Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter, antragsgemäss zu entscheiden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[Ohne Unterschrift]

Moot Court Team 3