

Moot Court Team 5
Michèle Anderhub
Simonah Braunschweig
Basil Kirby
Sara Zermatten

EINSCHREIBEN
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3085
CH – 8022 Zürich

Zürich, 18. April 2012

KLAGEANTWORT
Fall Nr. 875964 – 2011

In Sachen

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

Beklagte und Widerklägerin

Vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

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

Klägerin und Widerbeklagte

Vertreten durch Moot Court Team 10

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. Z, sehr geehrter Herr Dr. X, sehr geehrter Herr Dr. Y

Unter Wahrung der angesetzten Frist stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin folgende

Rechtsbegehren

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

2. *Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 500'000.- zu bezahlen,*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Dezember 2009 auf den Betrag von CHF 400'000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*

3. *Der Kostenvorschuss sei durch das Gericht entsprechend dem Verhältnis von Klage- und Widerklagewert separat festzulegen.*

4. *Es sei ferner darauf zu erkennen, dass weder Vertrag noch E-Mail Korrespondenz durch die Beklagte herauszugeben sind.*

5. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.“*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	I
Inhaltsverzeichnis	II
Literaturverzeichnis	IV
Urteilsverzeichnis	VIII
A. Kostenvorschuss	1
I. Widerlegung der Pflicht zur Kostenvorschusszahlung	1
1. Einleitung	1
2. Keine vertragliche Kostenvorschusspflicht.....	1
2.1 Aus der Schiedsvereinbarung	1
2.2 Aus den Swiss Rules	2
2.3 Ablehnung des unechten Vertrags zu Gunsten Dritter.....	2
3. Berechtigte Zahlungsverweigerung durch die Beklagte	3
3.1 Überhöhter und ungerechtfertigter Kostenvorschuss	3
3.2 Eventualiter Anspruch auf separate Kostenvorschüsse.....	4
II. Keine Pflicht zur Rückerstattung	4
1. Ablehnung der vertraglichen Rückerstattungspflicht aus Art. 12 BRAG i.V.m. Art. 112 OR.....	4
2. Ablehnung der gesetzlichen Rückerstattungspflicht aus Art. 12 BRAG i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR.....	5
B. Dokumentenvorlage	6
I. Vertrag	6
1. Relevanz	6
1.1 Vertragskonforme Glaszusammensetzung	6
1.2 Toleranzmarge.....	7
1.3 Kein aktuelles und praktisches Interesse.....	8
2. Gleichbehandlung.....	9
II. E-Mail-Korrespondenz	10

C. Werklohnforderung	12
I. Keine vertragliche Abnahme gemäss Art. 8.3 BRAG	12
II. Fälligkeit.....	13
1. Vorrang vertraglicher Vereinbarungen	13
2. Unzulässigkeit vorgezogener Fälligkeit	14
3. Eventualiter Einwand gemäss Art. 82 OR	15
III. Verzug.....	16
IV. Ergänzungen.....	16
D. Gutheissung der Widerklage.....	16
I. Vertragliche Beendigungsgründe.....	16
II. Gesetzliche Beendigungsgründe	17
1. Rücktritt wegen grober Mängel (Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 368 Abs. 1 OR analog) 17	
1.1 Rücktritt vor Ablieferung wegen Werkmängel.....	17
1.2 Kein Ausschluss des Rücktritts durch Art. 366 Abs. 2 OR.....	17
1.3 Ergänzungen zu Art. 368 Abs. 1 OR.....	19
2. Rücktritt wegen Verzug	19
2.1 Verzug im Terminplan gemäss Annex II.....	19
2.2 Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR.....	20
3. Eventualiter Wandelung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR.....	20

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD / KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006.
(zit. BERGER/KELLERHALS, S. y, N z)
[Rz. 7, 17, 50]
- BRINER HANS, Das Baugrundrisiko, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, S. 225 ff.
(zit. BRINER, S. y)
[Rz. 90]
- BÜHLER NOTE M., Non-payment of the advance on costs by the respondent party – is there really a remedy?, in: ASA Bulletin 2006, S. 291 ff.
(Zit. BÜHLER, S. y)
[Rz. 26]
- BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband 2d: Der Werkvertrag: Art. 363 – 379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998.
(zit. ZK – BÜHLER, Art. x, N z)
[Rz. 90, 93, 94]
- FAVRE-BULLE XAVIER, Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie, in: ASA Bulletin 2001, S. 227 ff.
(Zit. FAVRE-BULLE, S. y)
[Rz. 18, 21]
- GABRIEL SIMON / WICKI JODOK, Vorvertragliche Schiedszuständigkeit, in: ASA Bulletin 2009, S. 236 ff.
(zit. GABRIEL/WICKI, S. y)
[Rz. 4]
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011.
(zit. GAUCH, N z)
[Rz. 94, 99]

- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008.
(zit. GAUCH/SCHLUEP, N z)
[Rz. 12, 46, 66, 67, 75]
- GIRSBERGER DANIEL / GABRIEL SIMON, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht, in: GAUCH PETER / WERRO FRANZ / PICHONNAZ PASCAL (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich/Basel 2008.
(zit. GIRSBERGER/GABRIEL, S. y)
[Rz. 3, 4]
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010.
(zit. HONSELL, OR BT, S. y)
[Rz. 90]
- HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. / BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1 – 200 IPRG, 2. Aufl., Basel 2007.
(zit. BSK IPRG – BEARBEITER/IN, Art. x, S. y, N z)
[Rz. 28]
- HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
(zit. BSK OR I – BEARBEITER/IN, Art. x, N z)
[Rz. 73, 75, 82, 87, 89, 93, 94, 97]
- KNELLWOLF MARKUS, Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, in: BERTI STEPHEN / KNELLWOLF MARKUS / KÖPE KAROLY CHRISTIAN / WYSS MARTIN (Hrsg.), Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 1991, S. 45 ff.
(Zit. KNELLWOLF, S. y)
[Rz. 5, 25]

- KOLLER ALFRED, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Der Werkvertrag, 2. Abteilung: die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband. 1. Unterteilband: Der Werkvertrag, Art. 363 – 366 OR, Bern 1998.
(zit. BK-KOLLER, Art. x, N y)
[Rz. 90, 94]
- KRAPFL CLAUDIA, Die Dokumentenvorlage im internationalen Schiedsverfahren, in: LABES HUBERTUS W. (Hrsg.), Schriftenreihe der August Maia Berges Stiftung für Arbitrales Recht, Frankfurt am Main 2007, S. 251 ff.
(zit. KRAPFL, S. y)
[Rz. 46]
- RAESCHKE-KESSLER HILMAR, Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.), Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Köln/Berlin/Bonn/München 2001, S. 54 ff.
(zit. RAESCHKE-KESSLER, S. y)
[Rz. 42, 43, 45]
- RÜEDE THOMAS / HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., inkl. Supplement zur 2. Aufl. (1999), Zürich 1993.
(zit. RÜEDE/HADENFELDT, S. y)
[Rz. 5]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009.
(zit. SCHWENZER, N z)
[Rz. 22]
- SIEBER PHILIPP, Respondent's Refusal to Pay the Advance on Costs: the Contractual and the Procedural Approach, in: FAVALLI DANIELE / FAVRE-BULLE XAVIER / FURRER ANDREAS / GIRSBERGER DANIEL / HABEGGER PHILIPP / KILLIAS LAURENT / MÜLLER CHRISTOPH / PATOCCHI MICHELE / WEBER-STECHER URS (Hrsg.), Selected Papers on International Arbitration 2011, S. 41 ff.
(zit. SIEBER, S. y, N z)
[Rz. 5, 14, 21]

- STACHER MARCO, Art. 41, in: ZUBERBÜHLER TOBIAS / MÜLLER CHRISTOPH / HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Zürich/Basel/Genf 2005.
(zit. SR – C, STACHER, S. y, N x)
[Rz. 24]

- STACHER MARCO, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Zürich 2006.
(zit. STACHER, N x)
[Rz. 4]

Urteilsverzeichnis

A. Bundesgerichtsentscheide

- BGE 69 II 243 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Juni 1943
[Rz. 67]
- BGE 84 II 645 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Dezember 1958
[Rz. 66]
- BGE 98 II 118 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. April 1972
[Rz. 93, 94]
- BGE 101 II 168 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. März 1975
[Rz. 5]
- BGE 110 II 141 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Mai 1984
[Rz. 67]
- BGE 115 II 50 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. März 1989
[Rz. 94]
- BGE 116 Ia 56 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. März 1990
[Rz. 5]
- BGE 119 II 135 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. Januar 1993
[Rz. 67]

BGE 126 III 230 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. März 2000
[Rz. 90]

BGer 4P.23/2006 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. März 2006
[Rz. 28]

BGer 4A.209/2007 Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. September 2007
[Rz. 66]

B. Schiedsgerichtsentscheide

Zwischenentscheid Nr. 11405 Zwischenentscheid vom 26. März 2002 in ICC – Entscheidung Nr. 11405, publ. in: ASA Bulletin 2006, S. 291 ff.
[Rz. 6]

Teilentscheid Nr. 12491 Teilentscheid Nr. 2 vom 1. Juni 2004 in ICC – Entscheidung Nr. 12491, publ. in: ASA Bulletin 2006, S. 291 ff.
[Rz. 7, 26]

Teilentscheid Nr. 17050 Teilentscheid vom 12. November 2010 in ICC – Entscheidung Nr. 17050, publ. in: ASA Bulletin 2011, S. 634 ff.
[Rz. 15]

Schiedsgerichtsurteil vom 14. 6. 2003 Schiedsgerichtsurteil vom 14. Juli 2003 in Sachen Dr. Cyrill Jeger
[Rz. 28]

A. Kostenvorschuss

I. Widerlegung der Pflicht zur Kostenvorschusszahlung

1. Einleitung

- 1 Um allfälligen Missverständnissen aus dem Weg zu gehen, ist es der beklagten Partei ein Anliegen, der Klägerin einleitend mitzuteilen, dass diese die Durchführung des Schiedsverfahrens nicht grundsätzlich verhindern möchte.
- 2 Folglich wird lediglich aufgezeigt, weshalb sie mit der Höhe bzw. der hälftigen Teilung des Kostenvorschusses nicht einverstanden ist. Eine prinzipielle Teilnahmeverweigerung oder Vereitelung des Schiedsverfahrens kann ihr somit nicht entgegengehalten werden.

2. Keine vertragliche Kostenvorschusspflicht

2.1 Aus der Schiedsvereinbarung

- 3 Die Klägerin beschränkt ihr Begehren zur Zahlung des Kostenvorschusses seitens der Beklagten auf eine vertraglich begründete Leistungspflicht (Klageschrift Moot Court Team 10 (KS) Rz. 1). Somit muss zuerst die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung festgelegt werden, da diese Auswirkungen auf die Rechtsanwendung hat (GIRSBERGER/GABRIEL, S. 822).
- 4 Es ist umstritten, ob sich die Vertragsparteien aufgrund des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung gegenseitig vertraglich verpflichten den Kostenvorschuss zu leisten (STACHER, N 322). Heutzutage wird jedoch die Meinung, wonach die Schiedsvereinbarung prozessrechtlich zu qualifizieren sei, stärker vertreten (vgl. GABRIEL/WICKI, S. 240). Grund dafür ist, dass ein Vertrag demjenigen Rechtsgebiet einzuordnen ist, in welchem er seine Hauptwirkungen entfaltet. Bei der Schiedsvereinbarung liegt die Hauptwirkung im Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit. Dieser Ausschluss unterliegt dem anzuwendenden Prozessrecht, ergo unterliegt die Schiedsvereinbarung dem Prozessrecht und ist somit prozessualer Natur (GIRSBERGER/GABRIEL, S. 820).
- 5 Mit dieser Ansicht folgt die Beklagte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung (vgl. BGE 101 II 168, E. 1; BGE 116 Ia, 56, E. 3.a; RÜEDE/HADENFELDT, S. 46). Die Schiedsvereinbarung bringt somit keine einklagbaren und erzwingbaren materiellrechtlichen Pflichten mit sich (KNELLWOLF, S. 46; SIEBER, S. 66, N 110).
- 6 *Die Schiedsvereinbarung ist prozessrechtlicher Natur und begründet somit keine vertragliche Pflicht zur Bezahlung des Kostenvorschusses (vgl. Zwischenentscheid, Nr. 11405).*

2.2 Aus den Swiss Rules

- 7 Die Folgen der Nichtleistung des Kostenvorschusses können die Parteien frei unter sich regeln, welche sich auch aus dem Verweis auf eine Schiedsordnung ergeben können (BERGER/KELLERHALS, S. 435, N 1448 f.). Die Swiss Rules (SR) regeln in Art. 41 Abs. 4, dass das Gericht im Falle der Nichtleistung des Kostenvorschusses innert 30 Tagen nach Erhalt der Aufforderung, dies den Parteien mitzuteilen hat, damit die zahlende Partei allenfalls die Möglichkeit ergreifen kann, den Kostenvorschuss für die andere Partei zu übernehmen. Andernfalls, also im Falle, dass niemand zahlt, kann das Schiedsgericht das Verfahren unterbrechen oder einstellen. I.c. wurde die Schiedsordnung der SR durch den Verweis in Art. 12.1 BRAG zur Parteivereinbarung, womit die Folgen bei der Nichtzahlung klar festgelegt wurden (vgl. Teilentscheid Nr. 12491).
- 8 Die Klägerin bringt in ihrer Klage hervor, dass die Zahlung des Kostenvorschusses eine Voraussetzung für die Durchführung des Schiedsverfahrens darstellt (vgl. KS Rz. 5). Durch die in Art. 41 Abs. 4 SR statuierte Leistungsalternative wird jedoch ersichtlich, dass es für das Schiedsgericht keine Rolle spielt, wie die Zahlung zu Stande kommt. Voraussetzend für das Schiedsverfahren ist letztlich lediglich, dass das Schiedsgericht die gesamte Summe des Kostenvorschusses erhält, gleichgültig, ob die Zahlung hälftig erfolgt ist. Somit hängt das Zustandekommen des Schiedsverfahrens sowohl von der Beklagten, als auch von der klägerischen Partei ab. Die Klägerin nimmt es somit in Kauf, dass das Schiedsverfahren nicht stattfindet, falls sie den Kostenvorschuss nicht übernimmt.

2.3 Ablehnung des unechten Vertrags zu Gunsten Dritter

- 9 Wie bereits erläutert, ist die Schiedsvereinbarung in Art. 12 BRAG prozessualer Natur (vgl. Klageantwort Moot Court Team 5 (KA) Rz. 4 ff.). Ergo kann es sich dabei nicht um einen unechten Vertrag zu Gunsten Dritter handeln, da keine materiell-rechtlichen Pflichten entstehen (vgl. Art. 1 OR).
- 10 Der unechte Vertrag zu Gunsten Dritter ist in Art. 112 OR geregelt. Diese Regelung im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts tritt im Verhältnis zur Vereinbarung zurück. Da sich die Parteien auf die SR geeinigt haben, sind die Folgen der Nichtleistung gemäss Art. 41 Abs. 4 SR einschlägig.
- 11 Im Falle dass das Schiedsgericht der Schiedsvereinbarung sowohl materiell-rechtliche als auch prozessuale Elemente zuspricht, wäre die Pflicht zur Bezahlung des Kostenvorschusses vertraglichen Charakters und könnte nur so einen unechten Vertrag zu Gunsten Dritter verkörpern.

- 12 Bei einem unechten Vertrag zu Gunsten Dritter steht einzig der Promissarin ein Forderungsrecht zu. Die Gläubigerin kann die Leistung jedoch nur an Dritte verlangen, nicht aber an sich selbst (vgl. GAUCH/SCHLUEP, N 3884). Der Dritte hat dabei die Stelle eines Begünstigten und kann die Forderung somit nicht durchsetzen. I.c. verkörpert das Schiedsgericht der Dritte und ist somit Begünstigter, weshalb es ihm nicht gestattet ist, die Leistung einzufordern. Die Klägerin befindet sich in der Position der Promissarin, weshalb sie die Möglichkeit gehabt hätte, die Leistungsdurchsetzung zu verlangen. Dies hat sie jedoch nicht explizit getan, ergo hat sie ihr Forderungsrecht nicht geltend gemacht (vgl. KS Rz. 10).
- 13 *Die Qualifikation der Schiedsvereinbarung zur Zahlung des Kostenvorschusses als unechter Vertrag zu Gunsten eines Dritten wird aufgrund seiner materiell-rechtlichen Natur abgelehnt. Falls das Schiedsgericht der Schiedsvereinbarung materiell-rechtlichen Charakter zusprechen würde, kann die Klägerin die Forderung mangels Geltendmachung des Forderungsrechts nicht durchsetzen.*

3. Berechtigte Zahlungsverweigerung durch die Beklagte

3.1 Überhöhter und ungerechtfertigter Kostenvorschuss

- 14 Wie die Klägerin in KS Rz. 19 richtigerweise feststellt, ist es ungeklärt, ab wann eine Forderung offensichtlich überhöht ist (SIEBER, S. 57, N 57). Ebenfalls in KS Rz. 19 sieht die Klägerin ein, dass im Falle einer missbräuchlichen oder deutlich übertrieben hohen Klage die andere Partei nicht verpflichtet werden kann, den Kostenvorschuss zu bezahlen (SIEBER, S. 56, N 55), da aus einer solchen Klage auch immer ein überhöhter und unhaltbarer Kostenvorschuss folgt (SIEBER, S. 67, N 56).
- 15 Die Klägerin impliziert damit, dass es verboten ist, absichtlich eine überhöhte Forderung einzuklagen, um der anderen Partei mit dem ungerechtfertigt hohen Kostenvorschuss Schaden zuzufügen. In KS Rz. 18 zeigt sie auf, dass gemäss Lehre und Rechtsprechung Ausnahmen bestehen, bei denen eine Partei von ihrer Leistungspflicht befreit werden kann, sofern sie dies nach Art. 8 ZGB beweisen kann (Teilentscheid Nr. 17050). I.c. kann die Beklagte darlegen, dass die Inbetriebnahme der Glasbrecheranlage nicht stattgefunden hat (vgl. KA Rz. 57 ff.). Ergo hat die Klägerin keinen Anspruch auf Entlohnung und die Beklagte wird den Ausnahmeanforderungen gerecht.
- 16 *Die Klägerin hat eine überhöhte und ungerechtfertigte Klageforderung gestellt, und somit den Streitwert künstlich erhöht. Der Streitwert der Klage kann höchstens CHF 700'000.- betragen (vgl. Schreiben über den Kostenvorschuss vom 13.09.2011), ergo sind die CHF 3'500'000.- künstlich hochgetrieben worden und die Zahlungsverweigerung der Beklagten berechtigt.*

3.2 Eventualiter Anspruch auf separate Kostenvorschüsse

- 17 Falls das Schiedsgericht die Klageforderung nicht als überhöht oder ungerechtfertigt empfindet, verlangt die Beklagte eine separate bzw. nicht hälftige Aufteilung des Kostenvorschusses. Die Verteilung der Kostenvorschüsse auf die Parteien erfolgt gemäss Parteivereinbarung (vgl. KS Rz. 23). Der Verweis auf eine Schiedsordnung kann eine solche Vereinbarung sein (BERGER/KELLERHALS, S. 343, N 1446).
- 18 Art. 41 Abs. 1 SR schreibt vor, dass die Parteien den Kostenvorschuss zu gleichen Anteilen bezahlen müssen. Die hälftige Teilung ist jedoch kein allgemein anerkanntes und unveränderliches Prinzip (FAVRE-BULLE, S. 240). Das Schiedsgericht kann, gemäss Art. 41 Abs. 2 SR im Falle der Widerklage oder wenn es den Umständen angemessen ist separate Kostenvorschüsse nach freiem Ermessen festsetzen. Die Klägerin sieht dies in KS Rz. 23 ein, wobei sie darauf hinweist, dass es sich dabei nur um seltene Fälle handelt.
- 19 I.c. hat die Beklagte Widerklage erhoben. Ausserdem liegt ein solcher seltener Fall vor, in dem nach freiem Ermessen separate Kostenvorschüsse festgelegt werden, da es sich um ein unbrauchbares Werk handelt. Wenn dies keiner dieser seltenen Fälle verkörpert, wäre dieser Ausnahmetatbestand obsolet. Auf das in KS Rz. 24 genannte Argument der Klägerin, wonach der Zweck von separaten Kostenvorschüsse nur zum Schutz der Interessen der zahlungswilligen Partei stehe, ist aufgrund fehlender Quellenangabe nicht weiter einzugehen.
- 20 *Die Beklagte hat Anspruch auf einen, dem Widerklagewert separat aufgeteilten Kostenvorschuss, in concreto 7/8 für die Klägerin und 1/8 für die Beklagte aus CHF 4'000'000.-.*

II. Keine Pflicht zur Rückerstattung

1. Ablehnung der vertraglichen Rückerstattungspflicht aus Art. 12 BRAG i.V.m. Art. 112 OR

- 21 Wie bereits oben ausgeführt, hat die Schiedsvereinbarung gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts prozessualen Charakter, aus welcher somit keine Pflichten und Rechte abzuleiten sind. Die Klägerin, welche entgegen der Meinung des Bundesgerichts der Schiedsvereinbarung vertraglichen Charakter zuweist, interpretiert aus Art. 41 Abs. 4 SR einen Rückerstattungsanspruch, für den Fall, dass die Klägerin den Kostenvorschuss für die Beklagte vorschiesse würde (KS Rz. 32). Wie sie jedoch in KS Rz. 32 selbst einsieht, ist dieser Rückerstattungsanspruch in den SR nicht erwähnt. Der Kostenvorschuss kann nur mittels Anordnung vorsorglicher Massnahmen zurückerstattet werden, welche einen irreparablen Nachteil und Dringlichkeit voraussetzen (SIEBER, S. 61, N 80; FAVRE-

BULLE, S. 238). Da die Klägerin das Gericht jedoch nicht um die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ersucht hat, fällt diese einzige Möglichkeit weg.

22 Auch wenn das Schiedsgericht der Schiedsvereinbarung materiell-rechtlichen Charakter zusprechen würde, wird der Rückerstattungsanspruch aus Art. 12 BRAG i.V.m. Art. 41 Abs. 1 SR i.V. m. Art. 112 Abs. 1 OR abgewiesen, da gemäss Lehre der Widerruf der Drittbegünstigungsklausel eine Vertragsänderung impliziert. Ein Vertrag kann nur unter Einverständnis der Promittentin abgeändert werden (SCHWENZER, N 86.20). Da die Beklagte ihre Zustimmung nicht erteilt hat, kann die Klägerin keine Leistung an sich selbst verlangen.

23 *Die Klägerin hat das Schiedsgericht weder um die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ersucht, noch hat sie ein Einverständnis zur Vertragsänderung von der Beklagten eingeholt. Der Rückerstattungsanspruch aus Art. 12 BRAG ist abzuweisen.*

2. Ablehnung der gesetzlichen Rückerstattungspflicht aus Art. 12 BRAG i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR

24 Die Klägerin verlangt in KS Rz. 33 von der Beklagten die Rückerstattung des Kostenvorschusses in Form von Schadenersatz, sofern die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR vorliegen. Im Folgenden wird demonstriert, dass es mangels Vorliegen zweier ausschlaggebenden Voraussetzungen am Rückerstattungsanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR scheitert. Vorwegzunehmen ist noch, dass die SR sich nicht darüber äussern, ob eine Klage zum Rückerstattungsanspruch überhaupt existiert (SR – C, STACHER, S. 346, N 19).

25 Da es sich bei der Schiedsvereinbarung um ein Geschäft des Prozessrechts handelt, entstehen keine materiell-rechtlichen Konsequenzen (vgl. KA Rz. 6; KNELLWOLF, S. 45). Demnach kann der Beklagten mangels vertraglicher Pflicht keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden.

26 Bei der Prüfung eines allfälligen Rückerstattungsanspruchs handelt es sich um eine völlig hypothetische Situation, welche sich noch in keiner Hinsicht verwirklicht hat. Die Klägerin lässt den Umstand völlig ausser Acht, dass sie den Kostenvorschussanteil der Beklagten noch gar nicht bezahlt hat. Es ist somit kein Schaden entstanden (vgl. Teilentscheid Nr. 12491; BÜHLER, S. 298). Da die Klägerin keinen Anspruch für einen allfällig hypothetischen Schaden gestellt hat, ist der Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR mangels Vorliegen eines tatsächlichen Schadens abzulehnen.

27 *Da die Voraussetzungen mangels Vertragsverletzung und aufgrund fehlendem Schaden nicht erfüllt sind, steht der Klägerin kein Rückerstattungsanspruch des Kostenvorschusses in Form von Schadenersatz gemäss Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m Art. 12 BRAG zu.*

B. Dokumentenvorlage

I. Vertrag

1. Relevanz

1.1 Vertragskonforme Glaszusammensetzung

- 28 Bewiesen werden müssen nur strittige Tatsachen (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184, S. 1630, N 6 ff.). Das Schiedsgericht kann eine antizipierte Beweiswürdigung vornehmen und somit den rechtserheblichen Sachverhalt festlegen bzw. beschränken (BGer 4P_23/2006, E. 3.1; Schiedsgerichtsurteil vom 14. 6. 2003, E. 23). Zwar behauptet die Klägerin, dass bei den beiden Inbetriebnahmeversuchen während den Warmtests eine falsche Glaszusammensetzung benutzt wurde (vgl. KS Rz. 45), doch kann dies mittlerweile auch ohne den Vertrag zwischen der Widerklägerin und dem Glaslieferungsunternehmen widerlegt werden (vgl. KA Rz. 29 ff.). Somit braucht es diesen weder um den Mangel der Maschine darzulegen noch um die Werklohnverweigerung zu rechtfertigen (vgl. KS Rz. 42). Die Beklagte pflichtet der Klägerin in der Anwendung der IBA – Rules zur Auslegungshilfe bei (vgl. KS Rz. 50).
- 29 Bereits beim ersten Inbetriebnahmeversuch hätte eine derart massive Verbeulung, welche zu einer Funktionsuntüchtigkeit der gesamten Maschine geführt hat, nicht geschehen dürfen (vgl. K – 2). Dafür war die minime Abweichung des Glasstückes von den vertraglich vorgeschriebenen Massen zu geringfügig. Dies hat die Klägerin auch eingesehen und die Reparaturen in die Wege geleitet (vgl. K – 2). Gemäss Annex III 5.2.1 hat der Auftragnehmer alle Schritte zu unternehmen, um die Ursachen für das Versagen zu beheben, falls der Test aus Gründen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, scheitert. I.c. hat die Klägerin die Reparaturen vorgenommen und als diese fertig waren den zweiten Test verlangt. Ergo war sie sich bewusst, dass die Maschine nicht wegen eines leicht zu grossen Glasstückes defekt ging, sondern der Fehler an einem Mangel der Maschine lag.
- 30 Als beim zweiten Inbetriebnahmeversuch am 28. November 2010 zunächst alles gut lief, dachte man, der Mangel sei behoben und die Maschine funktioniere nun einwandfrei. Daraufhin entschieden Herr Fuchs und Herr Kummer gemeinsam, dass Herr Fuchs die zweite Hälfte des Tests alleine durchführen sollte. Die erneuten Störungen in der Nacht weisen allerdings wieder darauf hin, dass die konzipierte Maschine doch noch Mängel aufwies und deshalb nicht die versprochene Leistung erbringen konnte (vgl. B – 1). Dies liegt nicht, wie Herr Kummer vermutet, an der falschen Glaszusammensetzung, sondern viel mehr daran, dass die Maschine aufgrund elementarer Mängel keine kontinuierliche Leistung über 8 Stunden erbringen konnte (vgl. K – 2; B – 1; KA Rz. 57 ff.). Herr Kummer war zu Beginn des Tests

anwesend und konnte sich selbst von der richtigen Glaszusammensetzung überzeugen. Dieses Glas wurde weiterhin die ganze Nacht hindurch verwendet. Die Beklagte hätte mit der Klägerin keinen Vertrag unterschrieben, wenn die vertraglich vereinbarte Glasmischung nicht derjenigen entsprechen würde, welche die Brunner Recycling AG auch seit Jahren verwendet. Eine Maschine, welche nur eine andere Glasmischung verarbeiten kann, wäre für die Beklagte nicht brauchbar und ökonomisch betrachtet sinnlos.

- 31 Das Scheitern des zweiten Tests zeigt die fehlende Leistungskapazität der Maschine auf und nicht eine vertragswidrige Glaszusammensetzung (vgl. KS Rz. 45). Da die Glaszusammensetzung von Anfang an vertragskonform war, hatte die Klägerin keine Anhaltspunkte dafür, die Zusammensetzung beim zweiten Inbetriebnahmeversuch anzuzweifeln (vgl. KS Rz. 47; Verfahrensbeschluss Nr. 4, Rz. 4).
- 32 Die Beklagte hat sich in keinem Zeitpunkt gegen eine Instruktionsanweisung von Herrn Kummer gestellt. Dennoch hat die Maschine mit einer Durchschnittsleistung von 3,7 Tonnen pro Stunde die vertraglichen Leistungen bei weitem nicht erfüllt (vgl. B – 2; KA Rz. 58 ff.).
- 33 *Die Beklagte hat die Klägerin von Anfang an über die Beschaffenheit des ihr gelieferten Glases in Kenntnis gesetzt. Die Vertragsverhandlungen beruhten auf dieser Glaszusammensetzung und sie wurde auch bei allen Inbetriebnahmeversuchen benutzt. Die Verwendung einer falschen Glaszusammensetzung ist zu verneinen und ist gegen die ökonomischen Interessen der Beklagten.*

1.2 Toleranzmarge

- 34 Die Behauptung der Klägerin, die Maschine wurde mit einer vertragswidrigen Glaszusammensetzung gespiesen, beruht auf dem ersten Inbetriebnahmeversuch, bei dem ein *grosses, sperriges Eisenglasstück* den Dosierrichter verstopfte und unbrauchbar machte. Dieses Glasstück wies die Masse 1,6 x 0,3 x 0,3 m auf, was der vertraglichen Vorschrift von 1,5 x 0,5 x 0,2 m nur in sehr geringfügigem Masse nicht entspricht (vgl. Annex III 6.1 i.V.m. K – 2). Mit einer minimalen Abweichung eines Glasstückes muss ein Unternehmen wie die Bietmann Industrieanlagen AG, welche auf die Montage, Inbetriebnahme und Umbau von Recycling- und Sortieranlagen spezialisiert ist, rechnen. Es kann somit keinesfalls von einer vertragswidrigen Glaszusammensetzung die Rede sein, wie dies die Klägerin aufführt (vgl. KS Rz. 45).
- 35 Die in Annex III 6.1 angegebene Maximalgrösse ist pro Glasstück angegeben. Da die Maschine allerdings darauf spezialisiert ist, die Glasstücke von magnetischem Metall und Plastik zu trennen, muss damit gerechnet werden, dass diese Materialien zum Glas dazukommen und die Grösse somit etwas variieren kann. Zudem kann es nicht sein, dass sich ein Dosierrichter

von einem Eisenglasstück derart demolieren lässt, obwohl nach dem Konzept der Maschine das Eisen erst nach dem Brechen auf dem Förderband herausgenommen wird (vgl. Einleitungsanzeige Nr. 4).

- 36 Die Anlagen müssen so gebaut werden, dass sie auch bei geringfügigen Abweichungen noch ihre volle Leistung erbringen können. Es kann nicht mit einer 100% Übereinstimmung des vorgeschriebenen Glases gerechnet werden. Dies bestätigte auch die Aussage des betroffenen Glassammlungsunternehmens, wonach mit einer gewissen, geringfügigen Fehlerquote zu rechnen ist (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 4, Rz. 4).
- 37 Insbesondere darf es bei einer einwandfrei funktionierenden Maschine auch nicht sein, dass ein Glasstück mit einer Abweichung von 0,1 x 0,0 x 0,1 m den gesamten Dosierrichter verstopft und ihn so verbeult, dass dies zum Scheitern des Inbetriebnahmeversuches führt (vgl. K – 2 i.V.m. Annex III 6.1). Die Unfähigkeit der Maschine, eine minime Abweichung vom Soll-Zustand des Glases zu meistern, zeigt ihren grundlegenden konzeptionellen Mangel auf (vgl. KA Rz. 60).
- 38 Die Klägerin bemängelt zudem, dass das durchschnittliche Gewicht beim ersten Inbetriebnahmeversuch nicht eingehalten wurde (vgl. KS Rz. 47). Doch kann bei der kurzen Testdauer noch gar nicht wirklich von einem Durchschnittsgewicht gesprochen werden, da die Inbetriebnahme bereits kurz nach dem Beginn abgebrochen werden musste. Zudem war es nicht das Gewicht des Glases, sondern die Grösse des Eisenglasstückes, welche zum Verbeulen des Dosierrichters führte (vgl. K – 2).
- 39 *Die Unterbrechung des ersten Inbetriebnahmeversuches durch ein sperriges Glasstück weist wegen seiner geringfügigen Abweichung nicht auf eine falsch benutzte Glasmischung zur Speisung der Maschine hin, sondern vielmehr auf eine Fehlkonstruktion seitens der Klägerin. Es muss und darf mit einer Toleranzmarge der Verarbeitungsfähigkeit einer Glasbrecheranlage gerechnet werden.*

1.3 Kein aktuelles und praktisches Interesse

- 40 Nach den beiden fehlgeschlagenen Inbetriebnahmeversuchen und nachdem die Beklagte die Mängel mehrmals genau bezeichnet und gerügt hat (vgl. B – 2), sah sie sich gezwungen, eine andere Lösung zu suchen. Um der Klägerin bei der Vertragsauflösung entgegen zu kommen, hat die Beklagte die fehlerhafte Maschine bereits abgebaut und zur Abholung bereitgestellt. Die Beklagte erachtet das Vertragsverhältnis als beendet und legt Wert auf ein reibungsloses Rückabwicklungsverhältnis (vgl. B – 2).
- 41 Zudem ist es anhand der Geschehnisse und des Verhaltens der Klägerin deutlich geworden, dass das Scheitern der Versuche nicht auf eine falsche Glaszusammensetzung, sondern auf

grundlegende konzeptionelle Mängel der Maschine zurückzuführen ist (vgl. KA Rz. 57 ff.). Es gibt keine Anhaltspunkte für die Klägerin, die Glaubwürdigkeit der Beklagten anzuzweifeln (vgl. KS Rz. 57).

42 Es fehlt somit an einem aktuellen und praktischen Interesse für die Herausgabe des Vertrages zwischen der Beklagten und dem Glaslieferungsunternehmen. Dadurch mangelt es an der Erheblichkeit und der Wesentlichkeit gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a IBA – Rules. Danach muss ein Beweis nicht mehr erbracht werden, wenn die behauptete Tatsache bereits durch andere Vorlagen überzeugt bzw. irrelevant ist (vgl. RAESCHKE-KESSLER, S. 60).

43 *Es verstiesse gegen den Massstab der Verhältnismässigkeit, wenn die Beklagte nach dem jetzigen Stand der Dinge noch den Vertrag vorbringen müsste (vgl. RAESCHKE-KESSLER, S. 60).*

2. Gleichbehandlung

44 Auch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch lag die Durchschnittsleistung bei 3,7 Tonnen pro Stunde, was bei weitem nicht der vertraglich vorgesehenen Leistung entspricht (vgl. B – 1). Da die Klägerin auf alle Mahnungen der Beklagten nicht reagiert hat und sie auch weit hinter dem vertraglich festgelegten Zeitplan lag (vgl. Annex II i.V.m. B – 1), ist es ihr nicht vorzuwerfen, dass sie sich nach neuen Lösungen umgeschaut hat und den Vertrag beenden wollte. Alles spricht für eine fehlerhaft konzipierte Maschine (vgl. KA Rz. 59 ff.). Es wäre damit gegen die Prozessökonomie gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. g IBA – Rules, wenn dennoch der Vertrag ausfindig gemacht werden müsste.

45 Obwohl sich die Waffengleichheit im genannten Artikel hauptsächlich aus den gegenseitig vorzulegenden Dokumenten ergibt (vgl. RAESCHKE-KESSLER, S. 61), wäre sie bei einer allfälligen Vorlegung des Vertrages nicht mehr gegeben. Denn die Möglichkeit, anhand eines Expertengutachtens zu beweisen, dass die Maschine an grundlegenden konzeptionellen Mängeln litt, ist nicht mehr möglich, da die Maschine bereits abgebaut wurde. Der Abbau geschah jedoch aus gutgläubigen, entgegenkommenden Gründen und nicht zur Erschwerung von Beweisen (vgl. Einleitungsanzeige Nr. 14). Deshalb kann dies der Beklagten nicht vorgeworfen werden.

46 Mit der Zusage von Herrn Fuchs an Herrn Kummer, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen, wollte die Beklagte bloss den sehr aufgebrachten Herrn Kummer beschwichtigen. Diese Aufregung war ihm nicht zu verübeln, zumal seine Maschine auch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch die versprochene Leistung keineswegs erfüllte. Nachdem sich die Klägerin allerdings sehr unkooperativ zeigte und auch auf die Mahnungen nicht reagiert hat, sieht die Beklagte keinen Grund mehr, weshalb sie den Vertrag immer noch vorlegen sollte (vgl. B – 2; Verfahrensbeschluss Nr. 4, Rz. 11). Für das Zustandekommen eines Vertrages

- braucht es nach Art. 1 Abs. 1 OR die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien. Hierbei kommt es auf den wirklichen Willen der Parteien an (vgl. GAUCH/SCHLUEP, N 309). Die Beklagte wollte sich in keinem Zeitpunkt mit dieser Aussage rechtlich binden und erachtete die Zusage als blosser Gefälligkeit (vgl. GAUCH/SCHLUEP, N 353a). Der Klägerin ist zuzumuten, dass sie dies auch so verstanden hat. Zumal der Zweck des Vertrages die Herstellung einer funktionstüchtigen Maschine ist und nicht das Herausfinden einer Glaszusammensetzung (vgl. GAUCH/SCHLUEP, N 353b). Deshalb wurde diese Aussage nicht Bestandteil des Vertrages (vgl. KS Rz. 42). Die Einwendungen gegen das Vorlageverlangen gemäss Art. 9 Abs. 2 IBA – Rules stehen jedem Betroffenen offen (vgl. KRAPFL, S. 257 f.). Zudem verstösst es gegen die Gleichbehandlung der Parteien und gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens von Art. 9 Abs. 2 lit. g und Art. 9 Abs. 3 lit. e IBA – Rules.
- 47 Auch zu erwähnen ist, dass beide Protokolle über die Inbetriebnahmeversuche von der Klägerin geschrieben wurden (vgl. K – 2; B – 1 Kopfzeile). Sie sind deshalb subjektiv verfasst worden und stellen die Brunner Recycling AG schlechter dar als die Bietmann Industrieanlagen AG. So könnte es beim blossen Durchlesen der Protokolle durchaus den Schein erwecken, die Brunner Recycling AG habe tatsächlich falsches Glas verwendet und die Bietmann Industrieanlagen AG habe nichts falsch gemacht. Tatsächlich waren sie sich ihren Fehlern durchaus bewusst, sonst hätten sie ja nicht wie bereits dargelegt die Maschine repariert und später nicht mehr auf die Einigungsversuche der Beklagten reagiert (vgl. K – 2; B – 2; Verfahrensbeschluss Nr. 4, Rz. 11). Die Beklagte war jeweils etwas skeptisch beim Unterschreiben der Protokolle, doch war es ihr hauptsächlich wichtig, dass hervorging, dass die Maschine die Leistung nicht erbrachte und der Test nicht erfolgreich abgeschlossen wurde.
- 48 Die Beklagte hat nie behauptet, sie wolle den Vertrag wegen Geschäftsgeheimnissen nicht hervorbringen (vgl. KS Rz. 54 ff.). Den Einwand von Art. 9 Ziff. 2 lit. e IBA – Rules macht sie somit nicht geltend. Dies wiederum macht den von der Klägerin beantragten unabhängigen Sachverständigen nach Art. 3 Ziff. 8 IBA – Rules unnötig (vgl. KS Rz. 58).
- 49 *Die Beklagte hat sich nicht vertraglich verpflichtet den Vertrag hervorzubringen. Des Weiteren bringt sie den Einwand von Art. 9 Abs. 2 lit. g IBA – Rules gegen das Vorlegen des Vertrages vor.*

II. E-Mail-Korrespondenz

- 50 In ihrer Klageschrift verlangt die Klägerin die Herausgabe jeglicher E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem erwähnten Glassammelungsunternehmen, damit sie diese durchforschen kann (vgl. KS Rz. 62). Dieses Begehren hat den formellen Mangel, dass es viel

zu gross und ungenau gefasst ist (vgl. BERGER/KELLERHALS, S. 430, N 1217). Bei einem Antrag auf Vorlegung von Dokumenten müssen die Voraussetzungen von Art. 3 IBA – Rules gegeben sein. In Art. 3 lit. a Ziff. ii IBA – Rules wird eine *ausreichend detaillierte Beschreibung einer eng umschriebenen Kategorie von vorzulegenden Dokumenten* gefordert. Mit dem Antrag der Klägerin, *jede E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glassammlungsunternehmen heraus zu verlangen*, ist der Anforderung von Art. 3 lit. a Ziff. ii IBA – Rules nicht Genüge getan.

- 51 Zudem macht die Beklagte den Einwand von Art. 9 Abs. 2 lit. c IBA – Rules geltend. Die Beklagte führt mit dem genannten Glassammlungsunternehmen bereits seit Jahren rege Geschäftsbeziehungen. Es wäre ein unverhältnismässig grosser Aufwand, all diese E-Mails ausfindig zu machen und diese zu übermitteln. Der Klägerin ist somit zu widersprechen, dass es in Kauf zu nehmen sei, eine grosse Anzahl von Dokumenten herauszugeben (vgl. KS Rz. 61). Zudem wäre es eine zu grosse Einmischung in die Geschäftsbeziehung der benannten Parteien.
- 52 Nachdem vorgehend aufgezeigt wurde, dass es nicht mehr notwendig ist, den Vertrag vorzulegen, kann das Gleiche auch für die E-Mail-Korrespondenzen gesagt werden (vgl. KA Rz. 28 ff.). Das Ausfindigmachen der Glaszusammensetzung durch Vertrag oder E-Mail-Korrespondenz wurde gleichzeitig und zusammenhängend angeboten. Genauso wie es für den Vertrag nicht mehr von Relevanz ist, gilt Art. 9 Abs. 2 lit. a IBA – Rules auch für das Vorlegen jeder E-Mail-Korrespondenz.
- 53 Es ist noch darauf hinzuweisen, dass die Klägerin sich in ihren Begehren widerspricht. In KS Rz. 51 behauptet sie, dass die Glaszusammensetzung *einzig* im Vertrag auffindbar sei. Sie verlangt aber dennoch jede E-Mail-Korrespondenz der Klägerin. Auch dieses widersprüchliche Verhalten spricht gegen eine Herausgabe aller E-Mail-Korrespondenzen.
- 54 Auch in Bezug auf die E-Mail-Korrespondenzen behauptet die Klägerin, die Beklagte verzichte auf ihre Verweigerungsrechte (vgl. KS Rz. 63). Naheliegenderweise ist dies auch hier aus den bereits erwähnten Gründen nicht der Fall. Vielmehr ist es bei den verlangten E-Mail-Korrespondenzen noch offensichtlicher, dass dieser Antrag viel zu offen und umfangreich und somit unhaltbar ist.
- 55 *Wegen des formellen Fehlers der ungenauen Antragsstellung, des unverhältnismässigen Aufwandes gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. c IBA – Rules und der fehlenden Relevanz gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a IBA – Rules ist die Beklagte nicht verpflichtet die E-Mail-Korrespondenzen zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen vorzulegen.*

C. Werklohnforderung

I. Keine vertragliche Abnahme gemäss Art. 8.3 BRAG

- 56 Das Werk gilt als abgenommen, wenn der Auftraggeber die Anlage oder Teile davon in Betrieb gesetzt bzw. für andere Zwecke als für die Inbetriebnahme genutzt hat (vgl. Art. 8.3 BRAG).
- 57 Während der Inbetriebnahme sollen Leistungstests zeigen, dass der Betrieb der Anlage möglich ist und die vereinbarten Garantien erreicht werden (vgl. Art. 8.1 BRAG i.V.m. Annex I 1.1). Die Leistungstests bestehen aus je einem kalten und einem warmen Testlauf der Anlage, wobei das ausführende Personal der Beklagten stets von Spezialisten der Klägerin überwacht werden muss (vgl. Art. 8.2 BRAG i.V.m. Annex III 5.2.1). Der Warmtest ist abgeschlossen, wenn mindestens 40 Tonnen Glas eingespeist werden (vgl. Annex I 3.3.1). Ergo dauert ein Warmtest bei einer Durchschnittsleistung von 5 Tonnen pro Stunde 8 Stunden.
- 58 Die Spezialisten der Klägerin verliessen während des zweiten Inbetriebnahmeversuchs (vgl. B – 1) die Anlage bereits nach vier Stunden, so dass höchstens 20 Tonnen Glas verarbeitet wurden und somit kein abgeschlossener Warmtest vorliegt (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 4, Rz. 5; KS Rz. 70). Herr Kummer entfernte sich vom Areal der Recycling AG als die Anlage noch in Betrieb war und verhielt sich vertragswidrig, indem er sich mit Herrn Fuchs einigte, ihm die Überwachung der laufenden Anlage zu überlassen (vgl. B – 1; KS Rz. 70). Auch wenn Herr Fuchs damit einverstanden war, lag es in der Verantwortung von Herrn Kummer, den Inbetriebnahmeversuch zu überwachen. In der Folge kam es zu vermehrten Störungen, welche Herrn Fuchs durch Ab- und Anschalten der Anlage zu bändigen versuchte (vgl. B – 1).
- 59 Von einem selbständigen Betrieb der Anlage durch Herrn Fuchs kann nicht die Rede sein, da das Glasbrechersystem am 29. November 2010 anlässlich des Inbetriebnahmeversuchs in Gang gebracht wurde (vgl. KS Rz. 69; B – 1). Die Glaseinspeisung und die Inbetriebnahme erfolgten somit unter Aufsicht der Klägerin. Zudem ist die neue Recyclinganlage so konzipiert, dass zu keinem Zeitpunkt ein manueller Eingriff benötigt wird (sog. „NO HANDS – Konzept“, vgl. Annex I 1.1). Folglich sind die Störungen, die den Eingriff von Herrn Fuchs notwendig machten, auf grundlegende konzeptionelle Mängel der Anlage zurückzuführen. In Anbetracht der gravierenden Mängel und der nicht erreichten Garantiewerte, ist der Betrieb einer solchen Anlage nicht zumutbar (vgl. K – 2 i.V.m. B – 1). Da sich wesentliche Vorteile, die die neue Technologie der Klägerin verspricht, nicht verwirklicht haben, ist zudem die

Grundfunktion der Anlage beeinträchtigt (vgl. Annex I 1.1 i.V.m. Art. 8.3 BRAG; KS Rz. 71).

- 60 Der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe das Scheitern der Inbetriebnahme aufgrund der Einspeisung einer falschen Glaszusammensetzung zu verantworten, ist unbillig (vgl. KS Rz. 72). Von einer neuen Recyclinganlage im Wert von CHF 4 Millionen kann eine gewisse Toleranzmarge erwartet werden (vgl. KA Rz. 34 ff.). Das eingespiesene Glasstück (1.6 x 0.3 x 0.3 m) weicht nur so minim von den vertraglichen Vorgaben (1.5 x 0.5 x 0.2 m) ab, dass es problemlos hätte verarbeitet werden sollen. Des Weiteren fand die Einspeisung wie bereits erwähnt unter Aufsicht der Klägerin statt, die trotz angeblich falscher Glaszusammensetzung nicht einschritt (vgl. K – 2 i.V.m. KA Rz. 34 ff.). Folglich erkannten selbst ihre Spezialisten nicht, dass es sich bloss um ein leicht zu grosses Glasstück handelte.
- 61 *Herr Fuchs hat die Anlage weder alleine in Betrieb genommen noch für andere Zwecke als für die Inbetriebnahme genutzt, weshalb keine Abnahme gemäss Art. 8.3 BRAG erfolgte. Die Abnahmeverweigerung seitens der Beklagten ist angesichts grundlegender konzeptioneller Mängel, die die Grundfunktion der Anlage beeinträchtigen, gerechtfertigt.*

II. Fälligkeit

1. Vorrang vertraglicher Vereinbarungen

- 62 Die Parteien haben in Art. 4.2.2 BRAG für 90% des Gesamtvertragspreises (CHF 3'600'000) monatliche Ratenzahlungen à CHF 100'000 vereinbart, wobei die Erste zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme fällig wird. Zudem sollen die Raten mit Beginn des 3. Monats um die durch den Betrieb der modernisierten Anlage erzielten Einsparungen erhöht werden (Art. 4.2.3 BRAG).
- 63 Beide Inbetriebnahmeversuche scheiterten, so dass es nie zur Inbetriebnahme gemäss Art. 8.3 BRAG kam (vgl. K – 2 i.V.m. B – 1). Folglich ist noch keine Ratenzahlung fällig geworden, weshalb die Klägerin ihren Werklohn zurzeit nicht einfordern kann (vgl. Art. 4.2.2 BRAG).
- 64 Der BRAG ist ein synallagmatischer Werkvertrag, der für beide Parteien gleichermassen verbindlich ist. Es ist der Klägerin somit verwehrt, einseitig und ohne Vorliegen sachlich gerechtfertigter Gründe von Art. 4 BRAG abzuweichen (vgl. KS Rz. 76). Der von ihr vorgebrachte Grund einer unzumutbaren Belastung aufgrund der langen Abzahlungsdauer rechtfertigt keine Abweichung, da die Klägerin freiwillig und in Kenntnis der Konsequenzen Ratenzahlungen vereinbarte (vgl. KS Rz. 77 f.). Die Tatsache, dass sich die Fälligkeit des Gesamtvertragspreises mangels Anwendbarkeit von Art. 4.2.3 BRAG hinauszögert, wäre ein sachlich

gerechtfertigter Grund, sofern diese nicht selbstverschuldet ist. In Anbetracht, dass die gelieferte Glasbrecheranlage nicht hält was sie verspricht, ist die Klägerin selbst für die Gegenstandslosigkeit von Art. 4.2.3 BRAG verantwortlich (vgl. Annex I 1.1). Die Störungen aufgrund grundlegend konzeptioneller Mängel während der Inbetriebnahmeversuche haben es nämlich nie zu einem selbständigen Betrieb der Anlage durch die Beklagte kommen lassen, so dass die versprochenen Einsparungen von Personal- und Stromkosten sich nicht verwirklicht haben.

65 *Eine Abweichung von Art. 4 BRAG ist sachlich nicht gerechtfertigt. Mangels erfolgreicher Inbetriebnahme der neuen Recyclinganlage gemäss Art. 8 BRAG ist keine der 36 Monatsraten à CHF 100'000 fällig geworden.*

2. Unzulässigkeit vorgezogener Fälligkeit

66 Wie die Klägerin zu Recht festgestellt hat (vgl. KS Rz. 79), spricht sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung gegen die Zulässigkeit einer vorgezogenen Fälligkeit aus (BGer 4A_209/2007, E. 2.2.1; BGE 84 II 645, E. 4). Dennoch versucht sie verzweifelt eine solche herbeizuführen, in dem sie sich die Wahlrechte von Art. 107 ff. OR zu eigen macht (vgl. KS Rz. 82). Diese Rechtsbefehle dienen dem Schutz des Gläubigers im Falle, dass der Schuldner mit seiner Leistung in Verzug gerät (GAUCH/SCHLUEP, N 2729). Die Beklagte kann mangels Fälligkeit der Werklohnforderung nicht in Verzug geraten (vgl. Art. 102 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 4.2.2 BRAG). Folglich kann die Klägerin nicht gestützt auf den Verzugstatbestand in Art. 102 OR die Wahlrechte von Art. 107 ff. OR geltend machen.

67 Begeht der Schuldner einen antizipierten Vertragsbruch, soll der Gläubiger den Schutz durch Art. 107 ff. OR dennoch geniessen und ihn auch für noch nicht fällige Forderungen in Verzug setzen können (BGE 119 II 135, E. 3; BGE 110 II 141, E. 1b; BGE 69 II 243, E. 4). Ein antizipierter Vertragsbruch liegt vor, wenn der Schuldner vor der Fälligkeit unmissverständlich zu verstehen gibt, dass er nicht leisten werde (GAUCH/SCHLUEP, N 2651). Die Klägerin unterstellt der Beklagten in ihrer Klageschrift zu Unrecht und ohne Begründung einen antizipierten Vertragsbruch (vgl. KS Rz. 80).

68 Am 31. Dezember 2010 teilt die Beklagte der Klägerin mit, sie werde keine Ratenzahlungen leisten, weil sie über eine Vertragsauflösung nachdenke (vgl. Einleitungsanzeige Nr. 13). In Folge der grundlegenden konzeptionellen und mehrmals gerügten Mängel, die von der Klägerin nicht behoben werden konnten, kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden, diese Möglichkeit in Betracht zu ziehen (vgl. B – 2). Folglich teilt sie am 31. Dezember 2010 lediglich ihr rechtmässiges Vorhaben mit, ohne dabei einen antizipierten Vertragsbruch zu begehen. Ungeachtet dessen beansprucht die Klägerin dennoch die Rechtsbefehle von Art. 107 ff. OR

(vgl. KS Rz. 82). Zudem verändert sie die dazugehörige Rechtsfolge, namentlich das in Verzug setzen für noch nicht fällige Teilforderungen, in eine vorgezogene Fälligkeit des Gesamtvertragspreises (vgl. KS Rz. 81 f.). Dadurch masst sie sich gesetzgeberische Tätigkeiten an und rechtfertigt dies mit der Schonung der Beklagten (vgl. KS Rz. 81). Dazu ist die Klägerin nicht berechtigt!

- 69 *Die Beklagte befindet sich nicht in Verzug und hat keinen antizipierten Vertragsbruch begangen, so dass sich die Klägerin in unzulässiger Weise auf Art. 107 ff. OR beruft.*

3. Eventualiter Einwand gemäss Art. 82 OR

- 70 Kommt das Gericht zum Schluss der Werklohn sei bereits fällig geworden, wird die Beklagte der Klägerin die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenhalten. Gestützt auf Art. 82 Abs. 1 OR kann die eigene Leistung zurückbehalten werden, solange der Vertragspartner seine nicht korrekt erbracht hat.
- 71 Gemäss Art. 2 BRAG ist der Auftragnehmer verpflichtet, Lieferungen und Arbeiten im Umfang der technischen Spezifikation von Annex I vorzunehmen. Die Klägerin muss die in Annex I 1.2 beschriebenen Elemente liefern, diese anschliessend in das bestehende Recyclingcenter einbauen und den gewünschten Erfolg einer Modernisierung herbeiführen (vgl. Annex I 1.1 i.V.m. Art. 363 Abs. 1 OR). Zu den Vorteilen der neuen Technologie gehören eine Verarbeitungsleistung bis zu 5.4 Tonnen pro Stunde, ein „NO HANDS“ – Konzept und die automatische Trennung von Glas, Eisenmetall und Plastik (vgl. Annex I 1.1).
- 72 Wie bereits dargelegt wurde eine Durchschnittsleistung von 5 Tonnen pro Stunde nie erreicht und zahlreiche Störungen erforderten den Eingriff des Personals (vgl. KA Rz. 57 ff.; KS Rz. 72). Die Klägerin konnte den zugesicherten Erfolg einer Modernisierung nicht verwirklichen und hat somit ihre vertragliche Herstellungspflicht nicht erfüllt (vgl. Annex I 1.1; KS Rz. 67). Ergo ist die Unterscheidung zwischen Abnahme und Genehmigung wie sie die Klägerin in KS Rz. 68 macht irrelevant, da ihr die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenhält.
- 73 Die Höhe der zurückbehaltenen Vergütung muss aber stets in einem angemessenen Verhältnis zu den mutmasslichen Kosten der Mangelbehebung stehen (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 372, N 12; KS Rz. 74). Im Hinblick darauf, dass die neue Technologie nicht hält was sie verspricht und der gewünschte Erfolg somit ausbleibt, sprengt die Zurückhaltung von knapp 90% des Gesamtvertragspreises keineswegs den Rahmen von Treu und Glauben (vgl. Annex I 1.1; KS Rz. 74 f.).
- 74 *Die Beklagte könnte gestützt auf Art. 82 Abs. 1 OR die Zahlung des fälligen Werklohns verweigern, ohne dass sie dabei rechtsmissbräuchlich agieren würde.*

III. Verzug

- 75 Entgegen der unbegründeten Behauptung der Klägerin befindet sich die Beklagte nicht in Verzug, zumal es hierfür an einer fälligen Forderung fehlt (vgl. KS Rz. 84; KA Rz. 62 ff.; GAUCH/SCHLUEP, N 2657). Ausserdem könnte die Beklagte beim Vorliegen einer fälligen Forderung ihr Leistungsverweigerungsrecht gemäss Art. 82 Abs. 1 OR geltend machen und somit die Durchsetzung verhindern (vgl. KA Rz. 70 ff.). Eine weitere Voraussetzung des Verzugs wäre, dass der Schuldner pflichtwidrig nicht leistet, obwohl die Leistung an sich noch möglich ist (vgl. BSK OR I – WIEGAND, Vormerkungen zu Art. 102 – 109, N 2).
- 76 Die Beklagte hat sich zur Leistung einer Geldforderung verpflichtet, weshalb keine Leistungsunmöglichkeit denkbar ist (vgl. Art. 4.2 BRAG). Die Pflichtwidrigkeit wird grundsätzlich durch die Nichtbezahlung einer fälligen Forderung begründet. In Anbetracht der fehlenden Fälligkeit des Werklohns stellt dessen Nichtleisten kein pflichtwidriges Verhalten dar. Zudem ist die Beklagte am 7. März 2011 rechtsgültig vom Vertrag zurückgetreten, so dass ihre Vergütungspflicht nicht mehr besteht (vgl. B – 2).
- 77 Die Klägerin behauptet in ihrer Klageschrift die Beklagte durch Mahnung in Verzug gesetzt und ihr obendrauf noch eine erfolglose Nachfrist angesetzt zu haben (vgl. KS Rz. 85). Die Beklagte hat nie eine Mahnung geschweige denn eine Nachfrist erhalten. Solche wären ohnehin unbeachtlich, da die Schuldnerverzugsvoraussetzungen nicht kumulativ vorliegen (vgl. KA Rz. 75 ff.).
- 78 *Die Beklagte befindet sich nicht in Verzug gemäss Art. 102 ff. OR.*

IV. Ergänzungen

- 79 Käme das Gericht zum Schluss, die Beklagte befände sich dennoch im Verzug, könnte die Klägerin wie gewünscht, aber lediglich im gesetzlich vorgesehenen Umfang Verzugszinsen verlangen (vgl. KS Rz. 85 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR). Sie fordert in ihrem Rechtsbegehren keine vertraglichen Verzugszinsen, weshalb sie stillschweigend darauf verzichtet hat.
- 80 *Die Klägerin hat rechtsgültig auf die Geltendmachung von Art. 4.3 BRAG verzichtet.*

D. Gutheissung der Widerklage

I. Vertragliche Beendigungsgründe

- 81 Eine Partei hat das Recht, den Vertrag wegen wesentlicher Vertragsverletzung zu beenden, wobei hierfür eine schriftliche Aufforderung und dessen nicht zeitgerechte Wiedergutmachung vorausgesetzt werden (vgl. Art. 18.1 BRAG).

- 82 Für eine wesentliche Vertragsverletzung, analog zur positiven Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR, muss das Verhalten der Klägerin zur Schlechterfüllung bzw. Nichterfüllung oder zur Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten geführt haben (vgl. BSK OR I – WIEGAND, Art. 97, N 5 ff.). Dabei muss gemäss Wortlaut des Vertrages die Vertragsverletzung wesentlich, also besonders qualifiziert, sein. Die betroffene Partei muss dieses Verhalten gemäss Art. 18.1 BRAG auch gerügt und eine Frist zur Abhilfe gewährt haben.
- 83 Wie bereits gesehen wurde ein grundlegend und konzeptionell mangelhaftes Werk geliefert (vgl. KA Rz. 34 ff.; 57 ff.). Dieses konnte von der Beklagten überhaupt nicht gebraucht werden, was eine klare Vertragsverletzung darstellt. Die Wesentlichkeit der Vertragsverletzung ergibt sich bereits aus der Unbrauchbarkeit des Werkes (vgl. KA Rz. 64). Somit wurde die Hauptleistung nie korrekt erbracht (vgl. Art. 2.1 BRAG).
- 84 Die Mängelrüge fand mehrmals statt (vgl. B – 2; Verfahrensbeschluss Nr. 4, Rz. 11). Es wurde also zur Verbesserung schriftlich aufgefordert und es erfolgte keine zeitgerechte Wiedergutmachung.
- 85 *Die Beklagte kann gemäss Art. 18.1 BRAG vom Vertrag zurücktreten.*

II. Gesetzliche Beendigungsgründe

1. Rücktritt wegen grober Mängel (Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 368 Abs. 1 OR analog)

1.1 Rücktritt vor Ablieferung wegen Werkmängel

- 86 Art. 368 Abs. 1 OR ermöglicht den Vertragsrücktritt nach Ablieferung, wenn das Werk an erheblichen Mängeln leidet. Art. 366 Abs. 1 OR statuiert andererseits ein Rücktrittsrecht vor Ablieferung, wenn der Auftragnehmer mit den Werkausführungen in Verzug ist.
- 87 Die Beklagte kombiniert diese Bestimmungen elegant und im Sinne der Prozessökonomie, wonach ihr vor Ablieferung ein Rücktrittsrecht zusteht, wenn sich bereits zu diesem Zeitpunkt voraussehen lässt, dass ein unvermeidbarer Mangel den Besteller nach Ablieferung zur Wandelung berechtigen würde (vgl. WK Nr. 14). Dies steht auch im Einklang mit der Lehre (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366, N 40 f.)

1.2 Kein Ausschluss des Rücktritts durch Art. 366 Abs. 2 OR

- 88 Die Klägerin hingegen verneint in ihrer Klageschrift das Rücktrittsrecht der Beklagten gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR, wovon in der Widerklage nie die Rede war (vgl. KS Rz. 91 ff. i.V.m. WK Nr. 14). Bei Art. 366 Abs. 2 OR handelt es sich um das Recht auf Ersatzvornahme. Dies wird in der Widerklage nicht erwähnt und soll gemäss Klägerin das Recht auf Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 368 Abs. 1 OR ausschliessen. Dabei soll ihrer Meinung nach, entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ein Rücktritt vor Ablieferung wegen

Werkmängel nur in „äussersten Extremsituationen“ möglich sein (vgl. KS Rz. 93). In KS Rz. 94 erklärt die Klägerin, dass die Teilgehälter von Art. 366 OR früher in zwei verschiedene Artikeln im aOR standen und dass sie als „unabhängige Tatbestände mit verschiedenen Rechtsfolgen gedacht waren“.

- 89 Die Behauptung, wonach die Beklagte auf Art. 366 Abs. 2 OR angewiesen ist, ist jedoch falsch (vgl. KS Rz. 93). Es wird nämlich nicht aufgezeigt, weshalb sich die zwei Tatbestände ausschliessen sollten. Der Werkbesteller muss, sofern er auf die Arbeit angewiesen ist, wie in Art. 366 Abs. 2 OR die Arbeiten einer anderen Partei auferlegen können, ohne dafür die Verantwortung zu tragen. Der Rücktritt in Kombination von Art. 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR setzt Ausführungsverzögerung und einen erheblichen Mangel voraus. Beide Konstellationen wollen dem Besteller bei unterschiedlichen Sachlagen Rechtsbehelfe zur Verfügung stellen. Der Besteller soll, sofern ein Mangel bereits vor Ablieferung ersichtlich ist, nicht auf dem Rechtsbehelf von Art. 366 Abs. 2 OR angewiesen sein und die Fortführung des Werkes einem Dritten übertragen müssen (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366, N 41). Der Einwand, die Lösung der Beklagten entleere den Sinnesgehalt von Art. 366 Abs. 2 OR ist unberechtigt, da dieser eine Ersatzvornahme und nicht den Rücktritt erlaubt. Es handelt sich somit um unterschiedliche Normen (vgl. KS Rz. 93).
- 90 Zudem ist der herrschenden Meinung und dem Bundesgericht beizupflichten: sofern die Ersatzvornahme keine sinnvolle Lösung darstellt, muss dem Besteller die Möglichkeit gegeben werden, in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR bereits vor Ablieferung des Werkes vom Vertrage zurückzutreten (BGE 126 III 230, E. 7.a.bb.; BRINER, S. 259; ZK – BÜHLER, Art. 366, N 74; BK – KOLLER, Art. 366, N 11, 33 f., 477 ff.; HONSELL, OR BT, S. 288).
- 91 Somit wird Art. 366 Abs. 2 OR bei Gewährung eines Rücktrittsrechts keinesfalls obsolet. Es gibt keinen Grund, sich gegen der Meinung des Bundesgerichts zu stellen. Es steht i.c. fest, dass die Planung und das Konzept der neuen Glasbrecheranlage überhaupt nicht zu einem funktionstüchtigen, den vertraglichen Zusicherungen entsprechendes Werk führen können (vgl. KA Rz. 59 ff.). Die Beklagte kann somit nicht verpflichtet werden, auf eine etwaige Nachbesserung durch Dritte zu bestehen. Vielmehr muss sie vom Vertrage zurücktreten können, um einer Alternative den Vorrang geben zu können.
- 92 *Der Beklagten kann mithin nicht zugemutet werden, ein solch unbrauchbares Werk anzunehmen. Es soll ihr somit gestattet werden, in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR vom Vertrag zurückzutreten.*

1.3 Ergänzungen zu Art. 368 Abs. 1 OR

- 93 Art. 368 Abs. 1 OR verlangt den Bestand erheblicher Mängel am Werk. Diese müssen zur Unzumutbarkeit der Annahme durch den Besteller führen (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368, N 14). Dies ist durch eine Interessenabwägung zu ermitteln (BGE 98 II 118, E. 3a; ZK – BÜHLER, Art. 368, N 43 f.). Die Unzumutbarkeit wird vermutet, wenn Art und Ausmass der Mängel die Unbrauchbarkeit des Werkes implizieren und eine vernünftige Gebrauchsmöglichkeit ausgeschlossen ist (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368, N 18). Die Mängel des Werkes wurden bereits aufgezeigt (vgl. KA Rz. 57 ff.). Unter diesen Umständen muss die Beklagte auch nach Art. 368 Abs. 1 OR zurücktreten können.

2. Rücktritt wegen Verzug

2.1 Verzug im Terminplan gemäss Annex II

- 94 Gemäss Art. 366 Abs. 1 OR ist ein Rücktritt möglich, sofern die Werkausführung vertragswidrig verzögert wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein vertraglich festgelegter Zeitplan nicht eingehalten wird (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366, N 10). Dass eine rechtzeitige Vollendung des Werkes nicht vorauszusehen ist zeigt sich insbesondere darin, dass die bisherige Fortführung der Werkherstellung unvermeidlich mit einer Verspätung verbunden ist (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366, N 11). Aufgezeigt wird dies durch eine erfolglos verstrichene Nachfristansetzung (ZK – BÜHLER, Art. 366, N 28). Schliesslich müssen diese Voraussetzungen noch durch die allgemeinen Verzugsbestimmungen nach Art. 102 ff. OR ergänzt werden (BGE 115 II 50, E. 2a; GAUCH, N 675; ZK – BÜHLER, Art. 366, N 8, 33 ff.; BK – KOLLER, Art. 366, N 39, 67, 77 ff.).
- 95 Wie die Klägerin in KS Rz. 97 richtigerweise aufzeigt, hat sie keine Verlängerung des vereinbarten und verbindlichen Zeitplanes nicht in Anspruch genommen. Die Behauptung, wonach die Entgeghaltung des Verzuges rechtsmissbräuchlich und nicht zum Nachteil der Klägerin erfolgen kann (KS Rz. 88), ist jedoch falsch. Bereits seit dem Scheitern der ersten Inbetriebnahme (K – 2) befindet sich die Klägerin im Verzug. Nach der zweiten Inbetriebnahme wurde der Klägerin sogar noch bis Ende des Jahres 2010 Zeit gegeben, die Anlage vertragskonform zu liefern (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 4, Ziff. 11). Ausserdem war der Terminplan für beide Parteien verbindlich. Der Terminplan befindet sich in Annex II und ist somit verbindlicher Teil vom Vertrag und nicht etwa flexibel, wie dies die Klägerin in KS Rz. 97 behauptet (vgl. Art. 5.1 BRAG). Somit kann unter keinen Umständen von einer rechtsmissbräuchlichen Entgeghaltung des Verzuges die Rede sein. Trotz der Nachfristansetzung wurde die Anlage nie funktionsbereit hergestellt (K – 2; B – 1; B – 2).

96 Die Klägerin verweist in KS Rz. 98 auf die Verantwortung der Beklagten für das Scheitern der Inbetriebnahme aufgrund des Einsatzes falschen Glases. Wie aufgezeigt, konnte die Anlage den garantierten Erfolg nie erreichen (vgl. KA Rz. 57 ff.). Bei einer derartig kleinen Abweichung kann die Verantwortung nicht bei der Beklagten liegen (vgl. KA Rz. 34 ff.).

2.2 Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR

97 Die Klägerin befindet sich wie in KA Rz. 95 gesehen im Verzug, wurde wiederholt gemahnt und es wurde ihr zwei Mal eine Nachfrist angesetzt (K – 2; B – 1; B – 2). Die mehrmonatige Verspätung der Fertigstellung kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden. Die Beklagte war somit berechtigt, am 7. März 2011 die Beendigung des Vertrages mitzuteilen, eine Vergütung zu verweigern, sowie die bereits geleistete Entlohnung im Wert von CHF 500'000 samt Zinsen zurückzuverlangen (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366, N 20; Art. 4.3 BRAG).

98 *Ein Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR konnte die Klägerin geltend machen und tat dies mit ihrem Schreiben vom 7. März 2011, infolgedessen der Vertrag aufgehoben wurde und die von der Beklagten geleisteten Zahlungen samt Zinsen zurückzuerstatten sind.*

3. Eventualiter Wandelung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR

99 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass die Anlage bereits abgenommen wurde, so wird die Beklagte Art. 368 Abs. 1 OR in Anspruch nehmen. Da ein erheblich mangelbehaftetes Werk geliefert wurde, welches für die Widerklägerin unbrauchbar ist und dessen Annahme wie gesehen unzumutbar ist, darf sie die Wandelung verlangen und den Vertrag somit extunc aufheben (BGE 98 II 118, E. 3a; GAUCH, N 1531). Insbesondere Art. 368 Abs. 3 OR kommt hier nicht zum Tragen. Die Anlage wurde zwar auf dem Grundstück der Beklagten gebaut, ist jedoch einerseits nicht fest mit dem Boden verbunden, andererseits entstehen keine unverhältnismässigen Nachteile bei der Entfernung. Die Beklagte durfte das Werk auch selbst entfernen, vor allem da die Anlage für sie unbrauchbar war (BGE 98 II 118, E. 3b; B – 2).

100 *Eventualiter steht der Beklagten somit die Wandelung nach Art. 368 Abs. 1 OR zur Verfügung.*

Namens und im Auftrag der Beklagten

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 5