

Brunner Recycling AG  
Grenchenbachstrasse 34  
6340 Baar  
Schweiz

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

**Einschreiben**

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

18. April 2012

---

# Klageantwort

---

Fall Nr. 875964-2011

In Sachen

**Bietmann Industrieanlagen AG**

Otto-von-Bismarck-Allee 4A  
10557 Berlin  
Deutschland  
gegen

**Klägerin**

Vertreten durch das Moot Court Team 9

**Brunner Recycling AG**

Grenchenbachstrasse 34  
6340 Baar  
Schweiz

**Beklagte**

Vertreten durch das Moot Court Team 4

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission  
Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

### **Rechtsbegehren**

- 1. Es sei die Klage der Klägerin und Widerbeklagten vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
- 2. Der Beklagten sei die Anpassung des Kostenvorschusses zu gewähren.*
- 3. Im Falle der Ablehnung des Antrages auf Anpassung des Kostenvorschusses sei die Klägerin zu verpflichten den ganzen Kostenvorschuss zu leisten.*
- 4. Der Klägerin sei kein Anspruch auf Rückererstattung des hälftigen Anteils am Kostenvorschuss zu gewähren.*
- 5. Der Antrag der Klägerin auf Vorlegung der Dokumente sei vollumfänglich abzulehnen.*
- 6. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 500'000.- zu bezahlen,  
- zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Dezember 2009 auf den Betrag von CHF 400'000.-;  
- zuzüglich Zins zu 12% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-*
- 7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

## **Vorwort**

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

Die versuchte Inbetriebnahme des Glasbrechersystems fand im Beisein der Parteien am 9. Juni 2010 in Baar statt. Durch den Ausfall des vertraglich vorgesehenen Vorsortierungssystems erlitt die Maschine jedoch einen Defekt, welcher einen Ausfall bis November 2010 nach sich zog. Nachdem auch ein zweiter Inbetriebnahmeversuch erfolglos blieb, löste die Beklagte den Vertrag auf.

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

Anhand der Schiedsvereinbarung wird aufgezeigt, dass die Beklagte nicht verpflichtet ist den hälftigen Kostenvorschuss zu leisten. Des Weiteren wird geklärt, unter welchen Umständen eine Partei zum Vorlegen von Dokumenten verpflichtet wäre.

Im materiellen Teil wird, gestützt auf die vertraglichen Bestimmungen, geklärt ob der Anspruch auf Leistung des Kaufpreises besteht und ob dieser fällig ist. Ebenso wird dargelegt, dass wegen konzeptionellen Mängeln der Maschine die Klägerin den Vertrag nie gehörig erfüllt hat.

**Inhaltsverzeichnis**

<b>Vorwort .....</b>	<b>I</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>IV</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>VI</b>
<b>Entscheidverzeichnis .....</b>	<b>IX</b>
<b>I. Prozessualer Teil .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Kostenvorschuss .....</b>	<b>1</b>
1. Die Klägerin hat <i>keinen</i> klagbaren Anspruch auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses durch die Beklagte an das Schiedsgericht.....	1
2. Fazit .....	2
3. Die Klägerin hat <i>keinen</i> klagbaren Anspruch auf Rückerstattung des Anteils am Kostenvorschuss.....	3
4. Fazit .....	4
<b>B. Vorlegung von Dokumenten .....</b>	<b>5</b>
1. Kein Anspruch auf Vorlegung des Vertrages.....	5
a) Beweisverfahren vor dem Schiedsgericht .....	5
b) Keine Verletzung der vertraglichen Pflicht bei Nichtvorlage von Beweisen .....	6
c) Keine Vorlage des Vertrages nach IBA-Rules .....	6
2. Kein Anspruch auf Vorlage jeder Korrespondenz .....	7
3. Eventualiter Einwand nach Art. 3 Abs. 5 i.V.m Art. 9 Abs. 2 IBA-Rules.....	8
a) Formelle Einwendungen.....	8
b) Materielle Einwendungen, Art. 9 Abs. 2 IBA-Rules .....	9
4. Fazit .....	10
<b>II. Materieller Teil .....</b>	<b>10</b>
<b>A. Kein Anspruch auf Leistung des Gesamtvertragspreises .....</b>	<b>10</b>
1. Fehlgeschlagener Inbetriebnahmeversuch.....	10
2. Zweites Inbetriebnahmeprotokoll.....	10
3. Zahlung der ersten Raten.....	11
4. Technische Spezifikationen der Anlage .....	11
5. Vertragsabhängige Abmachung .....	13
6. Fazit .....	13
<b>B. Anspruch auf Rückleistung der bezahlten Raten .....</b>	<b>14</b>

1. Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 1 OR .....	14
a) Erheblicher Rückstand .....	14
b) Nicht erfolgte Abnahme .....	15
c) Unvollendetes Werk .....	15
d) Fristansetzung gem. Art. 107 Abs. 1 OR .....	16
e) Fazit .....	17
2. Rücktrittsrecht nach Art. 102 ff. OR .....	17
a) Verzug der Klägerin .....	17
b) Fristansetzung gem. Art. 107 Abs. 1 OR .....	18
c) Fazit .....	18
3. Ausschluss des Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR .....	18
4. Recht auf Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR .....	18
a) Mangelhaftigkeit des Werks .....	19
b) Mängelrüge wurde erhoben .....	19
c) Beklagte trägt keine Verantwortung für Mängel .....	20
d) Fazit .....	20

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil des Obligationenrechts
Bull	Bulletin
B-X	Anhänge Einleitungsantwort
ch.	Chapter (engl.): Kapitel
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
engl.	Englisch
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, adopted by the IBA Council on 29 May 2010
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
KS	Klageschrift der Gegenpartei
K-X	Anhänge Einleitungsanzeige
m	Meter
m <sup>3</sup>	Kubikmeter
N	Randnote
Nr.	Nummer

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
resp.	respektiv
Rz	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce of July 2004
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

## Literaturverzeichnis

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

(zit. in: Rz 1, 2, 11)

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

(zit. BSK IPRG–BEARBEITER in: Rz 13, 17)

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

(zit. BSK OR-BEARBEITER/IN in: Rz 55, 59, 60, 66, 71, 74)

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

(zit. in: Rz 58, 63, 69, 74)

GUHL THEO, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Zürich 2000.

(zit. GUHL/KOLLER in: Rz 55, 59)

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 2008.

(zit. HUGUENIN, OR BT in: Rz 70, 74)

INDERKUM HANS-HEINRICH, *Der Schiedsrichtervertrag*, Diss., Fribourg 1988.

(zit. in: Rz 4)

JOLIDON PIERE, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Bern 1984.

(zit. in: Rz 1, 2)

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

(zit. in: Rz 3)

MCILWRATH MICHAEL, SAVAGE JOHN, *International Arbitration and Mediation, A Practical Guide*, The Netherlands 2010.

(zit. MCILWRATH/SAVAGE in: Rz 32)

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

(zit. RAESCHKE-KESSLER in: Rz 20, 30)

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG*, 2. Aufl., Zürich 1993.

(zit. in: Rz 1)

ZUBERBÜHLER TOBIAS/HOFMANN DIETER/OETIKER CHRISTIAN/ROHNER THOMAS, *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Zurich/Basel/Geneva 2012.

(zit. in: Rz 21, 25, 28, 31, 33)

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

(zit. Zuberbühler/Müller/Habegger-BEARBEITER in: Rz 3, 11, 17, 21)

## **Zeitschriftenverzeichnis**

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

(zit. in: Rz 4)

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

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

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

(zit. WIRTH, ASA Bull in: Rz 10)

ZR 1975, Nr. 40, 75-77.

(zit. ZR, Nr. 40 in: Rz 2)

## **Entscheidverzeichnis**

### Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes in Lausanne

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Februar 1928

BGE 54 II 30 (zit. in: Rz 60)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. Oktober 1950

BGE 76 II 300 (zit. in: Rz 60)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. November 1968

BGE 94 II 161 (zit. in: Rz 58)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Mai 1977

BGE 103 II 102 (zit. in: Rz 59)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. März 1989

BGE 115 II 50 (zit. in: Rz 59)

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. Juli 1991

BGE 117 II 259 (zit. in: Rz 68)

## I. Prozessualer Teil

Die Beklagte stimmt der Klägerin bezüglich der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und des anwendbaren Rechts vollständig zu.

### A. Kostenvorschuss

#### 1. Die Klägerin hat *keinen* klagbaren Anspruch auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses durch die Beklagte an das Schiedsgericht

- 1 Die Klägerin qualifiziert die Leistung des Kostenvorschusses als Pflicht gegenüber der anderen Partei (KS, Rz 52). Dem widerspricht die Beklagte. Die Bezahlung des Kostenvorschusses ist nicht mehr als eine prozessuale Obliegenheit, aus deren Nichtbefolgung höchstens prozessuale Nachteile für die Beklagte entstehen könnten (BERGER/KELLERHALS, N 297). Aus der verfahrensrechtlichen Natur resultiert zwar ein Anspruch, dieser ist aber nicht klagbar (RÜEDE/HADENFELD, 225). Zwischen den Parteien besteht keine Solidarität bezüglich der Bezahlung der Vorschüsse (JOLIDON, 418), deshalb kann die Klägerin auch nicht die Bezahlung des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht verlangen.
  
- 2 Die Klägerin argumentiert, dass die Beklagte den Grundsatz der hälftigen Teilung in einem Schiedsverfahren missachtet (KS, Rz 50), obwohl sie dieses Prinzip durch die Unterzeichnung der Schiedsklausel anerkennt (KS, Rz 51). Die Leistung der Kostenvorschüsse zu gleichen Teilen ist weder eine in der Praxis etablierte Regel noch eine international anerkannte Usanz (BERGER/KELLERHALS, N 1447). Mit der Unterzeichnung der vorliegenden Schiedsklausel in Art. 12 des Vertrages (**Beilage K-1**) anerkennt die Beklagte nicht den Grundsatz der hälftigen Teilung, sondern die Anwendbarkeit der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (Swiss Rules). Diese institutionelle Schiedsordnung sieht zwar im Normalfall die hälftige Teilung gem. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules vor, jedoch regelt sie ebenfalls die ungleiche Teilung bei einer Widerklage in Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules. Grundsätzlich liegt gem. Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules die Gewährung unterschiedlicher Kostenvorschüsse im Ermessen des Schiedsgerichtes. Es sollte aber gewisse Kriterien beachten, wie beispielsweise die jeweiligen Parteiinteressen (JOLIDON, 424). Vor allem die Klägerin hat ein Interesse an der Durchführung des Prozesses, aus diesem Grund sollte auch ihre Kostenvorschusspflicht im Vordergrund stehen (ZR 1975, Nr. 40, 76).

3 Eine Anpassung der Kostenvorschüsse kann aufgrund eines Antrages einer Partei erfolgen oder das Schiedsgericht kann es selber beschliessen (Zuberbühler/Müller/Habegger-STACHER, Art. 41 N 10). Hinzu kommt, dass gem. Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules die Anpassung des Kostenvorschusses eine Widerklage voraussetzt.

Die Klägerin führt weiter das Argument an, die Anpassung würde gegen das Gleichheitsgebot gem. Art. 182 Abs. 3 IPRG verstossen (KS, Rz 55). Das Prinzip der Gleichbehandlung sagt aus, dass gleiche Sachverhalte gleich behandelt werden müssen (LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 182 N 7). Die Natur des streitigen Verfahrens bedingt aber, dass die klagende Partei eine bessere Ausgangslage hat, da sie alle Streitpunkte der Klage disponieren kann.

## 2. Fazit

4 Der Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Beklagte an das Schiedsgericht ist nicht klagbar, da es sich bei der Leistung des Kostenvorschusses um eine prozessuale Obliegenheit handelt (FAVRE-BULLE, ASA Bull 2001, 245). Aus diesem Grund kann das Schiedsgericht auch keinen verbindlichen Entscheid über die Sache fällen (INDERKUM, 150). Die Klägerin kann ihren Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses durch die Beklagte nicht einklagen.

5 Im Brief der Beklagten vom 13. September 2011 an die Präsidentin des Schiedsgerichtes stellt die Beklagte den Antrag auf Anpassung des Kostenvorschusses. Dieser Brief ist nicht als eigenständige Festsetzung separater Kostenvorschüsse gem. Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules zu verstehen, so wie es die Klägerin darstellt (KS, Rz 54), sondern als Antrag zur Anpassung der Kostenvorschüsse. Es kann in keiner Weise davon gesprochen werden, dass die Beklagte die Kompetenz des Schiedsgerichtes nicht akzeptiert (KS, Rz 54). Die Aufteilung in 7/8 und 1/8 ist als Vorschlag zu betrachten.

6 Die Beklagte erhebt am 17. Mai 2011 Widerklage. Aufgrund des viel kleineren Streitwertes der Widerklage von CHF 500'000.- ist eine Anpassung angemessen. Der Beklagten kann nicht zugemutet werden, dass sie den Kostenvorschuss auch für die hohe Hauptklage im Wert von CHF 3'500'000.- mitträgt, obwohl sie bereit wäre, ihren anteilmässigen Kostenvorschuss zu leisten, wie sie im Antrag zur Anpassung vom 13. September 2011 erklärt.

7 Im vorliegenden Fall besteht eine grosse Disproportionalität zwischen Klagestreitwert und Widerklagestreitwert. Diese Unverhältnismässigkeit entstand durch die vereinbarte Zahlungsmodalität zwischen den Parteien. Die Ratenzahlung kam der Beklagten sehr entgegen, doch nun macht die Klägerin den Gesamtvertragspreis von CHF 4'000'000.- abzüglich der Anzahlungen von CHF 400'000.- und der ersten Rate von CHF 100'000.- geltend, ob-

wohl noch nicht alle Raten fällig sind. Sie verwendet nun einen Vertragsbestandteil gegen die Beklagte, der durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommen ist. Die Beklagte ist der Klägerin durch die Zahlung der ersten Rate entgegengekommen, da die Klägerin ihre schlechte Bonität zur Weiterführung des Projektes erwähnte. Die Beklagte hat sich also gegenüber ihrem Vertragspartner gemäss Treu und Glauben verhalten und ihr Bestmögliches gegeben, um die Vertragserfüllung zu gewährleisten. Die Klägerin nutzt nun die vereinbarten Zahlungsmodalitäten aus, um einen hohen Streitwert zu erzeugen. Hinzu kommt, dass die Klägerin verlangt, dass die Beklagte den Kostenvorschuss basierend auf diesen hohen Streitwert zur Hälfte mitträgt. Die Disproportionalität der Streitwerte aufgrund der vereinbarten Zahlungsmodalitäten und die bessere Stellung der Klägerin aufgrund des Dispositionsgrundsatzes begründen einen ungleichen Sachverhalt. Wie in Rz 2 erwähnt, sollte das Schiedsgericht auch die Parteiinteressen berücksichtigen. Aufgrund des überwiegenden Interesses der Klägerin am Verfahren, muss auch ihre Kostenvorschusspflicht massgeblich sein. Der Klägerin ist zu widersprechen, das Gleichheitsgebot gem. Art. 182 Abs. 3 IPRG ist nicht verletzt. Demnach braucht es auch keine sachlichen Gründe, die eine Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes rechtfertigen würden.

8 Dem Antrag der Beklagten und Widerklägerin auf Anpassung des Kostenvorschusses ist zu entsprechen. Der Klägerin und Widerbeklagten ist kein klagbarer Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Beklagte an das Schiedsgericht zu gewähren.

### **3. Die Klägerin hat *keinen* klagbaren Anspruch auf Rückerstattung des Anteils am Kostenvorschuss**

9 Falls das Schiedsgericht den Antrag auf Anpassung des Kostenvorschusses ablehnt und die Klägerin aufgrund ihres überwiegenden Interesses am Prozess den ganzen Kostenvorschuss leistet, ist der Klägerin und Widerbeklagten kein Anspruch auf Rückerstattung zu gewähren.

10 Da die Pflicht zur Bezahlung des Kostenvorschusses nicht einklagbar ist (Rz 1), kann auch die Rückerstattung des Anteils nicht einklagbar sein. Wie oben (Rz 1) erwähnt, handelt es sich bei der Pflicht zur Bezahlung des Kostenvorschusses um eine prozessuale Obliegenheit der Parteien. Aus diesem Grund kann die Rückerstattung eines geleisteten Vorschusses nur als provisorische Massnahme gem. Art. 183 Abs. 1 IPRG oder Art. 26 Ziff. 1 Swiss Rules angeordnet werden (FAVRE-BULLE, ASA Bull 2001, 238). Vorsorgliche Massnahmen können aber vom Schiedsgericht nicht zwangsweise vollstreckt werden (WIRTH, ASA Bull 2000, 39).

11 Eine vorsorgliche Massnahme gem. Art. 26 Ziff. 1 Swiss Rules kann nur angeordnet werden, wenn das Schiedsgericht die Rechtssprechungskompetenz innehat und ein nicht wie-

dergutzumachender Nachteil für die gesuchstellende Partei bei Nichtanordnung der Massnahme entstehen würde (Zuberbühler/Müller/Habegger-OETIKER, Art. 26 N 6). Weitere Voraussetzungen sind die Dringlichkeit (BSK IPRG-BERTI, Art. 183 N 6), das Bestehen einer vernünftigen Chance zur Erfüllung der Massnahme und eine Sicherheitsleistung der gesuchstellenden Partei (Zuberbühler/Müller/Habegger-OETIKER, Art. 26 N 6). Nach der Prüfung dieser Voraussetzungen muss das Schiedsgericht eine Angemessenheitsprüfung unter der Berücksichtigung aller Umstände vollziehen (BERGER/KELLERHALS, N 1147).

#### 4. Fazit

- 12 Die Klägerin leitet einen klagbaren Anspruch auf Rückerstattung aus dem Ungleichgewicht, welches durch das arglistige und widersprüchliche Verhalten der Beklagten resultiert, ab (KS, Rz 66). Dem ist entgegen zu setzen, dass aus diesem Verhalten kein klagbarer Anspruch abgeleitet werden kann, da diese Verhaltensweisen höchstens prozessuale Nachteile nach sich ziehen könnten. Es ist zu betonen, dass sich die Beklagte nicht widersprüchlich verhält (KS, Rz 64). Die Mitwirkungspflicht im Schiedsverfahren beinhaltet mehr als nur die Kostenvorschusspflicht. Sie erfüllt ihre Pflicht zur Mitwirkung am Verfahren, indem sie einen Schiedsrichter ernennt und fristgerecht die Schriften einreicht. Die Beklagte handelt weder bewusst böswillig, noch missachtet sie den Grundsatz, nach Treu und Glauben zu handeln. Sie zeigt durch ihren Antrag zur Anpassung des Kostenvorschusses vom 13. September 2011 rechtzeitig an, dass sie den hälftigen Kostenvorschuss nicht bezahlt. Der Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung des Kostenvorschusses ist nicht klagbar.
- 13 Das Schiedsgericht hat die Rechtssprechungskompetenz (KS, Rz 67). Die Klägerin argumentiert, dass die Nichtrückerstattung des Kostenvorschusses eine grosse finanzielle Last für sie bedeuten würde (KS, Rz 69). Die Zusprechung eines Geldbetrages in Form einer vorsorglichen Massnahme ist nur zulässig, wenn die Bezahlung eine existenzielle Bedeutung für die gesuchstellende Partei hat (BSK IPRG-BERTI, Art. 183 N 7). Eine existenzielle Bedeutung wird im Bereich des Handels regelmässig verneint. Aus diesem Grund kann im vorliegenden Fall der nichtwiedergutzumachenden Nachteil für die Klägerin abgelehnt werden (BSK IPRG-BERTI, Art. 183 N 7). Es würde zwar eine vernünftige Chance zur Erfüllung bestehen, weil die Beklagte nicht aus finanziellen Gründen nicht bezahlt, sondern lediglich eine Anpassung wünscht. Die Klägerin hat ihren Teil am Kostenvorschuss am 9. September 2011 bezahlt, somit wurde die Sicherheit der gesuchstellenden Partei erbracht. Trotz des Bestehens einer vernünftigen Chance zur Erfüllung durch die Beklagte, ist die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme nicht zulässig. Die Leistung des ganzen Kostenvorschusses auf-

grund der Nichtleistung durch die Beklagte ist keine existenzielle Bedrohung für die Klägerin. Des Weiteren ist keine Gefahr im Verzug (BSK IPRG-BERTI, Art. 183 N 6).

14 Es ist anzumerken, dass auch bei Erlass einer solchen vorsorglichen Massnahme das Schiedsgericht nicht kompetent ist, die Massnahme zu vollstrecken. Ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme ist gem. Art. 26 Ziff. 2 Swiss Rules ein vorläufiger Schiedsspruch, welcher nur durchsetzbar ist, solange er von der Schiedsvereinbarung abgedeckt ist und nicht mehr abgeändert werden kann (WIRTH, ASA Special Series Nr. 9 1996, 251f.). Der Entscheid über die Kostenvorschüsse kann jedoch jederzeit vom Schiedsgericht abgeändert werden. Es handelt sich somit nicht um einen durchsetzbaren Schiedsspruch.

15 Der Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung des Kostenvorschusses ist nicht klagbar und kann nicht durch eine vorsorgliche Massnahme angeordnet werden, da es an der Voraussetzung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils fehlt und weil eine solche Massnahme nicht durch das Schiedsgericht vollstreckt werden kann.

Der Klägerin und Widerbeklagten ist kein klagbarer Anspruch auf Rückerstattung zu gewähren und sie ist dazu verpflichtet den ganzen Kostenvorschuss gemäss Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules zu leisten.

## B. Vorlegung von Dokumenten

### 1. Kein Anspruch auf Vorlegung des Vertrages

#### a) Beweisverfahren vor dem Schiedsgericht

16 Das Schiedsgericht hat im Verfahrensbeschluss Nr. 1 in Beschluss B.7. festgelegt, dass das Verfahren sich nach Kapitel 12 des IPRG und den Swiss Rules richtet. Da das Beweisverfahren nicht von den Parteien geregelt wurde, übernahm das Schiedsgericht diese Entscheidung nach Art. 182 Abs. 2 IPRG. Es entschied, dass beim Erlass von Anordnungen für Fragen der Beweisaufnahme die IBA-Rules berücksichtigt werden.

17 Im Allgemeinen wird bei einer Vorlage zuerst die Gegenpartei direkt zur Vorlage der gewünschten Unterlagen aufgefordert. Erst bei einer erfolglosen Aufforderung kann sich die Partei an den Schiedsrichter wenden (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 20). Die Klägerin fordert in Rz 75 das Schiedsgericht auf, die Beklagte zur Vorlage des Vertrages zu verpflichten. Das Schiedsgericht wird dies nur bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen tun (Zuberbühler/Müller/Habegger-NATER-BASS, Art. 24 N 18). Da der Grad an Genauigkeit (Rz 21), die Verfügungsgewalt des Dokuments (Rz 22) und die Relevanz für die Entscheidung (Rz 23) nicht gegeben sind, wird das Schiedsgericht nicht auf die Forderung eingehen.

b) Keine Verletzung der vertraglichen Pflicht bei Nichtvorlage von Beweisen

18 Haben die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt, kann die Angelegenheit, nach Art. 11.2 des Vertrags (**Beilage K-1**), schriftlich und durch Unterzeichnung bevollmächtigter Vertreter beider Parteien, als Teil des Vertrags betrachtet werden.

19 Zwar erfolgte das Protokoll nach dem Datum der Unterzeichnung des Vertrages schriftlich und durch die bevollmächtigten Vertreter, jedoch wurden im Protokoll keine Vereinbarungen geschlossen. Das Protokoll dient als Information, Dokumentation, Sitzungsunterlage, Beweismittel und Urkunde. Beim Protokoll (**Beilage B-1**) handelte es sich primär um die Dokumentierung der Inbetriebnahme und nicht um die Verpflichtung des Vertreters die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen. Das Herausfinden der Glaszusammensetzung, welche zwischen der Beklagten und ihrem Schrottglashändler vereinbart wurde, stellt nicht den wesentlichen Inhalt des Protokolls, also eine Vereinbarung, dar. Die Beklagte verletzt somit keine vertragliche Pflicht.

c) Keine Vorlage des Vertrages nach IBA-Rules

20 Das Schiedsgericht wird die Vorlage interner Dokumente nur dann anordnen, wenn es überzeugt ist, dass diese für den Ausgang des Schiedsverfahrens entscheidungserheblich sein könnten (RAESCHKE-KESSLER, 49).

21 Nach Art. 3 Abs. 3 lit. a (ii) muss das vorzulegende Dokument detailliert beschrieben werden. Dabei muss der vermutete Urheber und Empfänger des Dokuments, das Datum oder der geschätzte Zeitraum und Inhalt des Dokuments enthalten sein (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 3 N 110). Durch diese Beschreibung sollte es der Beklagten möglich sein, das herausverlangte Dokument identifizieren zu können (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 3 N 107). Ausserdem akzeptiert das Schiedsgericht unspezifische Dokumente nicht (Zuberbühler/Müller/Habegger-NATER-BASS, Art. 24 N 18). Die klägerische Beschreibung des Dokuments in Rz 79 ermöglicht keine Identifizierung. Die Beklagte hat den Vertrag nicht detailliert beschrieben und folglich liegt kein spezifisches Dokument vor (Rz 28).

22 Des Weiteren muss das Gericht überzeugt sein, dass der Antragsgegner die Verfügungsgewalt des beantragten Dokuments innehat. Der Vertreter der Klägerin kann in seiner Position als zuständiger Mitarbeiter für die Inbetriebnahme keine sichere Angabe machen, dass sich das Dokument in der Verfügungsgewalt der beklagten Partei befindet. Ob die Glaszusam-

mensetzung durch Vertrag oder in der Korrespondenz vereinbart oder eventuell mündlich festgelegt wurde, deutet auf die Unsicherheit des Vertreters hin und kann somit die erwähnten Zweifel in Rz 81 nicht unbegründet lassen.

- 23 Damit das Schiedsgericht ein Dokument zur Vorlage beantragt, muss es nach Art. 3 Abs. 3 lit. b relevant für die Entscheidung sein. Das Dokument ist für die Entscheidung nicht notwendig, da es keinen Fehler auf der Beklagtenseite gibt. Die Maschine sollte unabhängig von den Materialien, von welchen sie gespeist wird, einwandfrei laufen. Sie weist jedoch nicht behebbare konzeptionelle Mängel auf. Das Ziel der Erhöhung der Verarbeitungsleistung wurde nicht erreicht und konnte in beiden Inbetriebnahmeversuchen nie erreicht werden. Vereinzelt Glasstücke überschritten die Bedingungen in geringem Mass, jedoch muss mit einer solchen Fehlerquote, auf Grund der maschinellen Sortierung jedes Glassammlungsunternehmens, gerechnet werden.
- 24 Folglich gilt zu erwähnen, dass auch das Schiedsgericht die Vorlage des Vertrages aufgrund Mangels an Genauigkeit, der Verfügungsgewalt und der für die Entscheidung nicht relevanten Tatsache nicht beantragen wird.

## **2. Kein Anspruch auf Vorlage jeder Korrespondenz**

- 25 Nach Art. 3 Abs. 3 lit. a (ii) kann eine Kette gleicher oder gleichartiger Dokumente beantragt werden. Diesen ist gemeinsam, dass sie den gleichen Inhalt aufweisen, was der Antragssteller mit ihrer Hilfe beweisen möchte (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 3 N 112). Der Antrag der Klägerin auf Vorlegung jeder Korrespondenz kann nicht als Kette gleicher oder gleichartiger Dokumente definiert werden. Die Beklagte hält fest, dass die Korrespondenz nicht immer die Glaszusammensetzung oder dessen Vereinbarungen beinhaltet, sondern auch andere ausgetauschte geschäftsinterne Informationen. Somit ist nicht richtig, sich auf eine Kategorie von Dokumenten zu berufen, da nicht jede Korrespondenz inhaltlich die gleiche Thematik hat. Des Weiteren ist die Korrespondenz, wie auch der Vertrag nicht genau definiert und somit nicht identifizierbar (Rz 21). Weder der Urheber noch der Empfänger, sowie auch der vermutliche Zeitraum wurden aufgeführt. Wie der Vertrag ist auch die Korrespondenz nicht von entscheidungsrelevanter Tatsache (Rz 23).

### 3. Eventualiter Einwand nach Art. 3 Abs. 5 i.V.m Art. 9 Abs. 2 IBA-Rules

26 Nach Art. 3 Abs. 5 IBA-Rules muss der Antragsgegner dem Schiedsgericht innerhalb der vom Schiedsgericht bestimmten Frist Einwendungen vortragen. Wird das Schiedsgericht auf den Antrag der Klägerin eingehen und eine Vorlage der Dokumente beantragen, stellt die Beklagte die nachfolgenden Einwendungen:

#### a) Formelle Einwendungen

27 Die formellen Einwendungen ergeben sich aus den Art. 3 Abs. 2 und 3 der IBA-Rules. Die formellen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 3 IBA-Rules hat die Antragstellerin nicht erfüllt. Das in der Ergänzung der Einleitungsanzeige beantragte Dokument der Klägerin ist nicht klar identifizierbar. Die Antragstellerin muss nach Art. 3 Abs. 3 lit. a (i) IBA-Rules das Dokument genügend detailliert umschreiben, um eine Identifizierung zu ermöglichen. Da die Beklagte mit diversen Schrottglashändlern zusammenarbeitet, ist eine ausreichend detaillierte Beschreibung mit genaueren Inhaltsangaben erforderlich.

28 Die Beschreibung des vorzulegenden Dokumentes wird üblicherweise drei Elemente enthalten müssen (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 3 N 110). Zum einen muss der vermutete Urheber und/oder dessen Empfänger des Dokuments bestimmt worden sein. Der in der Ergänzung der Einleitungsanzeige gewählte Urheber „zwischen der Beklagten und einem Schrotthändler“ ist nicht klar identifizierbar. Vielmehr hätte die Antragstellerin als Urheber den Schrottglashändler, mit welchem genau diese spezifische Glaszusammensetzung vereinbart wurde, aufführen müssen. Des Weiteren muss der Antrag ein Datum oder den vermuteten Zeitraum, unter welchem das Dokument erstellt worden ist, enthalten. Der vermutete Inhalt muss im Antrag verfasst werden. Die Antragstellerin hätte als Inhalt des Vertrages den Vertragsschluss zwischen der Beklagten und ihrem Schrottglashändler und ihrer darin vereinbarte Glaszusammensetzung, aufführen müssen.

29 Die dargelegten Behauptungen der Antragstellerin sind abzuweisen. Dem Dokument fehlt die Relevanz für den Fall (Rz 23) sowie die Wesentlichkeit für dessen Entscheidung. Die Vorlage des Vertrages ist nicht notwendig, da die Maschine nicht behebbare konzeptionelle Mängel aufweist, unabhängig von welcher anderen Glaszusammensetzung sie gespeist wird. Aber genau durch das „NO HANDS“ Prinzip sollte eine Aussortierung des anderen Materials erfolgen.

## b) Materielle Einwendungen, Art. 9 Abs. 2 IBA-Rules

- 30 Der Inhalt des Dokuments muss nach lit. a erheblich und für die Beurteilung des Schiedsgerichts bedeutsam sein. Dem Dokument fehlt die Relevanz für das Verfahren, da die Schrottglaszusammensetzung nicht die Ursache ist, weshalb die Inbetriebnahme nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnte. Das Schiedsgericht wird sich auch am Masstab der Verhältnismässigkeit orientieren (RAESCHKE-KESSLER, 60). Wobei hier der Vertrauensschutz gegenüber der Relevanz für das Verfahren überwiegt.
- 31 Weiter wendet die Beklagte ein, dass durch die Beschaffung der Dokumente ein unverhältnismässiger Aufwand nach Art. 9 Abs. 2 lit. c IBA-Rules entsteht. Ein solcher Aufwand kann durch die grosse Menge oder Schwierigkeit, die Dokumente einzuholen, vorliegen (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 9 N 38). Es ist ihr nicht zuzumuten, den Vertrag ausfindig zu machen, welcher schon vor Jahren geschlossen wurde und für den Entscheid sowieso nicht von Bedeutung ist. Auch handelt es sich um eine massive Anzahl an Korrespondenz, welche die Suche nach der vereinbarten Glaszusammensetzung erschwert. Ergänzend ist zu sagen, dass aus den Erklärungen der Klägerin nicht ersichtlich ist, weshalb die Vorlegung *jeder* Korrespondenz für sie von Bedeutung ist.
- 32 Die Beklagte macht nach Art. 9 Abs. 2 lit. d IBA-Rules geltend, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für Verlust oder die Zerstörung der Dokumente besteht. Vor allem bei der Korrespondenz handelt es sich um Dateien, welche durch übliche und auch regelmässige Vorgänge wie Löschen und Archivieren, verloren gehen und somit mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht mehr existieren (MCILWRATH/SAVAGE, ch. 5 N 184). Da die Beklagte ihre geschäftlichen Vereinbarungen durch mehrere Kommunikationsformen geschlossen hat, ist es ihr nicht zuzumuten, die Dateien ohne grosse Suche ausfindig zu machen. Auch müsste bei jedem einzelnen Mitarbeiter alle Korrespondenz eingeholt werden, was zu einem unverhältnismässig hohen Aufwand führen würde.
- 33 Die Beklagte erhebt weiter die Einwendung, dass nach Art. 9 Abs. 2 lit. e IBA-Rules wirtschaftliche und technisch begründete Verschwiegenheitspflichten die Vorlegung der Dokumente verbieten. Vertrauliche Informationen im Gewerbe können dabei auch Vereinbarungen mit Lieferanten und Kunden sein (ZUBERBÜHLER/HOFMANN/OETIKER/ROHNER, Art. 9 N 43). Der Vertrag sowie auch die Korrespondenz beinhalten technische Daten zwischen der Beklagten und ihrem Lieferanten, welche als geheim einzustufen sind.

#### 4. Fazit

34 Die Beklagte ist zur Vorlage des Vertrages sowie jeglicher Korrespondenz nicht verpflichtet, weil es sich nicht um Tatsachen handelt, welche für die Entscheidung des Gerichts erheblich sind. Wird das Gericht den Antrag der Klägerin gutheissen, so wird auch aufgrund der durchschlagenden Einwendungen der Beklagten, die Vorlage nicht angeordnet.

## II. Materieller Teil

### A. Kein Anspruch auf Leistung des Gesamtvertragspreises

#### 1. Fehlgeschlagener Inbetriebnahmeversuch

35 Die Argumentation der Klägerin, dass aufgrund der erfolgten Inbetriebnahme die Fälligkeit der Raten anzunehmen ist, kann so nicht gutgeheissen werden. Gemäss Art. 4.2.2. des Lieferungsvertrags (**Beilage K-1**), hat der Auftraggeber die erste Rate zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme zu entrichten. Die genaue Definition der Inbetriebnahme folgt aus Art. 8 des Vertrags (**Beilage K-1**).

36 Das von der Klägerin ins Feld geführte Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (**Beilage K-2**) beweist jedoch, dass beide Parteien der Auffassung sind, dass die Inbetriebnahme als gescheitert zu betrachten ist. Unter dem siebten Spiegelstrich führen die Parteien aus, dass der Inbetriebnahmeversuch abgebrochen werden musste. Bis heute konnte kein Inbetriebnahmeversuch erfolgreich abgeschlossen werden, weshalb auch ein Abnahmezertifikat gem. Art. 8.3. des Vertrags (**Beilage K-1**) fehlt. Die Behauptung der Klägerin, dass die Raten wegen erfolgter Inbetriebnahme fällig sind, ist deshalb haltlos.

#### 2. Zweites Inbetriebnahmeprotokoll

37 Mit Hilfe der Regeln der Vertragsauslegung versucht die Klägerin die Bedeutung des unterzeichneten Inbetriebnahmeprotokolls herunterzuspielen. Dies vor allem, weil der bereits erwähnte siebte Spiegelstrich des Protokolls vom 9. Juni 2010 (**Beilage K-2**) auf den Abbruch des Inbetriebnahmeversuchs hinweist. Die Klägerin übersieht dabei die Tatsache, dass die Bezeichnung als „Abbruch des Inbetriebnahmeversuchs“ gänzlich irrelevant ist. Selbst wenn dies wie von ihr ausgeführt, versehentlich erfolgt sein soll. Schwerer wiegt die Tatsache, dass ein zweites Inbetriebnahmeprotokoll (**Beilage B-1**) unterzeichnet worden ist. Die Unterzeichnung des Protokolls vom 29. November 2010 impliziert, dass die Inbetriebnahme beim

ersten Versuch nicht abgeschlossen werden konnte. Nur so kann das Vorhandensein eines zweiten Protokolls erklärt werden.

38 Es bedarf deshalb keiner weiteren Auslegung des Wortlauts des ersten Inbetriebnahmeprotokolls, denn durch die Anerkennung eines weiteren Inbetriebnahmeversuches bestätigt die Klägerin das Misslingen des Ersten.

### 3. Zahlung der ersten Raten

39 Durch die Zahlung der ersten Rate hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt die Fälligkeit der Forderung bestätigt. Die Zahlung erfolgte alleine deshalb, weil auf Seiten der Klägerin die Aussage gemacht wurde, dass das Projekt nicht weitergeführt werden kann ohne eine Zahlung der Beklagten. Gemäss Gutschriftenanzeige der Hausbank der Klägerin (**Beilage K-4**) erfolgte die Zahlung erst am 8. November 2010. Die Beklagte stellte sich bereits im Sommer 2010 auf den Standpunkt, dass die Rate gemäss Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) nicht fällig war, weshalb die Zahlung auch erst fünf Monate nach dem ersten erfolglosen Inbetriebnahmeversuch erfolgte. Zum Zeitpunkt der Zahlung am 8. November rechnete die Beklagte mit einer planmässigen Durchführung für die später im November vorgesehene Inbetriebnahme.

40 Diese Zahlung kann deshalb nicht als Bestätigung der Fälligkeit der Forderung gelten. Sie ist viel mehr als Goodwill der Beklagten zu werten, welche zu diesem Zeitpunkt noch an die Realisierung des Projektes geglaubt hat und gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben dem Gelingen des Projektes nicht im Wege stehen wollte.

### 4. Technische Spezifikationen der Anlage

41 Gemäss Art. 8.3 des Vertrags (**Beilage K-1**) gilt die Abnahme als erfolgt, wenn aus Gründen, für welche der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist, die Leistungstests innerhalb von acht Monaten nach Inkrafttreten des Vertrags nicht erfolgreich abgeschlossen werden können.

42 Gemäss Annex I: Technische Spezifikation, sichert die Auftragnehmerin dem Besteller der Maschine zu, dass diese nach dem sogenannten „NO HANDS“ Konzept funktioniere. Dieses Konzept benötigt laut Annex I zu keinem Zeitpunkt einen Eingriff manueller Art und senkt aufgrund der integrierten Trennung auch die Personalkosten.

43 Das Glasbrechersystem, welche die Klägerin geliefert hat, besteht aus fünf Elementen. Das erste Element ist der Dossiertrichter, welchem nach Aussagen der Klägerin die Aufgabe zukommt, die Glaszufuhr zu dosieren und somit verhindern soll, das Förderband zu überladen. Von dort gelangt das Glas weiter über das Förderband zum Glasbrecher. Dort findet der Zerkleinerungsprozess des Glases statt. Anschliessend wird das gebrochene Glas auf einem zwei-

ten Förderband zur Sortiertrommel geführt. Auf dem Weg dorthin trennt ein Querband - Magnet das Glas von Eisenmetall. In der Sortiertrommel schliesslich wird das Bruchglas aufgeteilt und von Plastik getrennt. Danach ist das Bruchglas bereit für den Schmelzofen.

44 Beim Zwischenfall vom 9. Juni 2010 wurde die Maschine durch ein grösseres Eisenglasstück welches den Trichter verbeult hat, funktionsunfähig. Besagtes Glasstück hatte die Masse von 1.6 m Länge und je 0.3 m Breite und Dicke.

45 Aus den vertraglich vereinbarten Spezifikationen in Annex III, Punkt 6.1 geht hervor, dass die Glasstücke zum Erreichen der garantierten Leistungsdaten die Masse von 1.5 m Länge, 0.5 m Breite und 0.2 m Dicke nicht überschreiten sollten. Bei diesen Werten handelt es sich also nur um jene Werte, welche vertraglich vereinbart worden sind um eine hundertprozentige Verarbeitungsleistung der Maschine zu garantieren.

46 Aus den Unterlagen geht nicht hervor und kann auch sonst nicht angenommen werden, dass es sich bei diesen Massen um Maximalwerte handeln könnte, bei deren Überschreitung die Funktionsfähigkeit der Maschine schwer beeinträchtigt werden könnte. Das würde nämlich bedeuten, dass die optimale Glaszusammensetzung auch gleichzeitig das absolut technisch Zulässige wäre und würde in der Praxis jedes Unternehmen vor unlösbare Probleme stellen. Wäre dem so, müsste der Benutzer um eine hundertprozentige Leistung zu erreichen, Glas einfüllen, welches auch nur bei der kleinsten Abweichung der Werte den totalen Funktionsausfall der Maschine nach sich ziehen würde.

47 Beide Parteien, mit langjähriger Erfahrung in der Wiederverwertungsbranche, wissen, dass es vorkommen kann, dass die eingeführten Rohmaterialien nicht immer den vertraglich geforderten Richtwerten entsprechen können. Vor allem auch weil man als Abnehmer von Altglas von weiteren Lieferanten abhängig ist. Mit diesen ist es zwar möglich, genaue Spezifikationen bezüglich der Glasqualität zu vereinbaren, ob diese aber auch ausnahmslos auf jedes Glasstück zutreffen, ist kaum überprüfbar. In Anbetracht dieser Tatsache erscheint es als absolut unzumutbar, dass die Maschine nicht in der Lage war, das Glasstück, welches um nur  $0.006\text{m}^3$  von der optimalen Glaszusammensetzung abweicht, auszusortieren.

48 Das Glasbrechersystem wurde von der Beklagten unter anderem nur deshalb gekauft, weil ihr eine erhöhte Effizienz und tiefere Fixkosten versprochen worden sind. Müsste sie nun jedes Glasstück vor der Einführung noch manuell durch einen Arbeiter nachprüfen lassen, wäre dieser Nutzen und die damit verbundene Ersparnis hinfällig.

49 Nur durch gravierende konzeptionelle Mängel der Maschine lässt sich erklären, warum ein grösseres Eisenglasstück, dass gemäss den vertraglich vereinbarten technischen Spezifikationen hätte aussortiert werden müssen, die ganze Maschine für mehr als fünf Monate

stillgelegt hat. Das Scheitern der Leistungstests geht deshalb zu Lasten der Klägerin, welche der Beklagten eine Maschine geliefert hat, die in der Praxis keinen Nutzen hat und das versprochen „NO HANDS“ Konzept nicht mal ansatzweise umsetzt. Die Abnahmefiktion gemäss Art. 8.3. des Vertrags (**Beilage K-1**) ist deshalb aus Gründen, die bei der Auftragsnehmerin liegen, nicht erfolgt.

### 5. Vertragsabhängige Abmachung

50 Die Klägerin führt aus, dass die Notwendigkeit der Reparatur, welche nach der missglückten Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010 erfolgt ist, keine Auswirkung auf die Abnahmefiktion nach Art. 8.3 des Vertrages (**Beilage K-1**) hat und es sich dabei um eine separate, vom Lieferungsvertrag unabhängige Abmachung, handelt. Zu beantworten bleibt die Frage, warum der Ausfall des Vertragsgegenstandes separat vom Vertrag behandelt werden soll und keine Auswirkung auf diesen haben soll.

51 Art. 11.2 des Liefervertrags (**Beilage K-1**) spricht bezüglich vertraglicher Ergänzungen eine klare Sprache. Ergänzungen sind all jene Vereinbarungen, welche nach dem Datum der Unterzeichnung des Vertrags erfolgten, schriftlich festgehalten und durch einen bevollmächtigten Vertreter des Auftraggebers und des Auftragnehmers unterzeichnet worden sind.

52 Die beiden Inbetriebnahmeprotokolle wurden nach Vertragsschluss schriftlich erstellt und von den verantwortlichen Vertretern unterzeichnet. Daraus kann geschlossen werden, dass es sich bei den Inbetriebnahmeprotokollen vom 9. Juni 2010 (**Beilage K-2**) und 29. November 2010 (**Beilage B-1**) um vertragliche Ergänzungen handelt. Denn Inbetriebnahmeprotokolle haben deshalb Auswirkungen auf die Abnahmefiktion gemäss Art. 8.3 des Vertrags (**Beilage K-1**), weil durch diese die Inbetriebnahme der Maschine von Juni 2010 auf November 2010 verlegt worden ist, um die notwendigen Reparaturen vorzunehmen.

53 Die Glasbrechermaschine stellt einen wesentlichen Punkt des Werkvertrages dar, welchen die Parteien gültig geschlossen haben. Eine separate Behandlung würde also dem Vertrag zuwiderlaufen. Aus dieser Überlegung, sowie aus Art. 11.2 des Liefervertrags (**Beilage K-1**), ist klar ersichtlich, dass die Verschiebung der Inbetriebnahme durch die Protokolle Auswirkungen auf das ganze Vertragswerk hat.

### 6. Fazit

54 Die von der Klägerin bereitgestellte Glasbrechermaschine war zu keinem Zeitpunkt dazu geeignet, im Alltagsbetrieb eines Recyclingunternehmens zu bestehen. Die konzeptionellen Mängel der Maschine führten dazu, dass sie keinen der beiden Leistungstests bestanden hatte

und sogar durch das zu verarbeitende Material beschädigt wurde. Weder die vertraglich vorgesehene Abnahme noch die Auffangklausel der Abnahmefiktion wurden erfüllt. Die Beklagte war folglich zu keinem Zeitpunkt verpflichtet, die vereinbarten Raten zu zahlen, weil diese nie fällig wurden. Die trotzdem erfolgte Zahlung erfolgte nur aus Goodwill um das Projekt nicht zu gefährden, da von der Klägerin den Eindruck erweckt wurde, das ganze Vorhaben könnte mangels Bonität scheitern.

## B. Anspruch auf Rückleistung der bezahlten Raten

Die Beklagte verlangt gestützt auf Art. 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR die Rückzahlung der von ihr geleisteten Anzahlungen sowie der ersten Monatsrate (Rz 7).

### 1. Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 1 OR

55 Art. 366 Abs. 1 OR erlaubt es dem Besteller vom Vertrag zurückzutreten, wenn sich der Unternehmer mit der Werkausführung in einem so erheblichen Rückstand befindet, dass die rechtzeitige Vollendung des Werks nicht mehr voraussehbar ist. Es genügen klare Anzeichen dafür, dass der Unternehmer in der bisherigen ungenügenden Weise mit der Werkausführung fortfahren wird (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 366 N 11). Zudem muss die Werkleistung bereits fällig sein (GUHL/KOLLER, § 47 N 22).

#### a) Erheblicher Rückstand

56 In Art. 2.2 des Vertrages (**Beilage K-1**) ist festgehalten, dass sich beide Parteien um eine termingerechte Fertigstellung der Anlage bemühen müssen. In Einvernahme mit der Gegenpartei wurde die Inbetriebnahme bis Ende November 2010 verlängert, um so der Klägerin die Chance zu geben, die Leistungstests doch noch zu erbringen. Doch die Klägerin konnte trotz Reparaturen und verlängerter Inbetriebnahmezeit die Leistungstests nicht erfolgreich abschliessen. Für die Beklagte war dies ein klares Anzeichen dafür, dass die Klägerin nicht in der Lage sein wird, die Glasbrecheranlage in absehbarer Zeit funktionsfähig anzubieten. Dies erschliesst sich vor allem daraus, dass nicht nur beim ersten Inbetriebnahmeversuch am 9. Juni 2010, sondern auch beim Zweiten am 29. November 2010 die Maschine nie einwandfrei funktionierte. Nicht nur wurde die vereinbarte zu verarbeitende Menge von durchschnittlich 5,0 Tonnen Glas pro Stunde in keinem Leistungstest erreicht, auch musste die Maschine trotz Reparatur beim zweiten Inbetriebnahmeversuch mehrfach an- und ausgeschaltet werden (**Beilage B-1**). Aus alledem schliesst die Beklagte, dass die Glasbrecheranlage auch in absehbarer Zukunft funktionsunfähig bleib (Rz 41ff.).

## b) Nicht erfolgte Abnahme

57 Die Klägerin behauptet, die Abnahme sei gem. Art. 8.3 des Vertrags (**Beilage K-1**) acht Monate nach dem Inkrafttreten des Vertrages, also am 22. Juni 2010 erfolgt. Der Behauptung ist entgegenzusetzen, dass dieser Artikel des Vertrages nur greift, wenn der Auftragnehmer das Scheitern der Leistungstests nicht zu verantworten hat. Genau dies ist aber nicht der Fall. Wie in Rz 41ff. erwähnt, präsentierte die Klägerin die neue Glasbrecheranlage als innovative und nach dem „NO HANDS“ Konzept funktionierende Anlage an. Folglich hat die Klägerin das Nichterreichen der Leistungstests zu verantworten, da es ihre Zusicherung war, die Maschine erbringe die gewünschte Leistung auch ohne manuelles Vorsortieren. Es kann also keine Abnahme nach Art. 8.3 des Vertrages (**Beilage K-1**) erfolgt sein.

## c) Unvollendetes Werk

58 Die Klägerin scheint zudem die Tatsache zu übersehen, dass nur vollendete Werke abgeliefert werden können (GAUCH, N 651). Nach der Rechtsprechung gilt ein Werk als vollendet, wenn alle im Vertrag vorgesehenen Arbeiten ausgeführt worden sind (BGE 94 II 161ff., 164, E. 2c). Die Klägerin versäumte es, die Leistungstests erfolgreich abzuschliessen, was gem. Annex III zu den vertraglich vorgesehenen Arbeiten gehört. Die Vollendung dieser Leistungsverpflichtung ist eine der wichtigsten Vertragspunkte für die Beklagte. Gerade das „NO HANDS“ Konzept und die grössere Produktivität waren ausschlaggebend, wenn nicht gar Hauptmotivation, für den Vertragsabschluss. Es handelt sich also um eine der wichtigsten Arbeiten, wonach der Einwand der Nichtvollendung durch die Beklagte nicht gegen Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 2 ZGB verstösst. Des Weiteren ist der Beklagten der Einwand der Nichtvollendung nicht verwehrt, da sie weder durch ausdrückliche Erklärung noch durch Schweigen oder sonstiges Verhalten bei der Klägerin das berechtigte Vertrauen geweckt hat, die Glasbrecheranlage gelte als abgeliefert (GAUCH, N 104). Die Beklagte hat am 9. Juni 2010 durch das Verlängern der Inbetriebnahmezeit und dem Verschieben der Abnahme klar angezeigt, dass sie das Werk als nicht vollendet betrachtet und die fehlenden Leistungstests noch erbracht werden müssen. Nachdem auch der zweite Inbetriebnahmeversuch am 29. November 2010 scheiterte, hat die Beklagte der Klägerin telefonisch mitgeteilt, dass dieser Umstand für sie nicht tragbar sei, weshalb sie vom Vertrag zurücktreten möchte. Aus keiner dieser Handlungen und Erklärungen der Beklagten kann die Klägerin entnehmen, die Anlage gelte als abgeliefert.

## d) Fristansetzung gem. Art. 107 Abs. 1 OR

- 59 Dem Herstellungsverzug geht grundsätzlich gem. Art. 102 OR eine Mahnung voraus (GUHL/KOLLER, § 47 N 21). Wenn kein Verfalltagsgeschäft vorliegt, muss der Besteller eine Nachfrist ansetzen und kann erst nach ungenutzter Ablauffrist zurücktreten (BGE 115 II 50ff., 55, E. 2a). Die Fristansetzung gem. Art. 107 Abs. 1 OR beinhaltet immer auch eine Mahnung (BGE 103 II 102ff., 105, E. 1a). Die Nachfristenansetzung unterliegt keinerlei Formvorschriften, muss aber angemessen sein (BSK OR-WIEGAND, Art. 107 N 6ff.) Im vorliegenden Fall muss die Beklagte eine Nachfrist ansetzen, ausser es liegt ein Fall von Art. 108 OR vor (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 366 N 11). Die Anlage ist auch am 29. November 2010 als unvollendet zu betrachten, da die Leistungstests wieder nicht erbracht werden konnten. Die Beklagte hat durch intensive Korrespondenz der Klägerin deutlich mitgeteilt, dass sie mit deren Leistung nicht zufrieden ist und eine Vollendung der Anlage erwartet. Auch konnte die Klägerin ohne weiteres erkennen, dass sie ihren Verbindlichkeiten innerhalb der gesetzten Frist bis Ende 2010 vollumfänglich nachzukommen hat. Zudem erscheint die Frist als angemessen, da die Maschine montiert ist und nur noch die Leistungstests erbracht werden müssen. Die Klägerin liess diese Nachfrist ungenutzt verstreichen, ohne eine weitere Feineinstellung der Maschine vorzunehmen und war nicht willens den Fehler auch auf ihrer Seite zu suchen.
- 60 Folglich ist die Beklagte nach abgelaufener Nachfrist zum Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt. Die Rücktrittserklärung hat unverzüglich zu erfolgen. Was unter „unverzüglich“ zu verstehen ist, ergibt sich durch die Beurteilung der konkreten Vertragslage und der Parteiinteressen (BSK OR-WIEGAND, Art. 107 N 14). Die Beklagte hat ihren Rücktritt der Klägerin am 7. März 2011 schriftlich mitgeteilt. Die Klägerin unternahm in der Nachfrist nichts, um die Maschine dahingehend zu verbessern, dass sie einwandfrei läuft. Dieses Verhalten kann einer eindeutigen Leistungsverweigerung gleich gedeutet werden, weshalb sich gem. Art. 108 Ziff. 1 OR eine erneute Nachfristenansetzung erübrigt. Die Beklagte hat demnach keine Möglichkeit mehr, Erfüllung zu verlangen. Der Ausübung des Wahlrechts aus Art. 107 Abs. 2 OR kommt somit praktisch keine Bedeutung mehr zu. Darum kann aus dem Umstand, dass die Beklagte die Wahl nicht unverzüglich bekannt gibt, keine Einrede gegen sie abgeleitet werden (BGE 76 II 300ff., 305, E. 2). Gemäss Bundesgericht hat der Gläubiger aber auch bei Art. 108 Ziff. 1 OR den Rücktritt unverzüglich bekannt zu geben. Jedoch ist beim Tatbestand des Art. 108 Ziff. 1 OR bezüglich der gesetzlichen Unverzüglichkeitsanforderung kein strenger Massstab anzulegen, da hier von keinem zeitlich genau fixierten Vorgang, wie etwa der Nachfristenablauf, ausgegangen werden kann (BGE 54 II 30ff., 34).

61 Ein zweimonatiges Zuwarten kann kaum der gesetzlichen Unverzüglichkeitsanforderung genügen. Das knapp zweimonatige Zuwarten der Beklagten mit der Rücktrittserklärung lässt sich damit erklären, dass sie zunächst abwarten wollte, ob die Klägerin noch irgendwelche Versuche zu unternehmen gedachte, ihre vertraglichen Pflichten doch noch zu erfüllen. Da dies jedoch nicht der Fall war, überdachte die Beklagte all ihre Möglichkeiten und kam schliesslich zum Schluss, vom Vertrag zurückzutreten. Da die Unverzüglichkeit in Art. 108 Ziff. 1 OR eher weit auszulegen ist, scheint eine zweimonatige Bedenkzeit nicht als ein Verstoss gegen die Unverzüglichkeit. Zudem unternahm die Klägerin nichts, um ihre Vertragspflichten zu erfüllen.

e) Fazit

62 Die Beklagte ist zum Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR berechtigt, da die Glasbrecheranlage aufgrund fehlender Vollendung immer noch nicht als abgeliefert betrachtet werden kann.

## 2. Rücktrittsrecht nach Art. 102ff. OR

63 Selbst wenn das Schiedsgericht zu der Ansicht gelangen würde, das Werk sei als vollendet zu betrachten, kann die Beklagte gestützt auf Art. 102ff. OR zurücktreten obschon die Klägerin in ihrer Klageschrift diese Möglichkeit nicht erwähnt hat. Der Rücktritt nach Art. 102ff. OR setzt zunächst voraus, dass der Unternehmer trotz Eintritts des Ablieferungstermins das geschuldete Werk objektiv pflichtwidrig noch nicht vollendet oder das vollendete Werk noch nicht abgeliefert hat (GAUCH, N 659).

a) Verzug der Klägerin

64 Voraussetzung für den Verzug ist zunächst die Fälligkeit. In Annex II haben die Parteien vereinbart, dass die Abnahme innerhalb von acht Monaten nach Vertragsschluss, also am 22. Juni 2010, zu erfolgen hat. Da die Beklagte die Inbetriebnahmezeit jedoch zugunsten der Klägerin verlängerte, verschiebt sich das Datum der Fälligkeit auf den 29. November 2010. Da aber auch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch die Leistungstests nicht erbracht werden konnten und die Anlage gravierende Mängel aufzeigte, kann unter keinen Umständen von einer Abnahme gem. Art. 8.3 des Vertrages (**Beilage K-1**) ausgegangen werden. Somit befindet sich die Klägerin im Verzug und die Beklagte ist berechtigt eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung anzusetzen.

b) Fristansetzung gem. Art. 107 Abs. 1 OR

65 Wie oben in Rz 59ff. bereits aufgezeigt hat die Beklagte eine Nachfrist angesetzt und ist gem. Art. 108 Ziff. 1 OR am 7. März 2011 zum Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt.

c) Fazit

66 Da die Beklagte zum Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt ist, kommt somit gem. Art. 109 Abs. 1 OR die Umwandlungstheorie zur Anwendung (BSK OR-WIEGAND, Art. 109 N 4). Die Beklagte kann das bereits Geleistete zurückfordern und hat der Klägerin die Anlage zurückzugeben (BSK OR-WIEGAND, Art. 109 N 5). Die Beklagte hat demnach das Recht, die bereits bezahlte Rate und die geleisteten Anzahlungen im Gesamtwert von CHF 500'000.- von der Klägerin zurückzufordern.

### **3. Ausschluss des Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR**

67 Die Klägerin behauptet, die Beklagte befinde sich im Gläubigerverzug (KS, Rz 35ff.). Sie wirft der Beklagten vor, sie hätte die Vornahme der ihr obliegenden Vorbereitungshandlungen ungerechtfertigter Weise verweigert, wodurch die Klägerin nicht zu erfüllen imstande gewesen sei. Auch wenn das bereitgestellte Glas leicht von der vertraglichen Zusammensetzung abweicht, hindert dies die Klägerin nicht daran, gehörig zu leisten. Es kann unter Umständen sein, dass die Leistungswerte die gewünschte Höhe erreichen. Dies hindert die Klägerin aber auf keinen Fall daran, eine funktionierende Maschine zu liefern.

Folglich befindet sich die Beklagte nicht im Gläubigerverzug. Der Schuldnerverzug der Klägerin wird dadurch nicht ausgeschlossen.

### **4. Recht auf Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR**

68 Gem. Art. 368 Abs. 1 OR steht dem Besteller eines Werks das Recht auf Wandlung nur dann zu, wenn ein erheblicher Mangel vorliegt. Hier muss grundsätzlich eine Unterscheidung zwischen Nichtvollendung und Mangelhaftigkeit des Werkes getroffen werden. Gemäss Bundesgericht kann nämlich erst beim abgelieferten Werk vom Vorliegen eines Mangels gesprochen werden. Das Bundesgericht fügt aber auch an, dass sonst der Unternehmer das Werk als noch unvollendet betrachtet, da es sich noch in der Herstellungsphase befindet (BGE 117 II 259ff., 263, E. 2.a).

69 Hier ist dies aber nicht der Fall. Die Klägerin ist der Überzeugung, dass sie all ihre vertraglichen Pflichten erfüllt hat. Für sie gilt das Werk als vollendet und abgeliefert. Richtig ist, dass

abgesehen von den nichterbrachten Leistungstests, alle geschuldeten Arbeiten ausgeführt wurden. Es fehlt somit nicht an einer geschuldeten Arbeit, sondern an der Beschaffenheit der ausgeführten Arbeit, da die Anlage einfach nicht einwandfrei zu funktionieren scheint (GAUCH, N 1357), was sich aufgrund des zweiten Inbetriebnahmeprotokolls vom 29. November 2010 beweisen lässt. Wie oben in Rz 57 ausgeführt, fand eine Ablieferung nie statt. Es wäre aber verfehlt, eine analoge Anwendung von Art. 368 Abs. 1 OR nur deshalb nicht zuzulassen, obschon es eindeutig an der Beschaffenheit der ausgeführten Arbeit mangelt und nicht an einer geschuldeten Arbeit fehlt (GAUCH, N 1448). Die Ansicht der Klägerin, sie habe alle geschuldeten Arbeiten erledigt, verstärkt die analoge Anwendung von Art. 368 Abs. 1 OR sogar noch, denn sie hält den Herstellungsprozess für abgeschlossen. Dadurch kann auf das Erfordernis der Abnahme hier ausnahmsweise verzichtet werden. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist somit eine analoge Anwendung von Art. 368 Abs. 1 OR adäquat (KS, Rz 39).

a) Mangelhaftigkeit des Werks

70 Ein Werkmangel besteht in einer Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Werks (HUGUENIN, OR BT, N 637). Wie in Rz 41ff. erwähnt, liegt der Mangel darin, dass die Maschine nie einwandfrei funktionierte. Klar ist, dass die Maschine, einmal ganz abgesehen von den nicht erreichten Leistungsgarantien, aufgrund konzeptioneller Mängel nicht imstande ist, einen ganzen Tag ohne Unterbrechung in Betrieb zu sein. Dies zeigte sich deutlich am 29. November 2010. Auch wenn die Klägerin in ihrer Klageschrift unter Rz 41 darauf hinweist, dass die vereinbarten Leistungsgarantien sogar überschritten wurden, hindert dies nicht daran, dass die Anlage einen Mangel aufweist. Es entspricht nicht der vertraglichen Vereinbarung, dass die Anlage vermehrt aus- und wieder eingeschaltet werden muss, somit liegt ein Werkmangel vor.

b) Mängelrüge wurde erhoben

71 Nach Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller das Werk nach erfolgter Ablieferung zu prüfen, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist. Der Besteller muss dem Unternehmer allfällige Mängel melden und diese rügen. Die Mängel sollten einzeln angegeben werden und möglichst genau bezeichnet sein (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 367 N 17f.).

72 Da der Ablieferungstermin auf Ende November 2010 verschoben wurde, ist es gerechtfertigt, dass die Beklagte das Werk erst Ende November 2010 prüfte und die Mängelrüge im Dezember 2010 erhob.

73 Die Beklagte hat gemäss Sachverhalt im Dezember 2010 die Klägerin mehrmals sowohl schriftlich als auch mündlich über die Mängel hingewiesen und diese genau bezeichnet. Die Mängelrüge wurde folglich fristgerecht und genügend bestimmt erhoben.

c) Beklagte trägt keine Verantwortung für Mängel

74 Es ist von grundsätzlicher Bedeutung, wer den Mangel zu verantworten hat (GAUCH, N 1503). Die Gewährleistungspflicht gem. Art. 368 OR ist ausgeschlossen, wenn der Besteller den Mangel gem. Art. 369 OR selbst verschuldet hat (HUGUENIN, OR BT, N 634). Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR liegt aber nur vor, wenn die Verursachung des Werkmangels ausschliesslich dem Besteller anzulasten ist (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 369 N 3). Der Umstand, dass die Leistungsgarantien nicht erreicht wurden, kann nicht alleine der Klägerin angelastet werden, da das bereitgestellte Glas zum Teil nicht exakt den Vereinbarungen entsprach. Was die Klägerin aber verkennt, ist die Tatsache, dass die Maschine nicht imstande ist einen ganzen Tag ohne grössere Komplikationen Glas zu verarbeiten und dies ganz unabhängig davon, welche Werte erreicht werden. Der Mangel kann ganz alleine der Klägerin angerechnet werden, da sie für das einwandfreie Funktionieren der Anlage verantwortlich ist. Somit greift Art. 369 OR nicht und die Geltendmachung der Mängelrechte bleibt bestehen.

d) Fazit

75 Da ein Werkmangel vorliegt und dieser Mangel nicht der Beklagten anzurechnen ist, hat sie einen Anspruch auf Wandlung gem. Art. 368 Abs. 1 OR analog. Somit hat die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung der CHF 500'000.- zuzüglich Zinsen.

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

[Unterschrift]

Moot Court Team 4