

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34
CH-6340 Baar

Vertreten durch das Moot Court Team 6
Anina Oertle
Oliver Leins
Robin Toedtli
Sarah Zurmühle

Einschreiben
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, den 18. April 2012

KLAGEANTWORT UND WIDERKLAGE

Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011

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

in Sachen

Bietmann Industrieranlagen AG

Otto-von-Bismarck-Allee 4a, DE-10557 Berlin, Deutschland

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Moot Court Team 6

betreffend:

Forderung

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

Rechtsbegehren:

- „1. Es sei die Klage der Klägerin und Widerbeklagten vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 500'000.- zu bezahlen,
 - zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Dezember 2009 auf den Betrag von CHF 400'000.-;
 - zuzüglich Zins zu 12% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.“

I. Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren:	II
I. Inhaltsverzeichnis	III
II. Literaturverzeichnis	V
III. Entscheidverzeichnis	VII
Klagebegründung	1
I. Vorbemerkung	1
II. Formelles	1
1. Kostenvorschuss.....	1
1.1. Leistung des Kostenvorschusses an das Gericht.....	1
1.1.1. Streitwertzusammensetzung.....	1
1.1.2. Verteilung der Kostenvorschüsse auf die Parteien.....	3
1.2. Leistung des Vorschusses an die Klägerin.....	4
1.2.1. Leistung aus Art. 112 OR.....	5
1.2.2. Leistung aus Vertragsverletzung nach Art. 97 OR.....	5
1.2.3. Leistung aus culpa in contrahendo	5
1.2.4. Fazit.....	6
2. Editionsbegehren.....	6
2.1. Gestützt auf das rechtliche Gehör	6
2.2. Anspruch aus Vertrag.....	7
2.3. Gestützt auf die IBA Rules.....	7
2.3.1. Dokumente	8
2.3.2. Beweiserheblichkeit	9
2.3.3. Entscheiderheblichkeit	10
2.3.4. Verfügungsgewalt und -Möglichkeit	10
2.3.5. Geheimnisschutz	11
2.3.6. Fazit.....	11
2.4. Fazit zur Beweisedition an sich.....	11

III. Materielles	11
1. Abweisung des Vergütungsanspruchs aus Art. 8.3 Lieferungsvertrag	11
1.1. Keine Abnahme der Anlage im Juni 2010	12
1.1.1. Erster Leistungstest	12
1.1.2. Zweiter Leistungstest	13
1.1.3. Zwischenfazit	14
1.1.4. Verfehlen der vereinbarten Leistungsfähigkeit – keine Ratenzahlungen.....	14
1.2. Abweisung eines Vergütungsanspruchs aus Art. 363 i.V.m. Art. 372 OR	14
1.2.1. Keine erfolgreiche Inbetriebnahme	14
1.2.2. Rechtmässige Verweigerung der Annahme – Recht zur Wandlung	14
1.2.4. Zur Berufung der Klägerin auf Art. 97 OR	15
1.2.5. Keine Verzugszinsen	15
1.2.6. Fazit	16
2. Rücktritt der Beklagten	16
2.1. Aus Vertrag – wesentliche Vertragsverletzung	16
2.2. Mängelrechte nach Art. 368 OR	16
2.2.1. Keine Abnahme der Anlage	17
2.2.2. Mangelhaftigkeit der Glasbrecheranlage	18
2.2.2.1. Kalttest gilt nicht als Bestätigung für eine einwandfreie Funktion	18
2.2.2.2. Erhebliche Mängel - Relative Unbrauchbarkeit der Anlage	18
2.2.2.3. Kein Selbstverschulden beim zweiten Test.....	18
2.2.2.4. Keine Hinnahme des Mangels.....	19
2.3. Folgen des Rücktritts.....	19
2.4. Aus Gesetz Art. 366 Abs. 1 OR	19
2.5. Aus Gesetz Art. 377 Abs. 1 OR	19
3. Kein Verstoss gegen Treu und Glauben.....	20
4. Abschliessende Würdigung.....	20

II. Literaturverzeichnis

BERTI, STEPHEN V. / HONSELL, HEINRICH / SCHNYDER, ANTON K. / VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007,
zit. „BSK IPRG – BEARBEITER“ in Rz. 28.

BERGER, BERNHARD / KELLERHALS, FRANK, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006,
zit. „BERGER/KELLERHALS“ in Rz. 17.

BORN, GARY, International Commercial Arbitration. Commentary and Materials, Den Haag 2001,
zit. „BORN“ in Rz. 42.

BÜHLER, THEODOR, Obligationenrecht, Teilband V 2d. Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998,
zit. „BÜHLER“ in Rz. 51, 71, 81.

FADLALLAH, IBRAHIM, Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration. The Parties' Reciprocal Obligations, ICC Bulletin, Heft 1/2003,
zit. „FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003“ in Rz. 22, 24.

FAVRE-BULLE, XAVIER, Les conséquences du non-payment de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie. Un tribunal arbitral peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, Association suisse de l'arbitrage Bulletin, Heft 2/2001,
zit. „FAVRE-BULLE, ASA Bull 2/2001“ in Rz. 22.

GAUCH, PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011,
zit. „GAUCH“ in Rz. 51, 78.

GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTHER / SCHMID, JÖRG / EMMENEGGER, SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008,
zit. „GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER“ in Rz. 54.

GIRSBERGER, ANDREAS / HEINI, ANTON / KELLER, MAX / KREN, KOSTKIEWICZ JOLANTA / SIEHR, KURT / VISCHER, FRANK / VOLKEN, PAUL (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004,
zit. „ZK IPRG – BEARBEITER“ in Rz. 28.

HILL, RICHARD D. / NEWMAN, LAWRENCE W. (Hrsg.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2. Auflage, New York 2008,

zit. „HILL/NEWMAN“ in Rz. 45.

HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM PETER / WIEGAND, WOLFGANG, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011,

zit. „BSK OR I – BEARBEITER“ in Rz. 23, 59, 60, 62, 71, 75, 79, 80.

HUGUENIN, CLAIRE, *Obligationenrecht. Besonderer Teil*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008,

zit. „HUGUENIN“ in Rz. 69.

IMHOOS, CHRISTOPHE / SCHÄFER, ERIK / VERBIST, HERMAN, *Die ICC Schiedsgerichtsordnung in der Praxis*, Bonn 2000,

zit. „IMHOOS/SCHÄFER/VERBIST“ in Rz. 40, 48.

LAZOPOULOS, MICHAEL / ROHNER, THOMAS, *Respondent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs*, *Association suisse de l'arbitrage Bulletin*, Heft 3/2011,

zit. „LAZOPOULOS/ROHNER, ASA Bull 3/2011“ in Rz. 22.

LIONNET, ANETTE / LIONNET, KLAUS, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 4. Auflage, München 2009,

zit. „LIONNET/LIONNET“ in Rz. 16, 17.

MCILWRATH, MICHAEL / SAVAGE, JOHN, *International Arbitration and Mediation. A Practical Guide*, Alphen aan den Rijn 2010,

zit. „MCILWRATH/SAVAGE“ in Rz. 37.

MÜLLER, ANNA K. / RONEY, DAVID P., *International Arbitration in Switzerland. Handbook for Practitioners*, Den Haag 2004,

zit. „MÜLLER/RONEY“ in Rz. 47.

SCHÄFFLER, FRANK, *Zulässigkeit und Zweckmässigkeit der Anwendung angloamerikanischer Beweismethoden in deutschen und internationalen Schiedsverfahren. Aktuelle Beiträge zum Wirtschaftsrecht*, Band 1, München 2003,

zit. „SCHÄFFLER“ in Rz. 37, 42.

SCHÜTZE, ROLF A. (Hrsg.), Kommentar zur Institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Köln 2011,

zit. „Kommentar zur Institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit – BEARBEITER“ in Rz. 16.

VARGA, ISTVAN, Beweiserhebung in transatlantischen Schiedsverfahren. Eine Suche nach Kompromissen zwischen deutscher und US-amerikanischer Beweisrechtstradition, Rechtszentrum für Europäische und Internationale Zusammenarbeit, Band 28, Baden-Baden 2006,

zit. „VARGA“ in Rz. 48.

ZUBERBÜHLER, TOBIAS / MÜLLER, CHRISTOPH / HABEGGER, PHILIPP, Swiss Rules of International Arbitration, Zürich 2005,

zit. „Kommentar Swiss Rules – BEARBEITER“ in Rz. 11, 16, 24.

III. Entscheidverzeichnis

BGer 4A_391/2010, zitiert in Rz. 11.

BGer 4C.72/2007, zitiert in Rz. 54.

BGer 4C.58/2004, zitiert in Rz. 63.

BGE 89 II 232, zitiert in Rz. 51.

BGE 94 II 161, zitiert in Rz. 51.

BGE 106 II 170, zitiert in Rz. 40.

BGE 108 Ia 197, zitiert in Rz. 17.

BGE 110 II 176, zitiert in Rz. 51.

BGE 114 II 239, zitiert in Rz. 75.

BGE 117 II 550, zitiert in Rz. 68.

ICC Award vom 27. März 2001, zitiert aus: FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003, zitiert in Rz. 22.

ICC Award No. 5542, abgedruckt bei: HASCHER, 63, zitiert in Rz. 42.

ICC Award No. 6497, YCA 1999, zitiert in Rz. 47.

Klagebegründung

I. Vorbemerkung

- 1 Die Klagebegründung und Widerklageantwort weist gravierende Mängel auf. Zum einen wurde bis heute kein prozessuales Rechtsbegehren für eine vorsorgliche Massnahme zur Beweisedition gestellt. Gleichzeitig fordert die Klägerin das Gericht in der Klageschrift auf, entsprechende Massnahmen zu ergreifen (Rz. 50 Klagebegründung, nachfolgend: KB).
- 2 Weiter argumentiert die Klägerin, dass ihr sowohl aufgrund der Leistungspflicht eines Kostenvorschusses, wie auch aufgrund eines behaupteten Zahlungsverzugs durch die Beklagte, ein Schaden in erheblichem Umfang entstanden und in Folge zu begleichen sei (Rz. 17-23 KB und 63-69 KB). Wiederum hat die Klägerin es unterlassen, einen entsprechenden Antrag auf zusätzlichen Schadenersatz fristgemäss und rechtsgenügend zu stellen.
- 3 Des Weiteren unterscheiden sich die Daten in den Rechtsbegehren der Klagebegründung und Widerklageantwort von denjenigen in den Anträgen der Einleitungsanzeige und den allgemeinen Terminierungen im Lieferungsvertrag (vgl. Art. 4 Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**). Im Nachfolgenden geht die Beklagte davon aus, dass es sich hierbei um ein Versehen handelt.
- 4 Sollte die Klägerin bei ihrer irreführenden Formulierung bleiben, bestreitet die Beklagte ihrerseits die Zulässigkeit der entsprechenden Rechtsbegehren.
- 5 Im Übrigen wird der Systematik der Klagebegründung und Widerklageantwort gefolgt.

II. Formelles

1. Kostenvorschuss

1.1. Leistung des Kostenvorschusses an das Gericht

- 6 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass eine Kostenauflegung von CHF 125'000.- an das Schiedsgericht, wie von der Klägerin gefordert, ungerechtfertigt ist. Des Weiteren wird dargelegt, dass eventualiter eine Leistung in gleicher Höhe an die Klägerin ungerechtfertigt wäre.

1.1.1. Streitwertzusammensetzung

- 7 Grundsätzlich wird festgehalten, dass die ZPO, wie von der Klägerin fälschlicherweise ausgeführt (Rz. 3 KB), nicht zur Anwendung kommt. Gemäss dem Lieferungsvertrag wurde ein Schiedsgerichtsverfahren nach Swiss Rules und IPRG vereinbart. Andere Gesetzesgrundlagen sollten höchstens ergänzend hinzugezogen werden.
- 8 Der Streitwert setzt sich nach Art. 2.4 Appendix B Swiss Rules aus dem Streitwert der Klage und Widerklage zusammen. Demnach beläuft sich der Streitwert auf CHF 4'000'000.-. Nach Ansicht der Beklagten ist die Höhe der Klageforderung von CHF 3'500'000.- unannehmbar

(siehe Dokument vom 13. September 2011). Es entsteht der Anschein, dass die Klägerin versucht, die Beklagte mittels eines überhöhten Streitwertes unnötig zu schädigen, indem ihr ein deutlich zu hoher Anteil des Kostenvorschusses auferlegt wird. Dies ist nicht akzeptabel.

- 9 Die Klägerin führt in Rz. 5 KB aus, dass es in der Literatur und Rechtsprechung keine Anhaltspunkte gäbe, ab wann eine Forderung als überhöht und ungerechtfertigt gelte. Vielmehr sollte bei der Streitwertbemessung der Ist-Zustand zum Zeitpunkt der Klageerhebung betrachtet werden. Konkret wurden damals lediglich Rechnungen in Höhe von CHF 700'000.- gestellt. Der Forderungswert von CHF 3'500'000.- ist ein hypothetischer Zukunftswert, welcher erst nach ordentlicher Erfüllung des Vertrages, also zum Zeitpunkt der letzten Rechnungsstellung, entsprechend festsetzbar gewesen wäre. Dieser Wert ist fünf Mal höher als der bei Klageerhebung gestellte Rechnungswert. Diese massive Differenz deutet unbestreitbar darauf hin, dass hier durch die Klägerin hier eine willkürliche Forderung als Streitwert angegeben hat.
- 10 Als massgeblicher Wert wird der Gesamtvertragspreis von CHF 4'000'000.- aufgeführt (Rz. 5, Satz 3 KB). Gemäss Art. 4.2.2 des Lieferungsvertrags (**Beilage K-1**) werden 90 % des Vertragspreises nach der Inbetriebnahme in Raten à CHF 100'000.- beglichen. Fraglich ist, ob der Vertrag wie vereinbart erfüllt wurde oder noch erfüllbar ist. Wie bereits in der Einleitungsantwort und Anzeige zur Widerklage dargelegt, wurde die erste Ratenzahlung lediglich auf Bitten der Klägerin geleistet. Dies vermag die fehlende Abnahme und damit auch die nicht ordnungsgemässe Erfüllung des Vertrages durch die Klägerin nicht zu ersetzen. Der Vertrag kann nach der Rückgabe der Glasbrecheranlage auch nicht mehr ordentlich erfüllt werden. Dies führt dazu, dass dieser Rahmen mangels Erfüllung des Liefervertrages im vorliegenden Verfahren nicht mehr als Bemessungsgrundlage für den Streitwert dienen kann.
- 11 Die Klägerin behauptet, dass die Zusammensetzung des Kostenvorschusses für die Beklagte im Voraus abschätzbar gewesen wäre (Rz. 6 KB). Die Argumentation ist sinnwidrig, da die Beklagte die allgemeine Zusammensetzung des Vorschusses nie bestritten hat. Die Beklagte bestreitet lediglich die absichtlich überhöhte Klageforderung, welche folglich die gesamten Vorschusskosten in die Höhe treibt. Die Beklagte will sich keinesfalls, wie von der Klägerin in Rz. 7 KB behauptet, zum Richter in eigener Sache machen. Vielmehr will sie das Gericht höflich darauf aufmerksam machen, dass sich die überhöhte Forderung in Verbindung mit einer hälftigen Teilung einseitig zu Ungunsten der Beklagten auswirkt. Zur Verbindlichkeit einer Festlegung von Kostenvorschüssen sei nur gesagt, dass prozessleitende Verfügungen, worunter der Kostenvorschuss fällt, jederzeit geändert werden können (BGer 4A_391/2010, E. 4.2, Kommentar Swiss Rules – BESSON, Art. 31 N 6). Dies erscheint nachvollziehbar, zu-

mal von der Klägerin auch ein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt wurde (Rechtsbegehren Ziff. 6 der Klagebegründung).

- 12 Gemäss Art. 41 Abs. 5 Swiss Rules werden Überschüsse am Ende des Verfahrens zurückerstattet. Dies ist nur ein schwacher Trost, zumal es von grösster Wichtigkeit ist, dass die Unternehmensliquidität jederzeit sichergestellt werden kann. Vom prophylaktischen Erheben von Vorschüssen ist abzusehen, weil es dem Gericht bei höheren Kosten offen steht, gemäss Art. 41 Abs. 3 Swiss Rules nachträglich Vorschüsse zu erheben.
- 13 Damit ist die Klageforderung überhöht, wenn nicht sogar willkürlich. Aus diesem Grund ist die Beklagte nicht bereit, den Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 125'000.-, gemäss Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1, zu leisten.

1.1.2. Verteilung der Kostenvorschüsse auf die Parteien

- 14 Nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules verpflichten sich die Parteien durch Zeichnung der Schiedsvereinbarung, den Vorschuss zu gleichen Teil zu leisten. Es stellt sich die Frage, ob die Vorschüsse im vorliegenden Fall nicht getrennt voneinander erhoben werden müssten.
- 15 Wie aus dem Dokument vom 13. September 2011 hervorgeht, weigert sich die Beklagte nicht, einen Vorschuss zu leisten. Die Beklagte ist selbstverständlich bereit, den Kostenvorschuss anteilmässig zur Widerklageforderung zu bezahlen. Nimmt man den festgelegten Streitwert von CHF 4'000'000.-, entsprechen die CHF 500'000.- einem Achtel. Der Vorschuss der Widerklage entspricht somit CHF 31'250.-. Unstimmigkeiten ergeben sich lediglich aus der hälftigen Teilung des Vorschusses.
- 16 Wie in Rz. 14 festgestellt wurde, ist grundsätzlich eine hälftige Teilung des Kostenvorschusses vorgesehen (Kommentar zur Institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit – KARRER, Art. 41 N 8 f.). Eine Ausnahme sieht das Gesetz selbst in Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules für den Fall vor, dass eine Widerklage erhoben wird. Das Gericht kann dann für die Klage und Widerklage separate Vorschüsse festlegen (LIONNET/LIONNET, 177). Damit soll diejenige Partei geschützt werden, die bereit ist, ihren Vorschuss zu leisten, aber nicht gewillt ist, die Kosten der Gegenpartei zu tragen, um ihre eigene Klage durchzusetzen (Kommentar Swiss Rules – STACHER, Art. 41 N 9). Von der hälftigen Teilung der Kostenvorschüsse muss im vorliegenden Fall zum Schutz der Beklagten abgesehen werden. Müsste sie, um ihre eigene Klage durchzusetzen, diejenige der Klägerin mitfinanzieren, entstünde ihr ein nicht unbeträchtlicher Schaden von CHF 93'750.-. Zudem käme dies einer ungerechtfertigten Finanzierung der Klägerin gleich.
- 17 Die Klägerin behauptet in Rz. 12 f. KB, dass durch die Verweigerung der Kostenvorschussleistung seitens der Beklagten die reibungslose Durchführung des Verfahrens verzögert wur-

de, was gegen Treu und Glauben verstosse. In der Argumentation wird BGE 108 Ia 197 aufgeführt. Dieser ist jedoch keinesfalls mit unserem Fall zu vergleichen. Die Beklagte versucht mit Nichten, die Ernennung der Schiedsrichter oder die Durchführung des Verfahrens zu verhindern. Die Leistung des Kostenvorschusses ist nach Meinung der Beklagten nicht als eine echte Vertragsverpflichtung zu qualifizieren, sondern vielmehr als eine Obliegenheit (vgl. Rz. 26). Selbst bei der Annahme einer vertraglichen Verpflichtung ist dessen Einklagbarkeit umstritten ist (LIONNET/LIONNET, 176; BERGER/KELLERHALS, § 5 N 297). Grundsätzlich wird durch das Akzeptieren einer Schiedsgerichtsordnung, wie hier die Swiss Rules, auch die Regelung über die Kostenvorschüsse anerkannt. Für den in Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules genannten, und hier vorliegenden Fall, ist vorgesehen, dass der Klägerin die Möglichkeit gegeben wird, den Vorschuss allein zu übernehmen. So untersteht sie nicht der Gefahr einer direkten Einstellung und somit der Gefährdung des Verfahrens, womit der Unterschied zum genannten BGE eminent ist. Durch die Vereinbarung der Schiedsklausel (Art. 12.1 Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**) musste der Gegenpartei bereits bekannt gewesen sein, dass dies in einem solchen Fall eintreffen könnte. Des Weiteren wird das Schiedsverfahren von der Erwartung getragen, dass beide Parteien gleichermassen am Verfahren und auch an den Kostenvorschüssen beteiligt sind (LIONNET/LIONNET, 178 f.). Erscheint eine Klageerhebung bzw. die Streitwertbeziehung als mutwillig, so kann diese Regel entsprechend angepasst werden. Wie in Rz. 10 bereits festgehalten, wird durch die Klägerin mutwillig ein willkürlicher Klagewert gefordert, welcher der Beklagten nicht mehr zugemutet werden kann. Ein alleiniges Tragen der Kosten erscheint unter diesen Umständen als gerechtfertigt. Weder verstösst die Beklagte hiermit gegen Treu und Glauben, noch kann eine hälftige Teilung sachlich begründet werden. Aus diesen Gründen kann die Beklagte nicht zur hälftigen Bezahlung des Kostenvorschusses nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules verpflichtet werden.

18 Es ist erneut zu betonen, dass die Beklagte zur Leistung des Vorschusses entsprechend der Widerklageforderung bereit ist. Alternativ würde eine Streitwertverminderung aus den oben genannten Gründen eine hälftige, herabgesetzte, Teilung zulassen.

1.2. Leistung des Vorschusses an die Klägerin

19 Im Fall einer alleinigen Leistung durch die Klägerin entstünde ein Leistungsanspruch aus Art. 112 OR, Art. 97 OR sowie aus culpa in contrahendo. Es wird dargelegt, dass zwar eine Leistungspflicht gegenüber der Klägerin entsteht, jedoch nicht im gestellten Rahmen. Des Weiteren wird ausgeführt, dass, falls die Vorschüsse in einem späteren Zeitpunkt geändert würden, der Beklagten ein Schaden in gleichem Mass entstünde.

1.2.1. Leistung aus Art. 112 OR

20 Die Beklagte behauptet, es sei vorliegend ein Vertrag zugunsten Dritten i.S.v. Art. 112 OR entstanden. Aus dieser Tatsache sei die hälftige Bezahlung des Kostenvorschusses abzuleiten. Die Beklagte bestreitet nicht das Vorliegen eines Vertrages zugunsten Dritter. Auch ist sie, wie ausgeführt zur anteiligen Kostenübernahme bereit. Problematisch und damit bestritten, ist vorliegend einzig die von der Beklagten geforderte Höhe der Beteiligung am Kostenvorschuss. Die Beklagte verweist hierzu auf bereits gemachte Ausführungen zur Höhe des Kostenvorschusses (Rz. 14 und 18 f.).

1.2.2. Leistung aus Vertragsverletzung nach Art. 97 OR

21 Die Klägerin macht gemäss eigenen Ausführungen in Rz. 23 KB Schadenersatz geltend. Hierzu hat sie jedoch kein Rechtsbegehren gestellt. Es ist anzunehmen, dass lediglich die Leistungspflicht des Kostenvorschusses durch die Beklagte festgestellt werden sollte (Rechtsbegehren Ziff. 7). Folglich deutet die Beklagte diese Aussagen entsprechend um.

22 Grundsätzlich muss die Anwendung von Art. 97 OR in Frage gestellt werden, da es sich bei der Leistung an die Gegenpartei nicht um eine Rückerstattung eines Schadens, sondern um eine Klage auf Leistung einer Vertragspflicht handelt (ICC Award vom 27. März 2001; FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003, N 13). Die Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses an die Klägerin wurde durch die Beklagte bereits anerkannt (vgl. Rz. 20 KB). Die Klägerin behauptet jedoch, die Kostenvorschussleistung sei eine erzwingbare Nebenpflicht (Rz. 17 KB). Bei dem Versäumnis der Kostenvorschussleistung geht man jedoch gemäss einheitlicher Lehre von einer Obliegenheit aus (LAZOPOULOS/ROHNER, ASA Bull 3/2011, 554; FAVRE-BULLE, ASA Bull 2/2001, 238, 245). Dies erscheint bzgl. Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules als sinnvoll (vgl. Rz. 19). Würde man von einer erzwingbaren Nebenpflicht ausgehen, würde die zwingende Vollstreckbarkeit dem Gesetz widersprechen, welches einen Säumnisfall vorsieht. Aus diesem Grund hat die leistende Partei (die Klägerin) keinen sofortigen Anspruch auf Rückerstattung nach Art. 97 OR.

23 Laut der Klägerin entstand ihr durch die versäumte Kostenvorschusszahlung ein Schaden. Damit ein solcher entsteht, muss eine vertragliche Pflicht verletzt werden (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97 OR N 33). Wie in Rz. 26 belegt, handelt es sich bei der Vorschussleistung nur um eine Obliegenheit und nicht um eine vertragliche Nebenpflicht. Da damit keine vertragliche Pflicht verletzt wurde, kann kein Schaden nach Art. 97 OR geltend gemacht werden.

1.2.3. Leistung aus culpa in contrahendo

24 Vorliegend ist durch die Schiedsabrede ein Schiedsvertrag zustande gekommen (vgl. Kommentar Swiss Rules – STACHER, Art. 41 N 20; verweisend auf: FADLALLAH, ICC Bull 1/2003,

55). Sämtliche Ausführungen zur Vorvertragshaftung wie der culpa in contrahendo erübrigen sich. Es entsteht damit kein Rückerstattungsanspruch aus culpa in contrahendo.

1.2.4. Fazit

25 Zusammenfassend hält die Beklagte fest, dass eine allgemeine Verpflichtung zur Rückleistung eines Teils des Kostenvorschusses durch die Beklagte anerkannt wird. Lediglich die Höhe desselbigen wird aus sachlichen Gründen zurückgewiesen. Die Beklagte ist bereit ein Achtel des Kostenvorschusses zu leisten.

2. Editionsbegehren

26 Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte dazu verpflichtet sei, den vertraulichen Vertrag zwischen ihr und ihrem Glaslieferanten sowie weitere allfällig geführte Korrespondenz offenzulegen (Rz. 28 ff. KB). Die Beklagte bestreitet nicht, dass das hier angerufene Gericht für die Beweisabnahme i.S.v. Art. 184 IPRG zuständig ist. Die Verpflichtung, geheime Dokumente im Schiedsverfahren offen zu legen, wird jedoch mit Nachdruck bestritten. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Klägerin keinen Anspruch auf eine Beweisedition für sich ableiten kann.

2.1. Gestützt auf das rechtliche Gehör

27 Die Klägerin begründet ihren Antrag auf Beweisvorlage u.a. mit der Argumentation, eine Partei könne im Streitfall nicht nur Beweise hervorbringen, sondern auch die Herausgabe von Dokumenten, die sich im Besitz der gegnerischen Partei befinden, verlangen. Dies aufgrund des rechtlichen Gehörs (Rz. 29 KB). Hierbei stützt sich die Klägerin auf einen Artikel, welcher vom ICC Bulletin veröffentlicht wurde.

28 Tatsächlich sagt der vorgenannte Artikel einzig, dass das Schweizer Recht aufgrund des rechtlichen Gehörs eine Beweisedition vorsieht. Bekanntlich ist das schweizerische Verfahrensrecht bzw. die ZPO oder BV auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Auch die Andeutung auf Art. 2 ZGB (Rz. 43 KB) ist wenig hilfreich, da dieser nicht das Prozessrecht im Schiedsverfahren betrifft. Selbst die bezeichnete Stelle im Basler Kommentar hält lediglich fest, dass die Vertraulichkeit und der Geheimnisschutz im Schiedsprozess zu berücksichtigen seien (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 N 54). Zuletzt beruft sich die Klägerin auf Art. 182 Abs. 3 IPRG, ohne dies näher zu substantiieren. Mangels weiterer Ausführungen der Klägerin zur Anwendbarkeit dieses Artikels verzichtet die Beklagte bis auf Weiteres auf diesbezügliche Ausführungen. Bekannterweise hängt die Zulässigkeit einer Beweisedition einzig von der vereinbarten Verfahrensordnung ab (vgl. hierzu auch: ZK IPRG – VOLKEN, Art. 184 N 10).

29 Die Beklagte bestreitet daher das Recht auf Beweisedition aufgrund des rechtlichen Gehörs, mangels Begründung durch die Klägerin.

2.2. Anspruch aus Vertrag

- 30 Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte gestützt auf Art. 8.1 und Annex III Art. 5.2.2 i.V.m. Annex III Art. 6.1 des Lieferungsvertrages (**Beilage K-1**) und aufgrund einer protokol- larischen Verpflichtung, Einsicht in Dokumente gewähren müsse (Rz. 31 f. KB).
- 31 Bei genauerer Betrachtung von Art. 8.1 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) wird die Beklagte als Auftraggeberin jedoch einzig dazu angehalten, *während der Inbetriebnahme* die bezeich- neten Informationen zur Verfügung zu stellen. Der Vertrag selbst sieht damit eine klare zeitli- che Begrenzung für die Informationspflicht der Beklagten vor. Zum Zeitpunkt der Inbetrieb- nahme wäre es für die Klägerin im Übrigen auch ohne Weiteres möglich gewesen, sich selbst von der einwandfreien Qualität und Quantität des zur Verfügung gestellten Materials zu über- zeugen. Dies hat sie jedoch ohne erkenntlichen Grund unterlassen. Die Klägerin kann aus Art. 8.1. des Lieferungsvertrages keinen Anspruch für die Dokumentenvorlage im Schieds- verfahren ableiten, da der vorerwähnte Artikel selbst eine zeitliche Einschränkung vorsieht.
- 32 Auch die Argumentation, Herr Fuchs, ein Mitarbeiter der Beklagten, hätte sich im Protokoll über den 2. Inbetriebnahmeversuch (**Beilage B-1**) dazu verpflichtet, die Glaszusammenset- zung ausfindig zu machen, begründet vorliegend keinen Anspruch auf Dokumentenvorlage. Herr Fuchs war einzig dazu berechtigt, die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems unter Aufsicht von Herrn Kummer, dem Angestellten der Klägerin, vorzunehmen. Herr Fuchs war bzw. ist in keiner Weise dazu berechtigt, weitergehende Verpflichtungen eigenständig und rechtsgenügend für die Beklagte einzugehen. Von der eingeschränkten Stellvertretungsmacht von Herrn Fuchs hatte die Klägerin indessen auch Kenntnis. So bestätigte die Klägerin selbst, dass Herr Fuchs einzig für die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems zuständig war (Rz. 2 Einleitungsanzeige), und zwar zusammen mit dem für die Lieferung und Montage der Anlage zuständigen Projektleiter Herr Kummer (Rz. 1 Einleitungsanzeige). Damit kann die Klägerin bei Fehlen ihrer Gutgläubigkeit keine Erfüllung der mangelhaften Verpflichtung seitens Herr Fuchs verlangen. Er war nie dazu berechtigt, ein entsprechendes Versprechen abzugeben. Zumal kann ein solches auch keine schiedsgerichtliche Verbindlichkeit mit sich ziehen.
- 33 Die Beklagte hat sich damit, entgegen der Behauptung der Klägerin, in keiner Weise vertrag- lich dazu verpflichtet, allfällig vorhandene Dokumentationen vorzulegen.

2.3. Gestützt auf die IBA Rules

- 34 Weiter versucht die Klägerin, ihren Antrag auf Beweisvorlage auf die IBA Rules on Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (adopted by the resolution of the IBA Council on 1st June 1999; nachfolgend: IBA Rules; vgl. hierzu Rz. 34-50 KB) zurückzuführen. Sie scheint jedoch bewusst nicht darauf einzugehen, weshalb diese Bestimmungen für das

vorliegende Verfahren anwendbar sein sollten. Tatsächlich ist die Anwendbarkeit der IBA Rules weder im Lieferungsvertrag (Beilage K-1) noch in dem diesem vor- bzw. nachgehenden Schriftverkehr festgehalten. Auch der Verweis auf Ziff. 7 des Konstituierungs- und Verfahrensbeschlusses Nr. 1 lässt keinen eindeutigen Schluss auf die Anwendbarkeit der IBA Rules zu. Viel eher seien diese Regelungen laut dem Schiedsgericht *“zu berücksichtigen, ohne jedoch daran gebunden zu sein“*. Folglich ist die Anwendbarkeit von Art. 3 ff. IBA Rules nicht nachgewiesen und wird von der Beklagten mangels Abrede bestritten.

35 Sollte das Schiedsgericht dennoch zum Schluss kommen, die IBA Rules seien vorliegend anwendbar, so wird im Folgenden dargestellt, dass weder die formellen noch die materiellen Voraussetzungen zur Verlangung einer Beweisedition i.S.v. Art. 3 IBA Rules vorliegen.

2.3.1. Dokumente

36 Die Klägerin verlangt in Rz. 35 und 47 der Klagebegründung eine Kopie des originalen *Glaslieferungsvertrags* zwischen der Beklagten und ihrem Schrottglasslieferanten. Es ist unbestritten, dass es sich hier um ein Dokument i.S.v. Art. 3 Abs. 3 lit. a (i) IBA Rules handelt.

37 Des Weiteren fordert die Klägerin Einsicht in *sämtliche Emailkorrespondenz*, welche zwischen der Beklagten und ihrem Glaslieferanten seit Beginn ihrer Zusammenarbeit ausgetauscht wurde (Rz. 35 Satz 2 KB). Nach Art. 3 Abs. 3 lit. a (ii) IBA Rules kann neben einzelnen Dokumenten auch eine Gruppe von Dokumenten verlangt werden. Diese muss genügend spezifisch und eng bezeichnet werden. Zudem muss aufgezeigt werden, dass es vernünftige Gründe gibt, welche für die Existenz einer solchen Gruppe von Dokumenten sprechen (vgl. auch: MCILWRATH/SAVAGE, N 5-193). Unter einer solchen Dokumentengruppe ist eine Kette gleicher oder gleichartiger Dokumente gemeint, denen gemein ist, dass sie sich inhaltlich auf das Thema beziehen, welches der Antragsteller mit ihrer Hilfe beweisen möchte (SCHÄFFLER, 164). Zwischen der Beklagten und ihrem Schrottglasslieferanten wurden während der letzten zwanzig Jahre mehr als *achttausend* Emails verschickt. Die Klägerin führt in keiner Weise aus, welche dieser Emails für den vorliegenden Prozess vorzulegen seien, sondern verlangt schlicht und einfach *jedes* Email. Diese Begründung verschweigt nicht nur den gesuchten Inhalt der geforderten Emailkorrespondenz, sondern ist auch quantitativ nicht genügend spezifisch bezeichnet. Folglich können die Emails nicht als Dokumentenkette anerkannt werden, womit dieses massgebliche Kriterium der IBA Rules nicht erfüllt ist.

38 Die Klägerin fordert in Rz. 36 der Klagebegründung Einsicht in jede *weitere Korrespondenz*, welche zwischen der Beklagten und dem Glaslieferanten geführt worden sei. Die Beklagte bestreitet mit Nichtwissen die Existenz anderweitiger, schriftlicher Dokumentationen, welche Auskunft über die genaue Zusammensetzung des gelieferten Glases geben könnte.

39 Die Beklagte anerkennt nur die Dokumentqualität des Vertrages mit dem Glaslieferanten.

2.3.2. Beweiserheblichkeit

40 Nach Art. 3 Abs. 3 lit. b IBA Rules und gleichlautender bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die geforderten Dokumente für das Verfahren notwendig und damit sachverhaltserheblich sein (vgl. auch: BGE 106 II 170 E. 6b; IMHOOS/SCHÄFER/VERBIST, 137).

Ziel der Klägerin ist es, einen Grund für die mangelhafte Leistung Ihrerseits, die konzeptionellen Mängel der Anlage, zu finden. Hierzu behauptet sie, dass die Beklagte bei der Inbetriebsetzung erneut Material verwendet habe, welches nicht der vertraglichen Normierung entspreche (Rz. 37 KB). Dies wird von der Beklagten bestritten. Die Klägerin kann hierfür keinen entsprechenden Beweis liefern.

41 Gefordert wird zunächst der Vertrag mit dem Glaslieferanten. Dieser definiert die Zusammensetzung des verwendeten Glases jedoch nicht. Er enthält zu diesem Punkt keine weiteren Informationen. Beiden Parteien war es bewusst, dass das Glas grundsätzlich den üblichen Bedingungen zu entsprechen habe und dass allfällige Ausreisser separat zu verwerten seien. Auf diesen Auflagen baut auch die Glasdefinition nach Annex III Art. 6.1 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) auf, welche im Übrigen von der Beklagten aufgrund ihres Erfahrungswerts entsprechend festgesetzt wurde. Da der Vertrag keine Angaben hierzu liefern kann, ist er im vorliegenden Fall auch nicht sachverhaltsrelevant bzw. notwendig. Der Vertrag ist damit nicht dazu geeignet, den Anspruch der Klägerin zu stützen. Folglich ist er nicht beweisrelevant.

42 Weiter behauptet die Klägerin die Beweiserheblichkeit der E-mailkorrespondenz (Rz. 38 KB). Hierzu erübrigen sich bis auf Weiteres jegliche Ausführungen. Die Klägerin hat es bewusst unterlassen, den Umfang der E-mailkorrespondenz genauer zu definieren und damit einzuschränken. Aus oben ausgeführten Gründen kann diese daher nicht vorgelegt werden (vgl. oben Rz. 37). Des Weiteren erfüllt die Argumentation der Klägerin nicht die Voraussetzung der Beweiserheblichkeit. An diese ist, da vorliegend eine weite Kategorie von Dokumenten gefordert wird, ein noch strikterer Massstab anzulegen (so auch: BORN, N 486; verweisend auf: ICC Award No 5542). Zudem irritiert der informelle Hinweis der Klägerin, es *wäre von Vorteil, trotzdem die E-mailkorrespondenz anzuschauen*. Diese Aussage zeigt musterhaft, dass die Klägerin keinen Beweis für die Verantwortlichkeit der Beklagten für den Mangel der Anlage hat. Viel eher versucht die Klägerin durch Einsicht in die E-mailkorrespondenz überhaupt erst, eine Begründung für die mangelhafte Vertragserfüllung ihrerseits zu finden. Dies entspricht einer Fishing Expedition und ist im Schiedsverfahren unzulässig (SCHÄFFLER, 163).

43 Die von der Klägerin geforderte weitergehende schriftliche Korrespondenz (Rz. 39 KB) ist, wie oben erklärt (vgl. oben Rz. 37), nicht beweisrelevant, da sie entgegen der Behauptung der Klägerin nicht existiert und damit keine Falschlieferung der Beklagten aufzuzeigen vermag.

44 Es wurde dargelegt, dass die von der Klägerin geforderten Dokumente alle nicht beweisrelevant sind und damit der Voraussetzung in Art. 3 Abs. 3 lit. b IBA Rules nicht entsprechen.

2.3.3. Entscheiderheblichkeit

45 Wie bereits festgestellt, sind die Voraussetzungen für eine Beweisvorlage mehrfach nicht erfüllt. Weiter müssen entsprechend Art. 3 Abs. 3 lit. b IBA Rules die eingeforderten Beweisunterlagen für den Ausgang eines Verfahrens materiell massgebend und damit entscheidrelevant sein (vgl. auch: HILL/NEWMAN, 742). Die Beklagte gibt zu, dass beim ersten Inbetriebnahmeversuch vom 9. Juni 2010 tatsächlich ein nicht-vertragskonformes Stück Glas zur Verfügung gestellt wurde. Dies bedauert die Beklagte, doch auch die Klägerin als erfahrene Glasanlagenbauerin ist sich darüber bewusst, dass es in der Praxis häufig zu Fehllieferungen kommt. Die Tatsache, dass wohlmöglich falsches Glas angeliefert und in der Folge verwendet worden wäre, ändert im Übrigen nichts an der Tatsache, dass letzten Endes einzig die Klägerin für das Funktionieren der Anlage verantwortlich ist. Die Beklagte hat jedoch aus ihrem Fehler gelernt und sogleich veranlasst, dass das Glas, sowohl durch die Mitarbeiter der Beklagten, wie auch durch den Glaslieferanten, zukünftig noch genauer auf seine Konsistenz überprüft werden muss. So hat sich die Beklagte ab jenem Zeitpunkt vollumfänglich an die vertraglich vereinbarten Konditionen gehalten; ja, sie hat dies sogar vor Gebrauch mehrfach überprüfen lassen. Keines der angeforderten Dokumente ist folglich in der Lage, den technischen Fehler der Anlage nach Treu und Glauben zu entkräftigen, womit die Dokumentenvorlage nicht dazu geeignet ist, einen anderweitigen Entscheid des Schiedsgerichts zu bewirken. Eine Dokumentenvorlage ist diesfalls nach Art. 9 Abs. 2 lit. a IBA Rules ausgeschlossen.

2.3.4. Verfügungsgewalt und -Möglichkeit

46 Die Beklagte bestreitet die Zugänglichkeit zum Glasliefervertrag nicht.

47 Hingegen ist der Zugang zu den achttausend Emails, welche bisher zwischen der Beklagten und ihrem Glaslieferanten ausgetauscht wurden, weitaus schwieriger sicherzustellen. Einerseits verfügt die Beklagte über kein zuverlässiges Hardwaresystem, welches garantiert, dass sämtliche Emails gespeichert sind. Des Weiteren stellt es für die Beklagte einen enormen Aufwand dar, diese der Klägerin überhaupt in einer Form zugänglich machen zu können. Dieser Umstand erfüllt die Rechtfertigung der unvernünftigen Last (*unreasonable burden*) i.S.v. Art. 3 Abs. 3 lit. c (i) IBA Rules, wonach es der Beklagten nicht ohne weitere Schwierigkeiten oder grösseren Aufwand möglich ist, diese Dokumente der Klägerin zugänglich zu ma-

chen (vgl. hierzu auch: ICC Award No. 6497, YCA 1999, 73 und MÜLLER/RONEY, 61). Es kann der Beklagten folglich nicht zugemutet werden, *jedes Email* zur Verfügung zu stellen.

2.3.5. Geheimnisschutz

48 Sollte das Gericht dennoch zum Schluss kommen, die allgemeinen Voraussetzungen für eine Beweisedition seien vorliegend erfüllt, so macht die Art. 9 Abs. 2 lit. e IBA Rules geltend, wonach sie das Recht hat, eine Beweisedition trotz Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 3 IBA Rules abzulehnen, sofern schützenswerte Dokumente betroffen sind (vgl. auch: IMHOOS/SCHÄFER/VERBIST, 137). Dies aus den folgenden Gründen: Einerseits beinhaltet die von der Klägerin geforderte Dokumentation Angaben zu dem Verfahren, wie seinerseits die Zusammenstellung von Glasschrott erfolgt. Diese Angaben wurden vertraulich an die Beklagte weitergegeben. Da der Glaslieferant aufgrund eines erworbenen Patents an eine Geheimhaltungsverpflichtung gebunden ist, würde die Offenlegung der Korrespondenz die Geschäftsbeziehung der Beklagten mit dem Glaslieferanten schädigen und zudem den Glaslieferanten mit einer Schadenersatzklage bedrohen. Dies ist zu verhindern. Andererseits beinhaltet der Vertrag eine Auflistung von Stammkunden, welche von dem Entsorgungsdienst des Glaslieferanten profitieren. Auch diese sind vertraulich und dürfen aus kommerziellen Gründen nicht offengelegt werden. Diese Konfliktsituation ist zu berücksichtigen (VARGA, 158). Damit kann die Dokumentation nicht ohne Verletzung von Geschäftsgeheimnissen vorgelegt werden.

2.3.6. Fazit

49 Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für eine Beweisedition nach Art. 3 Abs. 3 IBA Rules nicht erfüllt. Die Beklagte hat folglich keine Dokumente offen zu legen.

2.4. Fazit zur Beweisedition an sich

50 Die Beklagte bestreitet, vertrauliche Dokumente im laufenden Verfahren offenlegen zu müssen. Jegliche Ausführungen zur Berücksichtigung dieses Faktums im Rahmen der Beweiswürdigung (Rz. 48 KB) sind folglich bis auf Weiteres obsolet. Zudem erübrigt sich, wie dargelegt (vgl. oben Rz. 1), eine Stellungnahme zu vorsorglichen Massnahmen.

III. Materielles

1. Abweisung des Vergütungsanspruchs aus Art. 8.3 Lieferungsvertrag

51 Wie die Klägerin feststellt (Rz. 51 KB), entstand der Vergütungsanspruch mit Abschluss des Vertrags. Allerdings kann sie die Vergütung nur verlangen, wenn diese auch fällig ist (GAUCH, N 1151). Gemäss Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) sind 90 % des Gesamtpreises in monatlichen Ratenzahlungen nach der Abnahme zu leisten. Da es aufgrund des Verschuldens der Klägerin jedoch nie zu einer erfolgreichen Abnahme kam, entfällt auch ihr

Anspruch auf eine Vergütung. Die Fälligkeit tritt darum nie ein (BGE 94 II 161 E. 4, 165; 89 II 232 E. 4a, 235; 110 II 176 E. 2a, 178; siehe auch: BÜHLER, Art. 372 N 14 ff.). Daraus folgt, dass die Beklagte zur Geltendmachung ihres Rücktrittsrechts befugt und die Klägerin zur Rückleistung der von ihr bereits erhaltenen CHF 500'000.- verpflichtet ist.

1.1. Keine Abnahme der Anlage im Juni 2010

52 Laut Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) kann sich die Klägerin auf eine automatische Abnahme innert acht Monaten nach Vertragsschluss berufen. Dies gilt aber nur, wenn die Leistungstests ohne ihr Verschulden nicht in diesem Zeitraum erfolgreich abgeschlossen werden können. Über die Verschuldensfrage besteht grosse Unklarheit.

1.1.1. Erster Leistungstest

53 Dass die Beklagte für das Scheitern des ersten Leistungstests verantwortlich ist, ist hinlänglich bekannt; sie anerkennt namentlich, eine falsche Glaszusammensetzung verwendet zu haben. Somit besteht gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) grundsätzlich die Möglichkeit, dass sich die Klägerin innert acht Monaten von ihrer vertraglichen Pflicht hätte befreien können, da sie am Scheitern des Tests keine Schuld traf. Indem die Beklagte von ihrem in Annex III 5.2.1 (**Beilage K-1**) verankerten Recht auf zusätzliche Leistungstests Gebrauch machte, trat diese Befreiung jedoch nicht ein. Die Parteien einigten sich im Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (**Beilage K-2**) auf einen Termin Ende November 2010.

54 Den zweiten Leistungstest verschweigt die Klägerin bei ihren Ausführungen gänzlich, obwohl sie ihn eigens vereinbart und durchgeführt hat (siehe Protokoll über zweiten Inbetriebnahmeversuch, **Beilage B-1**). Der Lieferungsvertrag gibt keine Antwort darauf, was geschieht, wenn der zweite Test nicht innerhalb der achtmonatigen Frist durchgeführt werden kann. Diesbezüglich entsteht eine Lücke im Vertrag; solche Lücken werden primär nach dem gegenseitigen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen geschlossen und sekundär durch die objektivierte normative Auslegung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1200 f.). Die subjektive Vertragsauslegung beruht auf der Beweiswürdigung, erst danach werden die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips ausgelegt (BGer 4C.72/2007, E. 2.1 f.). Die Parteien vereinbarten im Protokoll nach dem ersten Leistungstest schriftlich einen Reparaturzeitraum bis Ende November 2010. Daraus ergibt sich, dass die Anlage nicht automatisch abgenommen werden kann, da sie wegen anstehender Reparaturen noch gar nicht abnahmefähig gewesen wäre. Ansonsten wäre ein zweiter Leistungstest für die Beklagte sinnfrei. Auch die vertraglichen Bestimmungen nach Art. 11.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) über Ergänzungen sind erfüllt. Die Vereinbarung wurde schriftlich im ersten Protokoll (**Beilage K-2**) und von den jeweiligen bevollmächtigten Vertretern, Herr Kummer und Herr Fuchs, unter-

zeichnet. Bei der Reparatur der Anlage, welche Voraussetzung für einen zweiten Test war, liess sich die Klägerin ausgiebig Zeit. Demgegenüber gab es von Seiten der Beklagten keinerlei Gründe, welche die Durchführung innerhalb des vertraglich vereinbarten Zeitraums verhindert hätten.

55 Das Glasstück, auf welches sich die Klägerin bezieht, ist nur unwesentlich grösser, als die vorgegebene Maximalgrösse. Die Breite unterschritt die vorgegebenen Normen sogar! Dass eine solch minimale Überschreitung allein für Schäden mit einer Reparaturdauer von über fünf Monaten verantwortlich sein soll, beweist gleichermassen die mindere Qualität der Anlage, wie auch die Unfähigkeit der Klägerin bei der Reparatur derselben. Die lange Verzögerung bis im November 2010 ist darauf zurückzuführen, dass die Klägerin grundlegende Reparaturarbeiten vornehmen musste und mit diesen nicht zügig und vorankam.

1.1.2. Zweiter Leistungstest

56 Beim zweiten Leistungstest, der am 28. November 2010 stattfand, wurden die vereinbarten Leistungswerte erneut nicht erreicht. Diesen zweiten Test versucht die Klägerin durch Verschweigen als gegenstandslos abzutun, weil die Abnahme des Werks angeblich bereits am 23. Juni 2010 erfolgt sei. Dieses Verhalten erscheint widersprüchlich, wirkt es doch so, als wolle die Klägerin die Mangelhaftigkeit ihrer Anlage auf dem Umweg der Abnahme kaschieren.

57 Bei wem die Schuld für das Scheitern des zweiten Tests liegt, ist bis dato nicht abschliessend geklärt, vielmehr besteht Unklarheit darüber. Das hat zur Folge, dass sich die Klägerin auch beim zweiten Leistungstest nicht auf die vertragliche Befreiung nach Art. 8.3. Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) berufen kann. Hierfür ist namentlich verlangt, dass die Klägerin keine Schuld am Scheitern trifft. Ob dies der Fall ist, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden, weshalb die vorhandene Unklarheit bereits ausreicht, um den Tatbestand von Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) einstweilen zu verneinen. Insbesondere kann Herr Kummer, der den zweiten Test frühzeitig verlassen hat, zur Sache keine zuverlässigen Aussagen machen, welche die Klägerin in irgendeiner Form entlasten könnten. Die Beklagte hat wie erwähnt (Rz. 45) nach dem ersten Test zusätzliche Massnahmen getroffen. Dies und die Unklarheit genügen nach Ansicht der Beklagten bereits, um die Erfüllung besagten Tatbestands zu verneinen. Es erscheint darum gleich doppelt fragwürdig, auf welche Grundlage sie ihren Vergütungsanspruch stützen will. Statt begründet, erscheint der geltend gemachte Anspruch unter den gegebenen Umständen eher als rechtsmissbräuchlich.

1.1.3. Zwischenfazit

58 Im Einvernehmen wurde ein zweiter Leistungstest auf Ende November 2010 angesetzt. Diese Vereinbarung entsprach dem Willen beider Parteien, wonach eine erfolgreiche Abnahme vom zweiten Leistungstest abhängt. Die Beklagte trägt weder die Schuld an der Verzögerung vor diesem, noch ist geklärt weshalb er scheiterte. Ein Verschulden kann ihr deshalb nicht vorgeworfen werden. Aus all diesen Gründen ergibt sich, dass keine Abnahme stattgefunden hat und Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) nicht anwendbar ist.

1.1.4. Verfehlen der vereinbarten Leistungsfähigkeit – keine Ratenzahlungen

59 Wie die Klägerin in Rz. 58 richtig feststellt, besteht zwischen dem Betrieb der modernisierten Anlage und den vereinbarten Zahlungsbestimmungen ein Konnex. Umso gewichtiger ist der Umstand, dass die vereinbarten Leistungsgarantien auch nach der Reparatur nie erreicht wurden. Zwar leistet die Anlage mehr als die vorherige und generiert so gesehen einen Mehrwert. Allerdings genügt nicht irgendein Mehrwert, um Sinn und Zweck der Neuanschaffung gerecht zu werden, sondern nur die vertraglich vereinbarte Leistung von 5.0 t (zum Ganzen BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 16-17). Wäre dies nicht der Fall, so hätten die Parteien gänzlich auf eine vertragliche Quantifizierung verzichten können. Das Privileg der Ratenzahlungen wird so nutzlos, da für die Beklagte in erster Linie die Leistung der Anlage, nicht die Zahlungsmodalität massgebend ist. Entsprechend entlegen wirkt die Argumentation der Klägerin.

1.2. Abweisung eines Vergütungsanspruchs aus Art. 363 i.V.m. Art. 372 OR

60 Aus den z. T. reichlich nebulösen Ausführungen der Klägerin ergibt sich sinngemäss, dass sie - neben dem bereits bestrittenen Anspruch aus Art. 8.3 LV (**Beilage K-1**) – einen identischen Anspruch auf die Vergütung gestützt auf Art. 363 OR i.V.m. Art. 372 OR geltend macht. Aufgrund der dispositiven Natur von Art. 372 OR (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 372 N 15) richtet sich der Anspruch nach der vertraglichen Modifikation in Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**), gemäss dessen die erste Rate nach der Inbetriebnahme fällig wird.

1.2.1. Keine erfolgreiche Inbetriebnahme

61 Die Glasbrecheranlage wurde durch das Anzeigen des Montageendes abgeliefert. Anschliessend fand durch die Leistungstests eine Mängelprüfung i.S. von Art. 367 OR statt. Hierbei zeigte sich, wie unter Rz. 53 – 57 ausgeführt, dass die Anlage die vertraglichen vereinbarten Werte nie erreichte und der zweite Leistungstest sogar abgebrochen werden musste.

1.2.2. Rechtmässige Verweigerung der Annahme – Recht zur Wandlung

62 In Folge der gescheiterten Inbetriebnahme und der Untätigkeit seitens der Klägerin macht die Beklagte gemäss Art. 368 Abs. 1 OR von ihrem Recht zur Wandlung Gebrauch. Vorausset-

zung ist, dass sich in einer Interessenabwägung eine Erheblichkeit der Mängel ergibt, welche eine Annahme unzumutbar macht (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 14). Die Konzeption der Glasbrecheranlage und die Überwachung der Leistungstests liegen klar im Aufgabenbereich der Klägerin. Der zweite Leistungstest verlief reibungslos, bis nach einer gewissen Betriebszeit Störungen auftauchten, welche zu einer Blockierung des Systems führten und ein Fortführen unmöglich machten. Herr Kummer verliess die Anlage bereits vorzeitig und verletzte so seine Überwachungspflicht. Der Vorwurf, es sei die falsche Glaszusammensetzung verwendet worden, wird dezidiert bestritten. Es fehlt hierfür an nachvollziehbaren Gründen.

1.2.4. Zur Berufung der Klägerin auf Art. 97 OR

63 Die Berufung der Klägerin auf Art 97 Abs. 1 OR ist sinnfrei. Sie unterstellt der Beklagten einen antizipierten Vertragsbruch und verweist dabei auf BGer 4C.58/2004 E. 3.3. Laut diesem besteht eine antizipierte Vertragsverletzung immer dann, wenn die Leistungsverweigerung bereits vor der Fälligkeit der Leistung erklärt wird.

64 Die Klägerin widerspricht sich mit dieser Argumentation selbst: Gemäss ihren Ausführungen (Rz. 57 KB) soll die Anlage rückwirkend am 23. Juni 2010 als abgenommen gelten und damit der Vergütungsanspruch fällig sein. Ein antizipierter Vertragsbruch kann aber nur vorliegen, wenn die Leistungsverweigerung vor der Fälligkeit erklärt wird. Somit konnte die Beklagte am 7. Januar 2011 gar keine antizipierte Vertragsverletzung mehr begehen. Die Beklagte kann keine Ansprüche aufgrund erloschener Forderungen erheben. Ohnehin kann der Beklagten durch die Rücktrittserklärung keine positive Vertragsverletzung vorgeworfen werden. Nach dem gescheiterten zweiten Test sind von Seiten der Klägerin keine weiteren Anstrengungen unternommen worden, etwas zur Verbesserung der Anlage beizutragen. Wenn sich die Beklagte am 31. Dezember 2010 zum Vertragsrücktritt entschieden hat, so widerspricht dies keinesfalls, wie von der Klägerin behauptet, Art. 2.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**), sondern erscheint vor dem Hintergrund unzähliger erfolgloser Mahnungen und monatelanger Verluste infolge mangelhafter Leistung gerechtfertigt und nachvollziehbar.

1.2.5. Keine Verzugszinsen

65 Ebenfalls abzuweisen ist damit der Anspruch auf Verzugszinsen. Wie Art. 4.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) statuiert, sind diese geschuldet, sollte die Beklagte mit der Zahlung im Verzug sein. Da mangels einer erfolgreichen Abnahme der Anlage keine Zahlung fällig ist, erübrigen sich damit Verzugszinsen.

1.2.6. Fazit

66 Die Beklagte macht von ihrem Recht zur Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR Gebrauch, weshalb ein gesetzlicher Anspruch der Klägerin auf den Kaufpreis entfällt. Die Berufung auf Art. 97 Abs. 1 OR sowie anschliessend auf Schadenersatz nach Art. 107 Abs. 2 OR entbehrt somit jeglicher Grundlage und ist abzuweisen.

2. Rücktritt der Beklagten

2.1. Aus Vertrag – wesentliche Vertragsverletzung

67 Gemäss Art. 18.1 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) kann der Vertrag nur im Falle einer wesentlichen Vertragsverletzung, des Konkurses oder der Insolvenz einer Partei vorzeitig beendet werden. Dass die beiden letzteren Gründe nicht vorliegen, stellt die Klägerin richtigerweise fest (Rz. 85 KB), und dies wird von der Beklagten nicht bestritten.

68 Die Klägerin behauptet in ihrer Klageschrift (Rz. 85 KB), dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Verzug und die Gewährleistung nicht unter den Begriff der wesentlichen Vertragsverletzung subsumiert werden könnten. Dem hierbei zitierten Bundesgerichtsentcheid (BGE 117 II 550, E. 4b) lässt sich diesbezüglich indes überhaupt nichts entnehmen; die klägerische Behauptung ist im Übrigen auch inhaltlich falsch: Im Vertrag ist nicht definiert, was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff der wesentlichen Vertragsverletzung nach Art. 18.1 Lieferungsvertrag im Einzelnen zu verstehen ist. Nach der Natur des Werkvertrages hat der Besteller (die Beklagte) Anrecht auf Herstellung eines mangelfreien Werks durch den Unternehmer (Klägerin) (vgl. Art. 363 und 368 OR). Vertraglich vorgesehen war in Annex III 6.2 (**Beilage K-1**) eine Glasbrecheranlage mit Verarbeitungsleistung von fünf Tonnen pro Stunde. Geliefert wurde ein mangelhaftes Werk, welches unbrauchbar ist und in keinem Leistungstest die vertraglichen Vorgaben erreicht hat. Damit hat die Klägerin die vertraglichen Erwartungen der Beklagten enttäuscht und somit eine wesentliche Vertragsverletzung begangen. Dies vermittelt der Beklagten gemäss Art. 368 Abs. 1 OR einen Anspruch auf Wandlung.

2.2. Mängelrechte nach Art. 368 OR

69 Für die Ergreifung der Mängelrechte nach Art. 368 OR müssen die allgemeinen Voraussetzungen der Ablieferung des beendeten Werks sowie die rechtzeitige Prüfung und Mängelrüge durch den Besteller gegeben sein. Weiter darf der Besteller die Mängel nicht selbst verschuldet oder das Werk genehmigt haben (zum Ganzen: HUGUENIN, N 634 ff.).

70 Vorliegend fand die Ablieferung durch das Anzeigen des Montageendes und die Prüfung anhand der Inbetriebnahme statt. Dabei zeigten sich im ersten Test Mängel, die bis zum zweiten Test im November 2010 behoben werden sollten (**Beilage K-2**). Dies gelang aber offensichtlich nicht, und der zweite Leistungstest scheiterte ebenfalls (**Beilage B-1**). Damit drängt

sich die Annahme auf, dass das Verfehlen der Leistungsgarantien auf konzeptionelle Mängel der Anlage zurückzuführen ist. Nach dem zweiten Leistungstest am 28. November 2010 wurde seitens der Klägerin nichts zur Verbesserung der Anlage unternommen. Nach mehreren Gesprächen und mehreren Abmahnungen im Dezember 2010 sah sich die Beklagte daher gezwungen, der Klägerin eine Frist zur Erfüllung bis Ende Jahr anzusetzen. Die Klägerin nahm diese in der Folge nicht wahr. Aufgrund dessen reichte die Beklagte mit Schreiben vom 7. März 2011 ihren Rücktritt ein.

71 Damit die Beklagte ihr Recht zur Wandlung geltend machen kann, müssen die Mängel an der Glasbrecheranlage so erheblich sein, dass sie unbrauchbar oder ihre Annahme nicht zumutbar ist (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 14). Die Klägerin verneint diese Möglichkeit mit der Begründung, das Werk sei auf Grund und Boden der Bestellerin, welches nur mit unverhältnismässigem Aufwand entfernt werden könne. Dabei verkennt die Klägerin folgenden Umstand: Zwar ist die Glasbrecheranlage ein im Boden verankertes Werk; von einem unverhältnismässigem Aufwand bei der Entfernung kann aber nicht die Rede sein. Die bereits vorgenommene Demontage durch die Beklagte beweist das Gegenteil. Da es sich bei diesen Hinderungsgründen um kumulativ zu erfüllende Tatbestände handelt (BÜHLER, Art. 368 N 209), liegt die Klägerin mit ihrer Behauptung falsch; die Wandlung des Vertrags ist ohne Weiteres möglich (Rz. 96 KB).

2.2.1. Keine Abnahme der Anlage

72 Die Klägerin behauptet, dass die Abnahme zumutbar gewesen und bereits im Juni 2010 erfolgt sei (Rz. 90, 92 KB). Aus diesem Grund sei Art. 368 OR nicht anwendbar. Wie bereits dargelegt (Rz. 52-58), ist die Beklagte anderer Ansicht. Sie stellt fest, dass noch überhaupt keine Abnahme erfolgte und darum keine Anwendbarkeit von Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) gegeben ist. Denn die Mängel an der Anlage protokollierte und rügte die Beklagte sowohl nach dem ersten Leistungstest (**Beilage K-2**) als auch nach dem zweiten Leistungstest (**Beilage B-1**). Folglich wurde die Anlage nie von der Beklagten genehmigt.

73 Gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) gibt es drei Tatbestände, welche eine Abnahme zur Folge hätten: 1. Erfüllung der Leistungsgarantien nach Annex III (**Beilage K-1**) innerhalb oder ausserhalb eines Leistungstests, 2. Ablauf des Inbetriebnahmezeitraums ohne dass der Auftragnehmer die Möglichkeit zu weiteren Tests hatte und 3. die Nutzung der Anlage für andere Zwecke wie die Inbetriebnahme. Die Erfüllung der Leistungsgarantien kann vorliegend verneint werden, da die 5.0 t Verarbeitungsleistung nie erreicht wurden. Weiter wurden seitens der Klägerin auch nie weitere Tests verlangt. Zudem kann eine anderweitige Nutzung der Anlage ausgeschlossen werden, was auch die Klägerin nicht behauptet. Da aus

obigen Gründen weder eine Abnahme noch Genehmigung erfolgt ist und die Mängel protokolliert und gerügt wurden, kommt Art. 368 OR zur Anwendung.

2.2.2. Mangelhaftigkeit der Glasbrecheranlage

2.2.2.1. Kalttest gilt nicht als Bestätigung für eine einwandfreie Funktion

74 Die Klägerin behauptet in Rz. 88 ff. KB, mit dem Abschluss des Kalttests sei ein grundlegender, konzeptioneller Mangel ausgeschlossen. Sie geht somit von einem absoluten Begriff der Unbrauchbarkeit aus, wonach das Werk bereits als brauchbar gilt, solange es nicht vollständig betriebsunfähig ist. Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch sinnwidrig, würde dadurch doch jede vertragliche Vereinbarung über die Quantität des Werks obsolet. Wie in Annex I 3.2 (**Beilage K-1**) dargelegt, ist der Zweck der Kalttests bloss die Überprüfung auf Mängel bei der Montage und grundsätzliche Funktionstüchtigkeit der Anlage, nicht aber die Überprüfung ihrer Leistungsfähigkeit. Somit kann aus diesen Mängeln nicht auf die Brauchbarkeit der Anlage für die Bestellerin geschlossen werden.

2.2.2.2. Erhebliche Mängel - Relative Unbrauchbarkeit der Anlage

75 Die Behauptung, die Anlage sei durch die minimale Leistungssteigerung oder gar durch ihr blosses Funktionieren bereits brauchbar für die Beklagte, greift aus diesem Grund zu kurz. Vielmehr ist der Begriff der Unbrauchbarkeit nicht absolut, sondern relativ zu verstehen. Es geht nicht darum, dass das Werk völlig unbrauchbar ist, sondern dass es für die spezifischen Bedürfnisse des Bestellers untauglich ist. Massgebend ist dementsprechend, welche Voraussetzungen im Vertrag an das Werk gestellt werden (zum Ganzen: BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 16-17; siehe auch: BGE 114 II 239 E. 5aa, 244). Dieser relative, am konkreten Vertragsinhalt orientierte Begriff der Unbrauchbarkeit führt dazu, dass das Nichterreichen der 5.0 t Verarbeitungsleistung die Unbrauchbarkeit i.S.v. Art. 368 Abs. 1 OR zur Folge hat. Diese begründet wiederum einen Anspruch auf Beendigung.

2.2.2.3. Kein Selbstverschulden beim zweiten Test

76 Die Mängel an der Anlage sind nicht, wie die Klägerin (Rz. 93, 95 KB) behauptet, auf ein Selbstverschulden der Beklagten zurückzuführen. Sie führt aus, dass die Beklagte beim zweiten Test erneut eine falsche Glaszusammensetzung verwendet habe nachdem Herr Kummer das Gelände der Brunner Recycling AG verlassen hatte (Rz. 95 KB). Diese Behauptung ist gleich doppelt sinnwidrig: Erstens hat die Klägerin dafür keine Beweise, da Herr Kummer ja nicht anwesend war. Zweitens ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die Beklagte sich derart selbst schaden wollte. Durch die mangelhafte Anlage entstehen der Beklagten schliesslich täglich Verluste, was die Behauptung aus ökonomischer Sicht äusserst eigenartig

erscheinen lässt. Darüber hinaus stellt sich folgende Frage: Wenn die Klägerin diesen Umstand behauptet, dann muss sie ihn auch beweisen können (vgl. hierzu Rz. 57).

2.2.2.4. Keine Hinnahme des Mangels

- 77 Die Begleichung der ersten Rate wird von der Klägerin als Hinnahme des Mangels gewertet (Rz. 91 KB). Diese Wertung ist geradezu stossend, hat die Klägerin die Zahlung doch nur aus folgenden zwei Gründen getätigt: Erstens tat sie es im – falschen – Vertrauen auf weitere Bemühungen der Klägerin zur Verbesserung der Anlage und zweitens schlichtweg aus gutem Willen, da diese über ihre mangelnde Bankbonität beklagte. In Anbetracht des Umstandes, dass die mangelnde Zahlungsfähigkeit ihren Angaben nach einen Projektstopp zur Folge gehabt hätte, erschien es der Beklagten als „kleineres Übel“, die Rate zu leisten. Wie in Rz. 11 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage bereits bekräftigt, ist diese Zahlung jedoch nicht als Hinnahme – und zwar auch nicht als konkludente – zu verstehen.
- 78 Im Allgemeinen gilt zudem, dass die Anerkennung einer Rechnung nicht als Genehmigung des Werkes in irgendeiner Form zu verstehen ist (GAUCH, N 1265). Aus all diesen Gründen ist die Aussage der Klägerin somit als nicht näher ausgewiesene Parteibehauptung zu werten.

2.3. Folgen des Rücktritts

- 79 Da die Voraussetzungen der Wandlung erfüllt sind, ist die Beklagte berechtigt, den Werkvertrag rückwirkend aufzuheben. Die Klägerin hat somit die bereits erhaltene Vergütung samt Zinsen und die Beklagte das Werk samt bezogenem Nutzen zurückzuerstatten (zum Ganzen: BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 25). Der Zinssatz wurde von den Parteien in Art. 4.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) auf 12 % festgesetzt. Die Beklagte ist ihrer Pflicht bereits nachgekommen, die Anlage liegt zur Abholung bereit.

2.4. Aus Gesetz Art. 366 Abs. 1 OR

- 80 Die Klägerin bestreitet die Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR, indem sie sich auf eine angeblich erfolgte Abnahme beruft. Der Artikel beinhaltet einen Rechtsbehelf, welcher vor dem Ablieferungstermin ergriffen werden kann und somit einen vorzeitigen Rechtsschutz bietet (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 1). Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Ablieferung mit dem Montageende bereits erfolgte. Die Mängel an der Anlage zeigten sich erst bei der gemeinsamen Prüfung während der Leistungstests, weshalb die Beklagte, wie dargelegt, (Rz. 69ff.) ihre Mängelrechte geltend machte und vom Vertrag zurück trat.

2.5. Aus Gesetz Art. 377 Abs. 1 OR

- 81 Gemäss Art. 377 Abs. 1 OR besteht ein einseitiges und willkürliches Auflösungsrecht für den Besteller (BÜHLER, Art. 377 N 6). Die Klägerin verneint dieses, da sie von einer bereits er-

folgten Abnahme ausgeht. Die Beklagte widerspricht ihr zwar in diesem Punkt, möchte aber dennoch keinen Gebrauch von diesem Recht machen. Dies begründet sich darüber, dass sie keinen Grund sieht, die Klägerin schadlos zu halten, wenn ihr auch der Rücktritt durch Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR offen steht.

3. Kein Verstoß gegen Treu und Glauben

82 Zum Abschluss (Rz. 104ff. KB) unterstellt die Klägerin der Beklagten treuwidriges Verhalten und stellt eine ganze Reihe von falschen Behauptungen auf. Beispielsweise, dass die Beklagte den Schuldnerverzug rüge, was jedoch nicht zutrifft. Wie bereits ausgeführt, geht es um eine schwere Vertragsverletzung infolge der Nichtverbesserung der unbrauchbaren Anlage. Dabei kann sie den Fehler noch so oft als behebbar erklären, solange sie in der Praxis nicht zu dessen Behebung in der Lage ist. Entsprechend fadenscheinig wirkt ihr absoluter Begriff der Unbrauchbarkeit, da dieser nur dazu dient, die Messlatte für ihr mangelhaftes Werk zu senken, indem sie urplötzlich vom vertraglich vereinbarten Qualitätsstandard nichts mehr wissen möchte, bezüglich der Glaszusammensetzung und Grösse aber geradezu penibel auf den vertraglichen Vereinbarungen beharrt.

83 Ferner wirft sie der Beklagten Rechtsmissbrauch infolge der Demontage vor. Fakt ist aber, dass zwischen dem ersten Inbetriebnahmeversuch am 9. Juni 2010 und der Mitteilung der Demontage 7. März 2011 fast ein ganzes Jahr liegt, in dem die Klägerin unfähig war, ihre eigene Anlage auf das vertraglich vereinbarte Leistungsniveau zu verbessern. Dies bedeutete permanente Gewinneinbussen für die Beklagte, die sie nicht mehr hinzunehmen bereit war. Dementsprechend versuchte sie in ihrer verzweifelten finanziellen Lage, der Beklagten die vermeintliche Hinnahme der Mängel zu unterstellen. Da sie auf inhaltlicher Ebene jedoch keine Lösungen anzubieten vermochte, liegt die Vermutung nahe, dass sie das Projekt nur am Leben erhalten will, um über den Rechtsweg an Geldmittel zu kommen.

84 Aus diesem Grund lehnt die Beklagte einen Rücktritt aus Art. 377 Abs. 1 OR ab. Der anfängliche gute Wille und das Vertrauen sind zerstört, weshalb ihr an der Schadloshaltung der Klägerin nicht mehr gelegen ist. Da die Voraussetzungen für eine Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR gegeben sind, strebt sie eine solche an. In jedem Fall lehnt die Beklagte eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses kategorisch ab.

4. Abschliessende Würdigung

85 Aus den dargelegten Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder der Schiedskommission, antragsgemäss zu entscheiden.

Mit vorzüglichster Hochachtung

Moot Court Team 6