

Moot Court Team 7

Alexander Geml

Luzia Stierli

Martina Wiher

Fatma Zencirkiran

Per E-Mail

lst. huguenin@rwi.uzh.ch

Frau Prof. Dr. Z

Seetangweg 44

Postfach 2546

CH-8043 Zürich

18. April 2012

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011

Sehr geehrte Frau Vorsitzende

Sehr geehrte Herren Schiedsrichter

in der Sache

Bietmann Industrieanlagen AG

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

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Moot Court Team 4

gegen

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Moot Court Team 7

betreffend Forderung

reichen wir hiermit namens und im Auftrag der Beklagten und Widerklägerin die

Klageantwort

ein und ersuchen um Gutheissung der folgenden

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,*
 - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 18. Dezember 2009 auf den Betrag von CHF 400'000;*
 - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.*
3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	VII
Entscheidverzeichnis	XI
1. Allgemeines zum Kostenvorschuss zu den Äusserungen der Klägerin	1
1.1 Es besteht keine vertragliche Pflicht, den Kostenvorschuss zu bezahlen	1
1.2 Die unberechtigte Klage stellt einen Ausnahmegrund dar	2
1.3 Es liegt kein Fall für eine vorsorgliche Massnahme vor	2
1.4 Fazit	3
2. Es besteht kein Anspruch auf Rückerstattung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR	3
2.1 Keine Vertragsverletzung	3
2.2 Es besteht kein Schaden	4
2.3 Weitere Voraussetzungen	4
2.4 Fazit	4
3. Antrag der Klägerin auf Vorlegung des Vertrages mit dem Glassammelungsunternehmen	4
3.1 Antrag auf Vorlegung von Dokumenten	4
3.2 Prozessuale Gründe i.S.v. Art 3 Abs. 3 lit. b IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen.....	5
3.3 Materielle Gründe i.S.v. Art. 9 Abs. 2 IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen.....	5
3.4 Die Vertraulichkeit muss sichergestellt werden	6
3.5 Beim Antrag der Klägerin handelt es sich um eine Fishing Expedition	7
3.6 Fazit	7
4. Antrag der Klägerin auf Vorlegung aller Korrespondenz mit dem Glassammelungsunternehmen	7
4.1 Prozessuale Gründe i.S.v. Art. 3 Abs. 3 IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen.....	7

4.2	Materielle Gründe i.S.v. Art. 9 Abs. 2 IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen.....	8
4.3	Der Antrag der Klägerin ist eine offensichtliche Fishing Expedition.....	8
4.4	Fazit.....	9
5.	Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Leistung des Kaufpreises in der Höhe von CHF 3'500'000 zzgl. Zinsen von 12% auf fällige Abschlagszahlungen.....	10
5.1	Ausgangslage.....	10
5.2	Die Beklagte muss ihre Hauptpflicht nicht mehr erfüllen.....	10
5.3	Die Beklagte hat ihre Nebenpflichten erfüllt.....	11
5.4	Zwischenfazit.....	12
5.5	Die Klägerin hat ihre vertraglichen Hauptpflichten nicht erfüllt.....	12
5.5.1	Keine Ablieferung des Glasbrechersystems am 9. Juni 2010.....	12
5.5.1.1	Das Glasbrechersystem ist nicht vollendet.....	12
5.5.1.2	Es wurde kein Abnahmezertifikat ausgestellt.....	13
5.5.1.3	Das Glasbrechersystem weist konzeptionelle Mängel bezüglich des Trichters und der Leistungsfähigkeit auf.....	13
5.5.1.4	Die Klägerin akzeptierte einen zweiten Leistungstest.....	14
5.5.2	Keine Ablieferung des Glasbrechersystems am 29. November 2010.....	14
5.5.3	Keine fingierte Ablieferung.....	15
5.5.4	Eventualiter: Ablieferung des Glasbrechersystems trotz Unvollendung.....	16
5.6	Die Klägerin hat ihre vertraglichen Nebenpflichten nicht erfüllt.....	16
5.7	Fazit.....	16
6.	Die Beklagte hat einen klagbaren Anspruch auf die Rückleistung der bezahlten Teilzahlungen des Gesamtvertragspreises in der Höhe von CHF 500'000.....	17
6.1	Rücktrittsrecht aufgrund eines Herstellungsverzugs nach Art. 366 Abs. 1 OR....	17
6.2	Eventualiter: Rücktrittsrecht gegen Schadloshaltung nach Art. 377 OR.....	19
6.3	Eventualiter: Rücktrittsrecht aufgrund von Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR.	20
6.4	Fazit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

AAA Rules	International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) der American Arbitration Association vom 1. Juni 2010
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
bzgl.	bezüglich
CHF	Schweizer Franken
cm	Zentimeter
E.	Erwägung
Ed.	Edition (<i>engl.</i>); Auflage
et al.	et alii (<i>lat.</i>); und andere
etc.	et cetera (<i>lat.</i>); und so weiter
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäss
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IBA Rules	IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom 29. Mai 2010
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
i.c.	in casu
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
LCIA Rules	Arbitration Rules des London Court of International Arbitration vom 1. Januar 1998
lit.	litera (<i>lat.</i>); Buchstabe
N	Note (Randnote)
no.	Number (<i>engl.</i>); Nummer

Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220), Stand 1. März 2012
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.a.	siehe auch
sog.	sogenannt/e
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung; SR)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0), Stand 1. Januar 2012
s.u.	siehe unten
Swiss Rules	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung), Januar 2006
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vol.	volume (<i>engl.</i>); Ausgabe
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), Stand 1. Januar 2012
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
zzgl.	zuzüglich

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2. Ed., London 2010

(zit. BERGER/KELLERHANS, Rz 4; 9; 25)

BÜHLER MICHA, *Non payment of the advance on costs by the respondent party – is there really a remedy?*, ASA Bulletin 2/2006 (Vol. 24), S. 290 – 301

(zit. BÜHLER, Rz. 4; 13)

BÜHLER THEODOR, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363 – 379 OR*, 3. Aufl., Zürich 1998

(zit. ZK-BÜHLER, Rz. 60)

BÜHLER THEODOR, *Vertragsrecht im Maschinenbau und Industriebau: unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und des Exportgeschäftes*, Zürich 1987

(zit. BÜHLER, Vertragsrecht, Rz. 39; 51)

BÜHLER THEODOR, *Verträge der Maschinen- und Industriebauindustrie nach Schweizerischem Recht*, Zürich 2008

(zit. BÜHLER, Verträge, Rz. 38)

DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, *Strafrecht IV*, 4. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2011

(zit. DONTASCH/WOHLERS, Rz. 13)

FAVRE-BULLE XAVIER, *Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie – Un tribunal peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?*, ASA Bulletin 2/2001 (Vol. 19), S. 227 – 245

(zit. FAVRE-BULLE, Rz. 4; 8; 9)

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

(zit. GAUCH, Rz. 35; 39; 52; 54; 58; 60; 62; 66; 67)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 9. Aufl. Zürich 2008
(zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 29; 33)

HABEGGER PHILIPP, Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2006 Special Supplement, Paris 2006, S. 21 ff
(zit. HABEGGER, Rz. 26; 27)

HANOTIAU BERNARD, Document Production in International Arbitration : A Tentative Definition of „Best Practices“, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2006 Special Supplement, Paris 2006, S. 113 ff.
(zit. HANOTIAU, Rz. 26)

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 1 – 529 OR, 1. Aufl., Basel 2008
(zit. KK OR–BEARBEITER/IN, Rz. 29)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011
(zit. BSK OR-BEARBEITER/IN, Rz. 14; 29; 65; 67; 69)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
(zit. HUGUENIN, OR AT, Rz. 12; 14)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
(zit. HUGUENIN, OR BT, Rz. 66; 69)

IBA WORKING PARTY, Commentary on the New IBA Rules of Evidence, International Business Law, Band 2, London, Januar 2000
(zit. IBA WORKING PARTY, Rz. 25; 27)

JOLLES ALEXANDER/CANALS DE CEDIEL MARIA, Confidentiality, in: KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/STUCKI BLAISE (Hrsg.), *International Arbitration in Switzerland*, Den Haag 2004

(zit. JOLLES/CANALS DE CEDIEL, Rz. 19; 20)

KARRER PIERRE A./STRAUB PETER A., Switzerland, in: WEIGAND FRANK-BERND (Hrsg.), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 2. Auflage, Oxford 2009, S. 815 ff.

(zit. KARRER/STRAUB, Rz. 20)

KOLLER ALFRED, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998

(zit. BK-KOLLER, Rz. 61)

ROHNER THOMAS/LAZOPOULOS MICHAEL, Respondent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, *ASA Bulletin* 3/2011 (Vol. 29), S. 549 – 573

(zit. ROHNER/LAZOPOULOS, Rz. 6)

SCHNEIDER JÜRIG/SOMMER UELI/CARTIER MICHAEL, Switzerland, in: *E-Discovery and Data Privacy*, NOORA CATRIEN/HANLOSER STEFAN (Hrsg.), Alphen aan den Rijn 2011

(zit. SCHNEIDER et al., Rz. 19; 24)

SECOMB MATTHEW, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, in: *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 14/No. 1 2003, S. 59 – 70

(zit. SECOMB, Rz. 4; 6)

SIEBER PHILIPP, Respondent's refusal to pay the advance on costs in *Selected Papers on International Arbitration* Vol. 1, Bern 2011

(zit. SIEBER, Rz. 6)

SIEGENTHALER THOMAS, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen: nach schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller, Zürich 2000 (Diss. Freiburg i.Ü.)

(zit. SIEGENTHALER, Rz. 69)

ZUBERBÜHLER TOBIAS/HOFMANN DIETER/OETIKER CHRISTIAN/ROHNER THOMAS, IBA Rules of Evidence, Commentary, Zürich 2012

(zit. ZUBERBÜHLER et al., Rz. 21; 23; 25)

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

(zit. Commentary-BEARBEITER/IN, Rz. 7; 19; 21; 27)

Entscheidverzeichnis

BGE 46 II 248	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Juli 1920
BGE 69 II 243	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Juni 1943
BGE 89 II 232	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Juni 1963
BGE 103 IV 283	Urteil der VI. Strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Juli 1977
BGE 114 II 239	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Oktober 1988
BGE 117 II 273	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juni 1991
BGE 123 III 183	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Januar 1997
BGer 4C.387/2001	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. September 2002
BGer 4C.393/2006	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. April 2007
ICC Case 11405	Zwischenentscheid des International Court of Arbitration vom 26. März 2002
ICC Case 11330	Entscheid des International Court of Arbitration vom 17. Juni 2002

1. Allgemeines zum Kostenvorschuss | zu den Äusserungen der Klägerin

- 1 Die Klägerin wirft der Beklagten ein pflichtwidriges Verhalten vor, indem die Beklagte nicht bereit sei, den Kostenvorschuss von CHF 125'000 zu bezahlen. Sie erkennt aber gleichzeitig, dass ein Nichtbezahlen des Kostenvorschusses Nachteile für *beide* Parteien nach sich zieht (Klageschrift Rz. 9). Es liegt somit auch nicht im Interesse der Beklagten, eine Beendigung oder Sistierung des Verfahrens nach Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules anzustrengen. Die Beklagte strebt genauso wie die Klägerin den Weitergang des Verfahrens an. Diesen Willen hat die Beklagte klar zum Ausdruck gebracht, als sie die Einschreibgebühr von CHF 4'500 einzahlte.
- 2 Die Beklagte möchte sich auch nicht der Verantwortung entziehen, sich anteilmässig am Kostenvorschuss zu beteiligen, obwohl ihr genau dies von der Klägerin vorgeworfen wird (Klageschrift Rz. 19). Aus dem Einschreiben an das Schiedsgericht vom 13. September 2011 geht klar hervor, dass die Beklagte nicht bereit ist, sich hälftig am Kostenvorschuss zu beteiligen. Aber selbstverständlich würde sie für einen angemessenen Betrag, entsprechend der Höhe ihrer Forderung, aufkommen.
- 3 Folgend wird aufgezeigt, dass die Beklagte keine Pflicht trifft, sich, wie die Klägerin fordert, hälftig am Kostenvorschuss zu beteiligen.

1.1 Es besteht keine vertragliche Pflicht, den Kostenvorschuss zu bezahlen

- 4 Die Klägerin nimmt in ihrer Klageschrift als selbstverständlich an, dass die hälftige Bezahlung des Kostenvorschusses eine vertragliche Pflicht darstellt, die auf der Schiedsvereinbarung basiert (Klageschrift Rz. 6 f.). Dies ist aber keineswegs ein international angewandter Grundsatz (BERGER/KELLERHALS, Rz. 1447). So sehen weder die LCIA Rules noch die Regeln der AAA eine solche Aufteilung vor. Schon ein Blick in die von den Vertragsparteien vereinbarte Schiedsordnung zeigt deutlich, dass nicht von einer vertraglichen Pflicht zur Bezahlung der Hälfte des Kostenvorschusses gesprochen werden kann. So ist gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules das Schiedsgericht befugt, nach freiem Ermessen separate Vorschüsse festzusetzen. Der Internationale Schiedsgerichtshof (ICC) hat richtig erkannt, dass die Pflicht, sich hälftig am Kostenvorschuss zu beteiligen, nicht vertraglich sein kann, wenn gleichzeitig dem Schiedsgericht die Kompetenz zusteht, separate Kostenvorschüsse festzusetzen (ICC Case 11405, Interim Award vom 26. März 2002, in ASA Bulletin 4/2003 (Vol. 21), S. 806 N 18 f.). Das Schiedsgericht kann während des Verfahrens jederzeit auf den Kostenvorschuss zurückkommen (Art. 41 Abs. 3 Swiss Rules), ihm kommt somit ein provisorischer Charakter zu. Dies wird verstärkt durch den Fakt, dass das Schiedsgericht erst im Endurteil definitiv

entscheidet, welche Partei die Kosten zu tragen hat (BERGER/KELLERHALS, N 1458; BÜHLER, S. 291 N 4; FAVRE-BULLE, S. 238). Es besteht keine vertragliche Verpflichtung zwischen den Parteien, je die Hälfte des Kostenvorschusses zu tragen. Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules zeugt vielmehr davon, dass die Parteien verpflichtet sind, den Kostenvorschuss an das Schiedsgericht zu leisten (SECOMB, S. 64 N 23).

5 Es handelt sich somit um eine prozessuale Obliegenheit und nicht um eine vertragliche Pflicht.

1.2 Die unberechtigte Klage stellt einen Ausnahmegrund dar

6 Sollte das Schiedsgericht dennoch der Ansicht folgen, dass die hälftige Bezahlung des Kostenvorschusses eine vertragliche Pflicht darstellt, gibt es Gründe, welche die Weigerung der Beklagten, die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen, rechtfertigen (ICC Case 11330 vom 17. Juni 2002 zit. in SECOMB, S. 63 N 19f.; SIEBER, N 55; ROHNER/LAZOPOULOS S. 563). Die Klägerin sieht in der Weigerung der Beklagten, den Kostenvorschuss zu bezahlen, unter anderem einen Verstoss gegen das Prinzip von Treu und Glauben (Klageschrift Rz. 13). Demgegenüber erkennt aber die Beklagte im Verhalten der Klägerin einen solchen Verstoss. So sollte eine Partei nicht verpflichtet werden können, den hälftigen Anteil am Kostenvorschuss zu bezahlen, wenn die Klage der Gegenpartei überrissen und unberechtigt ist (SIEBER, N 55).

7 Der Gesamtstreitwert beträgt nur deshalb CHF 4'000'000, weil die Klägerin einen Betrag einklagt, der ihr offensichtlich nicht zusteht [Rz. 29 ff.]. Wie auch aus der Klageschrift (Rz. 20) hervorgeht, wurden noch nicht alle Raten in Rechnung gestellt, womit die Klägerin auch keinen Anspruch über CHF 3'500'000 haben kann. Solch eine überhöhte und unbegründete Forderung verstösst klar gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und der Beklagten kann nicht zugemutet werden, dass sie dadurch unverhältnismässig belastet wird. Die Beklagte möchte damit nicht, wie die Klägerin der Beklagten vorwirft (Klageschrift Rz. 21), eine Berechnung des Kostenvorschusses, welche auf dem Widerklagewert basiert. Sondern sie stellt klar dar, dass sie sich ausschliesslich anteilmässig am Kostenvorschuss beteiligen will. Da der Widerklagestreitwert (CHF 500'000) lediglich $\frac{1}{8}$ des Gesamtstreitwertes von CHF 4'000'000 ausmacht, ist lediglich ein Anteil von CHF 31'250 angemessen. Eine solche Berechnung ist mit den Swiss Rules ohne Weiteres vereinbar (Commentary-STACHER, Art. 41 N 8).

1.3 Es liegt kein Fall für eine vorsorgliche Massnahme vor

8 Wie die Klägerin in Rz. 14 der Klageschrift festhält, wird auch die Ansicht vertreten, dass es sich beim Kostenvorschuss um eine prozessuale Obliegenheit handelt und daraus keine vertragliche Pflicht abzuleiten ist. Die Beklagte folgt dieser Ansicht aufgrund der oben genann-

ten Argumente [Rz. 4 f.]. Durch den provisorischen Charakter des Kostenvorschusses kann darüber nur mit einer vorläufigen Massnahme i.S.v. Art. 26 Abs. 2 Swiss Rules entschieden werden (FAVRE-BULLE, S. 238 f.).

- 9 Um einen vorläufigen Schiedsspruch zu erwirken, muss die Klägerin aufzeigen, dass tatsächlich eine Pflicht besteht, sich hälftig am Kostenvorschuss zu beteiligen und dass ihr ansonsten ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (BERGER/KELLERHALS, N 1458). Eine andere Ansicht verlangt lediglich Glaubhaftmachung des nichtwiedergutmachbaren Nachteils (FAVRE-BULLE, S. 239). Diese Kriterien kann die Klägerin allerdings nicht erfüllen. Es ist kein Grund erkennbar, weshalb der Klägerin ein nicht wiedergutzumachender Nachteil drohen sollte. Vor allem ist zu bedenken, dass sie einen grösseren Teil des Kostenvorschusses zu tragen hat aus dem einfachen Grund, dass sie, wie oben [Rz. 7] ausgeführt, mit ihrer überhöhten Klageforderung gegen den fundamentalen Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Die Konsequenz davon muss klarerweise sein, dass die Klägerin den grösseren Anteil am Kostenvorschuss wegen ihrer überhöhten und unbegründeten Forderung selbst zu tragen hat.

1.4 Fazit

- 10 Die Voraussetzungen für einen vorläufigen Schiedsspruch nach Art. 26 Abs. 2 Swiss Rules sind nicht gegeben. Und selbst wenn die Bezahlung des Kostenvorschusses als eine vertragliche Pflicht qualifiziert wird, kann kein durchsetzbarer Entscheid gefällt werden, da im Verhalten der Klägerin klar ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben erkennbar ist und dieser die Beklagte davon entbindet, die Hälfte am Kostenvorschuss tragen zu müssen.

2. Es besteht kein Anspruch auf Rückerstattung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR

- 11 Für eine Schadenersatzklage nach Art. 97 Abs. 1 OR müssen alle Voraussetzungen erfüllt sein, welche die Klägerin richtigerweise aufzählt (Klageschrift Rz. 22 ff.). Der Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung nach Art. 97 Abs. 1 OR scheidet allerdings an mehreren Aspekten.

2.1 Keine Vertragsverletzung

- 12 Um Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR geltend zu machen, muss eine vertragliche Pflicht verletzt sein (HUGUENIN, OR AT, N 598). Wie oben [Rz. 4] schon dargelegt, nimmt die Beklagte keine vertragliche Pflicht an, den Kostenvorschuss zu leisten, weshalb auch keine Schadenersatzforderung in Frage kommen kann.

2.2 Es besteht kein Schaden

13 Selbst wenn eine solche vertragliche Pflicht wider Erwarten festgestellt werden sollte und die
Beklagte somit eine vertragliche Pflicht verletzt hätte, scheidet der Schadenersatzanspruch
nach Art. 97 Abs. 1 OR am Fehlen eines Schadens. Da erst im Endentscheid abschliessend
über die Kostenverteilung entschieden wird, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gesagt
werden, ob eine Partei einen Schaden trägt, wenn sie den ganzen Kostenvorschuss bezahlt
(BÜHLER, S. 298 N 19).

2.3 Weitere Voraussetzungen

14 Die weiteren Voraussetzungen, wie der Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverlet-
zung und dem Schaden (HUGUENIN, OR AT, N 598) und das Verschulden (BSK OR-
WIEGAND, Art. 97 N 42 ff.) müssen nicht geprüft werden. Die Beklagte kann kein Verschul-
den treffen, da weder eine Vertragsverletzung [Rz. 12] noch ein Schaden [Rz. 13] vorliegen.

15 In Rz. 27 der Klageschrift nimmt die Klägerin ausserdem Bezug auf Art. 112 Abs. 1 OR und
scheint zu erkennen, dass es bei der Schiedsvereinbarung in Bezug auf den Kostenvorschuss
um einen unechten Vertrag zugunsten eines Dritten, also des Schiedsgerichtes, handelt (so
dargestellt in Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 19. September 2011, Nr. 10). Nach An-
sicht der Beklagten ist dieser Hinweis unter dem Titel des Schadenersatzes von keiner Bedeu-
tung, will die Klägerin doch nicht mehr die Erfüllung des angeblich unechten Vertrages zu-
gunsten eines Dritten, sondern den Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR, der aber eine Ver-
tragsverletzung voraussetzt. Die Beklagte erblickt allerdings keine vertragliche Pflicht zur
hälftigen Beteiligung am Kostenvorschuss aus der Schiedsvereinbarung [Rz. 4 ff.].

2.4 Fazit

16 Da die Voraussetzungen für eine Schadenersatzforderung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR nicht
erfüllt sind, besteht kein Anspruch der Klägerin von der Beklagten Schadenersatz von
CHF 125'000 zzgl. Zinsen zu verlangen.

3. Antrag der Klägerin auf Vorlegung des Vertrages mit dem Glassammlungsun- ternehmen

3.1 Antrag auf Vorlegung von Dokumenten

17 Das Schiedsgericht sollte die Vorlegung von Dokumenten nur anordnen, wenn es überzeugt
ist, dass die Behauptungen, welche die Klägerin beweisen möchte, relevant und wesentlich
für den Fall sind, wenn keine Gründe nach Art. 9 Abs. 2 IBA Rules vorliegen und nur wenn
die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 3 IBA Rules erfüllt wurden. Die Beklagte ist der An-
sicht, dass die Dokumente weder relevant noch wesentlich sind und sowohl prozessuale als

auch materielle Gründe gegen eine Vorlegung sprechen. Deshalb erhebt die Beklagte hiermit gänzlich Einspruch gegen den Antrag auf Vorlegung i.S.v. Art. 3 Abs. 5 IBA Rules.

3.2 Prozessuale Gründe i.S.v. Art 3 Abs. 3 lit. b IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen

18 Der Vertrag mit dem Glassammlungsunternehmen ist nicht relevant für den Fall, weil er nicht geeignet ist, die Behauptung der Klägerin, sie sei ihrer vertraglichen Pflicht gemäss Art. 363 OR sowie den Bestimmungen Annex III des Vertrages (K-1) nachgekommen (Klageschrift Rz. 38), zu beweisen. Der Vertrag ist dafür schon nicht geeignet, weil der Grund für das Scheitern der Leistungstests in den konzeptionellen Mängeln der Glasbrechermaschine liegt und nicht in der Glaszusammensetzung [Rz. 38 ff.; 48 ff.]. Die Beklagte bestreitet nicht, dass beim ersten Leistungstest eine zu leichte Glaszusammensetzung eingesetzt wurde, was auch im Protokoll vom 9. Juni 2010 (K-2) vermerkt wurde. Zur Grösse des Glasstückes siehe unten [Rz. 31]. Indem die Klägerin behauptet, die ungenügende Verarbeitungsleistung von 3,7 Tonnen pro Stunde habe wiederum in der Verantwortung der Beklagten gelegen (Klageschrift Rz. 38), unterstellt sie der Beklagten, dass diese auch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch eine nicht vertragskonforme Glasmischung eingesetzt haben soll. Dass die Beklagte dies tunlichst vermieden hat – die Inbetriebnahme der Anlage wäre ja durchaus in ihrem eigenen Interesse gewesen – bedarf keiner weiteren Erläuterung. Zudem wurde vom Glassammlungsunternehmen bestätigt, dass es sich seit jeher an die vereinbarten Glaszusammensetzungen halte (Verfahrensbeschluss Nr. 4, Ziff. 4). Die Vermutung liegt daher nahe, dass auch beim zweiten Leistungstest konzeptionelle Mängel an der Glasbrechermaschine für die ungenügende Leistung ausschlaggebend waren [Rz. 41 ff.]. Zudem könnte anhand des Vertrages nicht belegt werden, welche Glaszusammensetzung die Beklagte in die Glasbrechermaschine eingeführt hat, sondern nur – falls überhaupt – welche sie beim Glassammlungsunternehmen bestellt hat. Der Vertrag ist auch nicht wesentlich für die Entscheidfällung. Das Schiedsgericht kann durchaus einen angemessenen Entscheid treffen, ohne vom Vertragsinhalt Kenntnis zu haben. Denn die Sachlage ist, wie in Rz. 18, 38 ff. und 48 ff. dargelegt, eindeutig und es bestehen keine Zweifel, dass die Klägerin das Verschulden am Scheitern der Leistungstests trifft. Selbst wenn der Vertrag für den Fall relevant wäre, kann keine Wesentlichkeit angenommen werden, wodurch die Anforderungen von Art. 3 Abs. 3 (b) IBA Rules nicht erfüllt sind.

3.3 Materielle Gründe i.S.v. Art. 9 Abs. 2 IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen

19 Es bestehen unter anderem rechtliche Hindernisse und Verweigerungsrechte i.S.v. Art. 9 Abs. 2 lit. b IBA Rules, denn das StGB verbietet in Art. 273 die Herausgabe von Geschäfts-

geheimnissen an ausländische Firmen. Das Geheimnis darf nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sein und von ausserhalb der Schweiz nicht problemlos feststellbar sein. Zudem müssen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse sowie ein Geheimhaltungswille bestehen (DONATSCH/WOHLERS, S. 344; SCHNEIDER et al., S. 292), was im vorliegenden Fall zweifellos gegeben ist, handelt es sich bei den Informationen doch um geschäftsrelevante Daten. Aus der systematischen Einordnung ergibt sich zudem, dass durch die Vorlegung die Interessen der Schweiz betroffen sein müssen, was bereits anzunehmen ist, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Geschäftsinteressen eines in der Schweiz ansässigen Unternehmens betroffen sind (DONATSCH/WOHLERS, S. 344). Auch Art. 162 StGB stellt den Verrat von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen unter Strafe. Ausserdem kommen auch wirtschaftliche und technische Gründe für Verschwiegenheit (Art. 9 Abs. 2 lit. e IBA Rules) zum Tragen: Da die Klägerin Maschinen für verschiedene Firmen herstellt und somit in engem Kontakt mit direkten Konkurrenten der Beklagten steht, kann es der Beklagten nicht zugemutet werden, einen Vertrag, welcher Geschäftsgeheimnisse enthält, vorzulegen. In Urteilen Schweizer Schiedsgerichte wurden bereits die Preispolitik, Geschäftsbedingungen zur Lieferung von Waren, Zusammenstellungen über Daten von Rohmateriallieferanten und Ähnliches als Geschäftsgeheimnisse anerkannt, welche geschützt werden müssen (JOLLES/CANALS DE CEDIEL, S. 111; vgl. BGE 103 IV 283, 284, E. 2b). Daher liegt es nahe, dass auch die Bedingungen über die Glaslieferungen ein schützenswertes Geschäftsgeheimnis darstellen. Das Geheimhaltungsinteresse der Beklagten überwiegt im vorliegenden Fall das Interesse an der Vorlegung des nicht relevanten Vertrages klar. Im Grunde sollte es selbstverständlich sein, dass ein Antrag auf Dokumentenedition nicht missbraucht werden darf, um einen ungerechtfertigten Einblick in Geschäftsgeheimnisse der anderen Partei zu erlangen (RAESCHKE-KESSLER, S. 429). Grundsätzlich besteht zwar ein Recht, die Vorlegung von rechtzeitig benannten Dokumenten zu verlangen, dieses Recht umfasst aber nicht rein interne Dokumente (Commentary-OETIKER, Art. 28 N 45). Schliesslich sprechen auch Gründe der Verhältnismässigkeit i.S.v. Art. 9 Abs. 2 lit. g IBA Rules gegen eine Vorlegung des Vertrages. Da genügend andere Beweismittel vorhanden sind (u.a. Entwürfe, technische Grob- und Detailplanungen gemäss Annex II (K-1)), um die Sachlage mit grosser Genauigkeit und Sicherheit zu klären, ist es unverhältnismässig, die Vorlage eines vertraulichen Vertrages zu verlangen.

3.4 Die Vertraulichkeit muss sichergestellt werden

20 Da das Schiedsgericht bisher keine Anzeichen hat erkennen lassen, dass es gedenkt, den Vertrag im Falle einer Vorlegungsverpflichtung einer speziellen, vertraulichen Behandlung i.S.v. Art. 9 Abs. 4 IBA Rules zu unterstellen, fürchtet die Beklagte um die Geheimhaltung der ge-

schäftsrelevanten Zahlen und Fakten des Vertrages. Sie ersucht daher das Schiedsgericht, sicherzustellen, dass nur eine kleinstmögliche Zahl von Personen damit in Kontakt kommen würde und eine absolut vertrauliche Behandlung gewährleistet wird (JOLLES/CANALS DE CEDIEL, S. 111; KARRER/STRAUB, N 12.109).

3.5 Beim Antrag der Klägerin handelt es sich um eine Fishing Expedition

21 Der Antrag der Klägerin, den ganzen Vertrag mit dem Glassammelungsunternehmen vorlegen zu müssen (Ergänzung der Einleitungsanzeige, S. 55; Klageschrift Rz. 41), kommt einer Fishing Expedition gleich, welche in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht zulässig ist (ZUBERBÜHLER et al., N 83). Ohne den genauen Inhalt zu kennen, verlangt die Klägerin in unspezifischer Art und Weise die Vorlegung des ganzen Vertrages, was nicht hingenommen werden kann. Das Schiedsgericht wird hiermit ersucht, in Übereinstimmung mit der Praxis (Commentary-NATER-BASS, Art. 24 N 18) die Fishing Expedition nicht zu unterstützen und bei der Anordnung einer Vorlegungsverpflichtung Zurückhaltung zu üben. Da Dokumente grundsätzlich vollständig und nicht teilweise vorgelegt werden müssen (Commentary-NATER-BASS, Art. 24 N 15), kommt die von der Klägerin in Rz. 40 der Klageschrift angeregte teilweise Vorlegung deshalb und aus den oben genannten Gründen nicht zum Zug.

3.6 Fazit

22 Abgesehen davon, dass der Vertrag nicht relevant und wesentlich i.S.v. Art. 3 Abs. 3 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 2 lit. a IBA Rules ist [Rz. 18], liegen diverse Ausschlussgründe vor, welche eine Vorlegung nicht zulassen. Art. 9 Abs. 5 IBA Rules kann daher keine Anwendung finden und der Antrag auf Vorlegung sei abzuweisen.

4. Antrag der Klägerin auf Vorlegung aller Korrespondenz mit dem Glassammelungsunternehmen

4.1 Prozessuale Gründe i.S.v. Art. 3 Abs. 3 IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen

23 Betreffend die mangelnde Relevanz und Wesentlichkeit kann auf Rz. 18 verwiesen werden. Die Klägerin verlangt die Vorlegung einer Kategorie von Dokumenten (E-Mails) sowie aller Korrespondenz (Ergänzung der Einleitungsanzeige, S. 55; Klageschrift Rz. 48). Die Vorlegung einer bestimmten Kategorie von Dokumenten zu verlangen ist zwar grundsätzlich zulässig (Art. 3 Abs. 3 lit. a (i) IBA Rules), jedoch sollte die Beschreibung normalerweise die folgenden Elemente enthalten: (i) den vermuteten Autor und/oder Empfänger des Dokumentes, (ii) das vermutete Datum oder eine Zeitperiode, in welcher das Dokument erstellt worden sein soll und (iii) den vermuteten Inhalt des Dokumentes (ZUBERBÜHLER et al., N 110). Zudem

können bei elektronischen Dokumenten auch Suchbegriffe, Dateinamen etc. benannt werden, nach denen die Dateien durchsucht werden sollen (Art. 3 Abs. 3 lit. a (ii) IBA Rules). Indem die Klägerin keinen einen Autor und/oder Empfänger, keine Zeitperiode und keinen möglichen Inhalt des Dokumentes angibt und auch keine spezifischen Suchbegriffe benennt, verlangt sie nicht nach einer eng umschriebenen Kategorie von Dokumenten, wie dies von den IBA Rules vorgesehen ist. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, hätte sie den Antrag sorgfältig und genau auf die Belange, welche relevant für den Fall und wesentlich für die Entscheidungsfällung sind, anpassen müssen. Da sie dies nicht tat, erfüllt sie nicht die Anforderungen von Art. 3 Abs. 3 lit. a IBA Rules und versucht zugleich, eine Fishing Expedition zu begehen [dazu in Rz. 25 f.].

4.2 Materielle Gründe i.S.v. Art. 9 Abs. 2 IBA Rules, welche gegen eine Vorlegung sprechen

24 Für Art. 9 Abs. 2 lit. a, b und e IBA Rules kann auf Rz. 19 verwiesen werden. Zudem wäre eine Verpflichtung zur Vorlegung sämtlicher Korrespondenz völlig unverhältnismässig (lit. g), denn der Aufwand dafür wäre immens (lit. c): Da die Beklagte eine Vielzahl von Angestellten beschäftigt, müssten sämtliche E-Mail-Konten aller Angestellten nach E-Mails an das Glassammlungsunternehmen durchsucht werden, was ein langwieriges und mühsames Prozedere darstellt. Zudem wären von der Untersuchung auch private E-Mails der Angestellten betroffen, was besondere Schwierigkeiten betreffend der Vertraulichkeit und Wahrung der Privatsphäre aufwirft. Im Übrigen besagt Art. 328 lit. b OR, dass der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur insoweit bearbeiten darf, als sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (s.a. SCHNEIDER et al., S. 282). Die grosse Anzahl an E-Mails, welche durchsucht werden müssten, wirft auch zeitliche Probleme auf. Eine Vorlegung würde erhebliche Vertraulichkeitssicherungsmaßnahmen erfordern, um die delikaten und schützenswerten Inhalte vor Kenntnisnahme durch Unbefugte zu schützen. Zudem wird die Suche durch die ungenaue Bezeichnung der verlangten Dokumente [Rz. 23] erschwert. Daher erweist sich die Vorlegung der E-Mails und sonstigen Korrespondenz als klarerweise unverhältnismässig aufwändig, insbesondere im Hinblick auf den fraglichen Beitrag an das Verfahren, welches aufgrund anderer Beweismittel entschieden werden kann.

4.3 Der Antrag der Klägerin ist eine offensichtliche Fishing Expedition

25 Indem die Klägerin in unspezifischer Art und Weise die Vorlegung jeder Korrespondenz zwischen dem Glassammlungsunternehmen und der Beklagten verlangt, versucht sie im Sinne einer Fishing Expedition an für sie allenfalls relevante Fakten zu gelangen. Dies ist in der

internationalen Schiedsgerichtsbarkeit verpönt und nicht erlaubt (ZUBERBÜHLER et al., N 83). Das Ziel der Dokumentenedition in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist es nicht, die andere Partei mit allen potenziell relevanten Unterlagen zu versorgen. Es gibt in den IBA Rules schliesslich keine Bestimmung, welche volle Ausforschung oder Dokumentenvorlegung wie im Anglo-Amerikanischen System vorsieht (BERGER/KELLERHALS, N 1216). Mit der Möglichkeit, die Vorlegung einer Kategorie von Dokumenten zu verlangen, wollte die Arbeitsgruppe keine Fishing Expeditions möglich machen. Art. 3 Abs. 3 wurde vielmehr geschaffen, um Fishing Expeditions zu verhindern (IBA WORKING PARTY, S. 20). Auch die h.M. vertritt die Ansicht, dass in internationalen Schiedsverfahren auf eine US-Style e-discovery zu verzichten sei (ZUBERBÜHLER et al., N 52).

26 Fishing Expeditions zeichnen sich dadurch aus, dass die Antragstellerin nicht weiss, ob ein bestimmtes Dokument oder eine bestimmte Kategorie von Dokumenten existiert, und/oder was der Inhalt des verlangten Dokumentes ist. Die antragstellende Partei fragt wie im vorliegenden Fall nicht nach bestimmten Dokumenten, um eine bestimmte Behauptung zu beweisen, sondern sucht nach Dokumenten, welche zu ihrem Vorteil sein könnten. Allerdings genügen *pauschale Anträge, welche „alle Dokumente“ [...] über eine längere Zeitperiode verlangen normalerweise nicht dem Kriterium der genauen Bezeichnung* (HANOTIAU, S. 117). Wie die Klägerin in Rz. 44 der Klageschrift selbst festhält, möchte sie „die geschäftliche Tätigkeit aufzeigen“, gemäss Rz. 48 „Entwicklungen verstehen“ sowie „Detailvereinbarungen und Abklärungen feststellen und nachvollziehen können“. Dieses Vorhaben geht deutlich zu weit, als mit den verfolgten Zielen keine Vereinfachung des Verfahrens oder eine klarere Beweislage erreicht werden kann. Vielmehr verstösst die Klägerin mit diesen Vorhaben selbst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, welchen sie in Rz. 40 der Klageschrift anruft und gibt eine Fishing Expedition in den Formulierungen von Rz. 48 implizit selbst zu. PHILIPP HABEGGER fasst die herrschende Lehre in der Schweiz treffend zusammen: „*As in proceedings before State Courts, it is uniformly held that the purpose of producing documents in arbitral proceedings is to prove allegations of fact and not to gather information. Fishing Expeditions are therefore unacceptable*“ (HABEGGER, S. 28).

4.4 Fazit

27 Es besteht kein Anspruch auf Vorlegung aller E-Mails und der gesamten Korrespondenz, weswegen der Antrag der Klägerin abzuweisen sei. Denn der Antrag steht in einem direkten Widerspruch zu den im vorliegenden Fall anwendbaren Regeln der IBA Rules (IBA WORKING PARTY, S. 20) und der Swiss Rules (Commentary-NATER-BASS, Art. 24 N 12) sowie der herrschenden Meinung (HABEGGER, Rz. 26).

5. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Leistung des Kaufpreises in der Höhe von CHF 3'500'000 zzgl. Zinsen von 12% auf fällige Abschlagszahlungen

5.1 Ausgangslage

28 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Beklagte ihren Verpflichtungen gemäss Vertrag vom 22. Oktober 2009 (K-1) nachgekommen ist. Es wird ausserdem dargelegt, dass die Klägerin ihrerseits die vertraglichen Pflichten nicht erfüllt hat.

5.2 Die Beklagte muss ihre Hauptpflicht nicht mehr erfüllen

29 Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Zahlung des Kaufpreises per Ende Juli 2010 fällig wurde, da alle Voraussetzungen für die Zahlung des Kaufpreises erfüllt seien (Klageschrift Rz. 58, 82). Nach Art. 82 OR muss bei vollkommen zweiseitigen Verträgen derjenige, welcher den anderen zur Erfüllung anhalten will, bereits erfüllt haben oder die Erfüllung gehörig anbieten. Der Vertrag über Lieferungen und Leistungen vom 22. Oktober 2009 wird von beiden Parteien unbestritten als Werkvertrag qualifiziert. Dieser ist ein synallagmatischer Vertrag, bei dem die Vergütung und die Ablieferung eines mängelfreien Werks im Austauschverhältnis stehen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 257; KK OR-GROSS/SPRECHER, Art. 82, N 6; BSK OR-LEU, Art. 82 N 4; BGE 89 II 232, 235, E. 4a.).

30 Gemäss Art. 4.2.2 des Vertrags i.V.m. Art. 8 des Vertrags (K-1) sind 90% des Gesamtpreises ratenweise *nach der Inbetriebnahme* zu überweisen. Wie die Klägerin richtig festhält, hat die Beklagte die erste Ratenzahlung in der Höhe von CHF 100'000 am 8. November 2010 getätigt. Doch der Ansicht, dass die Beklagte damit konkludent die Schuld für den gesamten Betrag anerkennt (Klageschrift Rz. 81), ist nicht zu folgen. Aufgrund der konzeptionellen Mängel der Anlage kann nicht von einer erfolgreichen Herstellung der Glasbrecheranlage gesprochen werden [Rz. 44] und die Klägerin hat weder den Vertrag erfüllt, noch die Erfüllung durch Fertigstellung des Glasbrechersystems angeboten [Rz. 64]. Folglich ist keine Inbetriebnahme i.S.v. Art. 4.2.2 des Vertrages (K-1) erfolgt, womit auch das Synallagma entfällt. Die erste Rate (K-3) wurde nur beglichen, weil der 2. Inbetriebnahmeversuch noch ausstand und die Beklagte der Klägerin entgegenkommen wollte (Vereitelungsverbot, Art. 2.2 des Vertrages (K-1)), da gemäss deren Aussagen das Projekt wegen mangelnder Bankbonität sonst nicht hätte weiter verfolgt werden können (Einleitungsantwort, Nr. 11). Der nachträgliche Wegfall des Synallagmas hat zur Folge, dass die Beklagte nicht zur Vorleistung verpflichtet werden kann und sie folglich keine Vergütung schuldet. Aufgrund des rechtmässig erfolgten Rücktritts vom Vertrag (B-2) [Rz. 56 ff.; 66 ff.] schuldet vielmehr die Klägerin die bereits geleisteten Teilzahlungen [Rz. 65].

5.3 Die Beklagte hat ihre Nebenpflichten erfüllt

- 31 Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte ihrer Pflicht, die vereinbarte Glasmischung bereitzustellen, nicht nachgekommen sei. Auf diese Weise habe sie ihre vertraglichen Nebenpflichten (Art. 3.1 Vertrag (K-1)) verletzt (Klageschrift Rz. 57, 65, 86). In Art. 6.1 Annex III (K-1) wird die Grösse der einzelnen Glasstücke der zu verarbeitenden Glasmischung definiert. Es wird dabei deutlich, dass das Glasstück, welches den Trichter während des 1. Leistungstests vom 9. Juni 2010 (K-2) verbeulte, nur je 10 cm länger und höher, dafür aber 20 cm dünner war als die beschriebenen Maximalwerte. Das Glasstück wies ein um 4,16% vergrössertes Volumen auf und war damit nur marginal grösser als vertraglich vorgesehen.
- 32 Nach Ansicht der Beklagten ist bei Industrieanlagen dieses Umfangs zu erwarten, dass ein Dosiertrichter vor schnellem Verschleiss geschützt ist und einen Toleranzwert bzgl. des zu verarbeitenden Materials aufweist, damit nicht jede geringste Abweichung des zu verarbeitenden Materials zu Störungen führt. Da der Dosiertrichter aber bereits beim ersten, nicht vollends den vertraglichen Spezifikationen entsprechenden Glasstück verbeult wurde, entspricht dieser nicht dem Standard, der eine Industrieanlage aufweisen muss.
- 33 Ferner muss der Wille der Parteien bei Vertragsschluss berücksichtigt werden. Mit der objektivierten Auslegung kann ermittelt werden, welchen Vertragswillen die Parteien mutmasslich gehabt haben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1201). Die Beklagte strebte mit der neu eingebauten Anlage eine erhöhte wirtschaftliche Effizienz an. Falls die Auftraggeberin mit der verwendeten Glasmischung beim früheren Glasbrechersystem Probleme gehabt hätte, hätte sie dies bei der Planung des neuen Glasbrechersystems eingebracht und zu eliminieren versucht. Es ist somit seitens der Klägerin nicht redlich, nun zu behaupten, dass die Beklagte mit der Verwendung einer falschen Glasmischung die Erfüllung des Vertrags selber aktiv zu verhindern versuchte. Aus den dargelegten Gründen ist nicht vorstellbar, dass die konzeptionellen Mängel der Maschine von einer lediglich marginalen Abweichung des Glasinputs herrühren.
- 34 Des Weiteren behauptet die Klägerin, dass die Beklagte die Verwendung der falschen Glasmischung bestätige (Klageschrift Rz. 57). Wie dem Wortlaut des Protokolls vom 29. November 2010 (B-1) aber entnommen werden kann, anerkennt die Beklagte nur, dass es nicht zu einer erfolgreichen Inbetriebnahme kam. Der Grund für das Fehlschlagen des 2. Inbetriebnahmeversuches (B-1) ist bis heute unklar, wie in Rz. 48 weiter ausgeführt wird.
- 35 In Art. 3 des Vertrags (K-1) sind sämtliche Verpflichtungen des Auftraggebers aufgeführt. Daneben gehört zu den vertraglichen Nebenpflichten insbesondere die vertragliche Treuepflicht gem. Art. 2 ZGB. Der Besteller ist gegenüber dem Unternehmer verpflichtet, für ein Werk, das vor der Ablieferung in seine Obhut übergeht, Sorge zu tragen (GAUCH, N 1321). Obwohl sich die Klägerin über Wochen hinweg kaum um die erfolgreiche Inbetriebnahme des

Glasbrechersystems bemühte [Rz. 54; 60], hat die Beklagte der Klägerin die fehlenden Eigenschaften der Anlage sowohl schriftlich als auch mündlich angezeigt und im Dezember 2010 mehrmals angestrebt, eine Lösung zu finden (Verfahrensbeschluss Nr. 4, Ziff. 11), womit sie der Bestimmung von Art. 18.1 des Vertrages (K-1) nachgekommen ist. Sie hat zudem während der gesamten Montagezeit der Anlage Sorge getragen und war während allen Leistungstests anwesend. Die Beklagte hat die in Art. 3 des Vertrages (K-1) statuierten Nebenpflichten erfüllt und alles in ihrer Macht stehende unternommen, um in guter Zusammenarbeit das Vertragsziel doch noch zu erreichen.

5.4 Zwischenfazit

36 Die Beklagte hat sämtliche Nebenpflichten erfüllt. Insbesondere verletzt die zur Verfügung gestellte Glasmischung keine Nebenpflicht, da diese den vertraglichen Anforderungen entsprach.

5.5 Die Klägerin hat ihre vertraglichen Hauptpflichten nicht erfüllt

37 Nach Art. 2 des Vertrags i.V.m. Annex I und Annex III des Vertrags (K-1) sollte die Klägerin ein neues Glasbrechersystem einbauen unter der Voraussetzung, dass vorhandene Anlageteile des Recyclingcenters wieder verwendet werden. Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie alle vertraglichen Pflichten erfüllt und damit gehörig geleistet hat (Klageschrift Rz. 86). Es wird folgend aufgezeigt, dass weder am 9. Juni 2010 noch am 29. November 2010 eine Inbetriebnahme und damit auch keine Ablieferung des Glasbrechersystems erfolgte, womit die Klägerin ihrer Hauptpflicht nicht nachgekommen ist.

5.5.1 Keine Ablieferung des Glasbrechersystems am 9. Juni 2010

5.5.1.1 Das Glasbrechersystem ist nicht vollendet

38 Da die Parteien das Abnahmeverfahren privatautonom im Vertrag (K-1) vereinbart haben, kommen diese Bestimmungen statt das dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung (BÜHLER, Verträge, S. 61). Art. 8.1 des Vertrags (K-1) statuiert, dass nach dem Montageende die Inbetriebnahme folgt, welche mit der Abnahme endet. Wie von der Klägerin richtig ausgeführt, entspricht die Inbetriebnahme nicht einem Zeitpunkt, sondern einem Zeitraum, da dafür eine Zeitdauer von einem Monat eingeplant war. Die Klägerin ist zudem der Ansicht, dass die Beklagte mit Protokoll vom 9. Juni 2010 die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems bejaht habe, indem sie dem *System gar ein gutes Funktionieren* attestierte, womit der 9. Juni 2010 als Tag des Montageendes zu betrachten sei (Klageschrift Rz. 52 f.).

39 Das Werk ist vollendet und kann abgenommen werden, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind. Dazu gehört unter Umständen auch die Feineinstellung eines Apparats (BÜHLER, Vertragsrecht, S. 106; GAUCH, N 101 f.). Die Beklagte bescheinigte im Rahmen der

Leistungstests während der Inbetriebnahme nur jeweils bezüglich des Kalttests und des ersten Warmtests *ein gutes Funktionieren* (K-2, B-1). Die danach auftretenden Probleme, wie der verbeulte Trichter und das Verfehlen der Leistungsgarantie, bezeugen jedoch deutlich, dass die Feineinstellung des Glasbrechersystems noch nicht erfolgt war, womit weder eine Vollen-
dung noch eine Abnahme stattgefunden haben.

5.5.1.2 Es wurde kein Abnahmezertifikat ausgestellt

40 Art. 7.2 und 8.3 des Vertrags (K-1) kann unmissverständlich entnommen werden, dass die Leistungstests anzeigen, ob die Leistungsgarantien gemäss Annex III (K-1) erfüllt worden sind. Die Klägerin behauptet, dass die Unterzeichnung eines Abnahmezertifikats rein deklaratorischer Natur sei, dies ergäbe sich aus dem Wortlaut des Vertrages (Klageschrift Rz. 54). Aufgrund der grammatikalischen Auslegung des Vertrages ist aber klar ersichtlich, dass dieses konstitutiv wirkt, da das Erreichen der Leistungsgarantien die Voraussetzung für die Aus-
stellung des Abnahmezertifikats darstellt. Wie die Klägerin selbst festhält, konnte die Ab-
nahmeprüfung nicht durchgeführt werden (Klageschrift Rz. 84), weshalb auch kein Abnah-
mezertifikat vorliegt.

5.5.1.3 Das Glasbrechersystem weist konzeptionelle Mängel bezüglich des Trichters und der Leistungsfähigkeit auf

41 Gemäss Art. 8.3 des Vertrags (K-1) wird die Abnahme fingiert, wenn die Leistungstests in-
nerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten des Vertrages ohne Verschulden des Auftragneh-
mers nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Die Klägerin behauptet, dass die Be-
klagte mit der Verwendung der falschen Glasmischung den Schaden verursacht habe (Klage-
schrift Rz. 75, 78, 86). Da sie deswegen am Nichtfunktionieren kein Verschulden treffe, sei
gemäss Art. 19 des Vertrags (K-1) die Abnahme acht Monate nach Inkrafttreten und somit am
22. Juni 2010 erfolgt (Klageschrift Rz. 58).

42 Entgegen dieser Ansicht ist, wie bereits ausgeführt, der Grund für die Beschädigung in einem
Konstruktionsfehler des Dosiertrichters und damit im Machtbereich der Auftragnehmerin zu
finden.

43 Dazu kommt, dass gemäss den Technischen Spezifikationen (Annex I, K-1) einer der Vorteile
dieses Glasbrechersystem-Modells im sog. *No-Hands-Konzept* liegt. Dieses besagt, dass bei
dieser neuen Technologie eine integrierte Trennung von Glas, Eisenmetall und Plastik statt-
findet, womit zu keinem Zeitpunkt ein manueller Eingriff nötig ist. Dies macht auch Sinn,
denn es muss aufgrund der maschinellen Sortierung beim Lieferanten mit einer gewissen Feh-
lerquote gerechnet werden. Trotzdem soll das Glasbrechersystem aus Sicht der Klägerin effi-
zient und wirtschaftlich sein, was nur durch einen optimal ausgelegten Materialfluss gewähr-

leistet werden kann. Es kann somit von der Beklagten nicht erwartet werden, dass sie jedes einzelne zu verarbeitende Glasstück nach den Vertragsspezifikationen abmisst, da dies den Arbeitsaufwand steigern und nicht wie angestrebt verringern würde. Die Abweichung des Glasstücks bezüglich der Grösse [Rz. 31] war in diesem Fall so gering, dass sie von blossen Auge nur schwer sichtbar war, womit auch diesbezüglich ein Toleranzwert zu erwarten ist.

44 Die Klägerin ist zudem der Ansicht, dass keine *konzeptionellen Mängel* bestünden, da das Glasbrechersystem beim 1. Inbetriebnahmeversuch 80% der vertraglich zugesicherten Leistung erreicht habe (Klageschrift Rz. 85). Dagegen muss eingewendet werden, dass als Vertragsziel eine grössere Produktivität vereinbart worden war (Technische Spezifikationen, Art. 1.1 Annex I). Die Beklagte kann sich deswegen unter keinen Umständen mit nur 80% der möglichen Leistung zufrieden geben.

45 Aufgrund der gescheiterten Leistungstests und da nichts Gegenteiliges vorliegt, was die Vollendung der Anlage beweist, kommt die Beklagte hiermit ihrer Beweispflicht i.S.v. Art. 8 ZGB nach.

5.5.1.4 Die Klägerin akzeptierte einen zweiten Leistungstest

46 Einerseits behauptet die Klägerin, dass das Einzige, was nicht durchgeführt worden sei, die *Abnahmeprüfung* sei (Klageschrift Rz. 84). Andererseits stellt sie sich auf den Standpunkt, das Argument der Beklagten, die Abnahme fehle, laufe ins Leere (Klageschrift Rz. 58). Nach Art. 8.3 des Vertrages (K-1) wird das Glasbrechersystem nach *erfolgreichen Leistungstests* abgenommen und ein *Abnahmezertifikat* ausgestellt. Nach sinngemässer Auslegung der Begrifflichkeiten handelt es sich bei der *Abnahmeprüfung* und dem *erfolgreichen Leistungstest* um den identischen Vorgang, welcher mit einem Abnahmezertifikat abgeschlossen wird. Diesbezüglich widerspricht sich die Klägerin also selbst.

47 Zudem gab die Klägerin, in dem sie den 2. Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 begleitete, durch ihr Verhalten konkludent zu verstehen, dass sie davon ausgeht, dass das Glasbrechersystem am 9. Juni 2010 nicht abgenommen worden war. Dafür spricht auch, dass das Protokoll vom 29. November 2010 die Überschrift *Inbetriebnahmeversuch* trägt. Die Behauptung der Klägerin, es habe am 9. Juni 2010 eine Abnahme stattgefunden, ist somit widersprüchlich.

5.5.2 Keine Ablieferung des Glasbrechersystems am 29. November 2010

48 Der 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) scheiterte, weshalb auch kein Abnahmeprotokoll unterschrieben werden konnte. Dem Protokoll zu diesem 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) ist zu entnehmen, dass – gestützt auf den 1. Inbetriebnahmeversuch (K-2) – *vermutet* wird, dass die Glaszusammensetzung nicht den vertraglichen Abmachungen entsprach. Die Klägerin geht

nun nicht mehr von einer Vermutung aus, sondern hält es für eine *erwiesene Tatsache*, dass die Abweichung des Glasgewichts von den vertraglichen Vorgaben der Grund für das Scheitern der Prüfung gewesen sei (Klageschrift Rz. 75). Dieser Ansicht ist zu widersprechen, denn beim 1. Inbetriebnahmeversuch (K-2) stellte die Abweichung des Glasgewichts von den vertraglichen Vorgaben keine Ursache für das Scheitern der Prüfung dar. Damit kann davon ausgegangen werden, dass dies beim 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) auch nicht der Fall war. Viel eher ist davon auszugehen, dass beim 2. Inbetriebnahmeversuch (B-2) die Grösse des Schrottglases ebenfalls vertragskonform war, da laut Protokoll (B-1) das gesamte Schrottglass verarbeitet werden konnte.

49 Die Klägerin ist nicht der Auffassung, dass beim Glasbrechersystem grundlegende *konzeptionelle Mängel* bestehen, denn dieses habe unter ihrer Aufsicht die garantierten fünf Tonnen deutlich übertroffen und zwischen 102% und 108% geleistet (Klageschrift Rz. 85). In Art. 6.2 Annex III des Vertrags (K-1) wurde festgehalten, dass das neue Glasbrechersystem eine Verarbeitungsleistung von 5 Tonnen pro Stunde erreicht. Wie aber dem Versuchsprotokoll vom 29. November 2010 (B-1) zu entnehmen ist, wurde nur eine Verarbeitungsleistung von 3.7 Tonnen pro Stunde erreicht, womit die Leistungssteigerung von über 66% im Vergleich zum alten Glasbrecher nicht erreicht wurde (Einleitungsantwort, Nr. 7).

50 Weiter führt die Klägerin aus: „[...] *eine Maschine mit derart gravierenden Mängeln würde eine Leistung von über 100% erbringen.*“ (Klageschrift Rz. 85). Bezüglich dieser Aussage ist offensichtlich, dass der Klägerin ein Tippfehler unterlaufen ist und sie *keine Leistung* meint. Trotzdem ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen: Wie dem Protokoll zum Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 (B-1) zu entnehmen ist, erbrachte das Glasbrechersystem nur kurzfristig eine Leistung von 100%. Die Beklagte strebte mit dem Einbau des neuen Glasbrechersystem eine langfristige Leistungssteigerung an, welche jedoch schon nach einem Betriebstag nicht mehr aufrechterhalten werden konnte. Damit wird deutlich, dass die bestehenden konzeptionellen Mängel grundsätzlich unabhängig von der Leistungsstärke bestehen.

5.5.3 Keine fingierte Ablieferung

51 Die Ablieferung einer Anlage erfolgt faktisch durch die Inbetriebsetzung oder eine erfolgreiche Durchführung (BÜHLER, Vertragsrecht, S. 106 f.). Wie die Klägerin richtig ausführt, wurden die Leistungstests aber nicht bestanden (Klageschrift Rz. 56). Allerdings meint die Klägerin, dass in casu eine korrekte Ablieferung auch ohne bestandene Leistungstests erfolgt sei (Klageschrift Rz. 56). Da die Klägerin aber für das Scheitern der Leistungstests verantwortlich ist [Rz. 38 ff.; 48 ff.], kann keine fingierte Abnahme nach Art. 8.3 des Vertrages (K-1) erfolgt sein.

5.5.4 Eventualiter: Ablieferung des Glasbrechersystems trotz Unvollendung

52 Wenn das Werk trotz seiner Unvollendung als abgeliefert gilt, kommen die Regeln der Gewährleistung gem. Art. 368 OR zur Anwendung (GAUCH, N 105). Falls das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen sollte, dass das Glasbrechersystem abgenommen wurde, obwohl es nicht vollendet war, hat die Beklagte Anspruch auf Gewährleistung gem. Art. 367 ff. OR. Diesbezüglich wird auf Rz. 68 ff. verwiesen.

5.6 Die Klägerin hat ihre vertraglichen Nebenpflichten nicht erfüllt

53 Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie allen vertraglichen Pflichten gem. Art. 5.2.1 des Vertrags (K-1, Annex III) nachgekommen sei (Klageschrift Rz. 86). In Verbindung mit Art. 8.2 des Vertrags (K-1) knüpfen die Vertragsparteien die Abnahme an die Voraussetzung einer gemeinsamen, erfolgreichen Prüfung, wobei die Auftragnehmerin Beratungspersonal zur Verfügung stellt, welches sämtliche Tests überwacht und die Bestellerin berät. Die Einführung der Bestellerin in den Gebrauch des Werkes stellt eine vertragliche Nebenpflicht dar (GAUCH, N 107). Wie dem Protokoll vom 29. November 2010 (B-1) zu entnehmen ist, hat sich Herr Kummer trotz des Inbetriebnahmeversuchs, welcher noch nicht abgeschlossen war, von der Anlage entfernt.

54 Des Weiteren gehört zu den vertraglichen Nebenpflichten die allgemeine Sorgfaltspflicht, welche sich aus Art. 364 Abs. 1 OR ergibt. Der Unternehmer muss u.a. dafür Sorge tragen, dass die Rechtsgüter des Bestellers bei der Abwicklung des Vertrages nicht beeinträchtigt werden (GAUCH, N 817). Vorliegend war die Beklagte gezwungen, einen Produktionsausfall von mehreren Monaten hinzunehmen, bis die Klägerin den Dosiertrichter repariert hatte. Auch nach dem 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) ergriff die Klägerin keine Massnahmen zur Verringerung des Schadens, sodass ihr die Beklagte schliesslich am 7. Januar 2011 den Vertragsrücktritt androhen musste (Einleitungsanzeige, Nr. 14). Die Klägerin hat somit die Nebenpflichten gem. Art. 2.2 des Vertrags (K-1) verletzt.

5.7 Fazit

55 Die Klägerin hat weder Anspruch auf Leistung des restlichen Kaufpreises von CHF 3'500'000 noch auf Verzugszinsen in Höhe von 12% für die monatlich verschickten Rechnungen über die Abschlagszahlungen in der Höhe von je CHF 100'000 von August 2010 bis Februar 2011.

6. Die Beklagte hat einen klagbaren Anspruch auf die Rückleistung der bezahlten Teilzahlungen des Gesamtvertragspreises in der Höhe von CHF 500'000

6.1 Rücktrittsrecht aufgrund eines Herstellungsverzugs nach Art. 366 Abs. 1 OR

56 Gemäss Art. 366 Abs. 1 OR kann der Besteller, ohne den Liefertermin abzuwarten, vom Ver-
trage zurücktreten, falls der Unternehmer die Ausführung des Werks in vertragswidriger Wei-
se verzögert oder damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande ist, dass die recht-
zeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist.

57 Die Klägerin verneint einen Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR
(Klageschrift Rz. 61), indem sie sich darauf beruft, dass gemäss Art. 8.3 des Vertrages (K-1)
eine vertraglich fingierte Abnahme erfolgt sei (Klageschrift Rz. 66). Dabei verkennt die Klä-
gerin, dass sie für die gescheiterten Leistungstests, welche die gescheiterte Vollendung der
Anlage verdeutlichen, verantwortlich sei [Rz. 38 ff.; 48 ff.]. Entgegen den Ausführungen in
der Klageschrift (Rz. 61, 80) liegt insbesondere auch keine mangelhafte Ablieferung [Rz. 69]
vor.

58 Nach der Rechtsprechung kann der Besteller vom Verträge zurücktreten, falls der Unterneh-
mer vereinbarte Zwischentermine oder einen vereinbarten Vollendungstermin verpasst, so
dass die Einhaltung des Ablieferungstermins ohne entsprechende Abhilfe gefährdet wird
(BGE 46 II 248, 251, E. 2). Wenn im konkreten Werkvertrag ein Bauprogramm dazugehört,
ist von grosser Bedeutung, ob darin enthaltene Zwischenfristen und Angaben verbindlich sind
(GAUCH, N 671).

59 Der Vertrag über Lieferungen und Leistungen (K-1), welcher am 22. Oktober 2009 von den
Parteien unterzeichnet wurde, erklärt den Terminplan (Art. 5.1) als verbindlich. Nach Ter-
minplan (Annex II (K-1)) hätte es nach acht Monaten (22. Juni 2010) zur Abnahme der Anla-
ge kommen sollen. Am 9. Juni 2010, noch innerhalb der Frist, fand der 1. Inbetriebnahmever-
such statt (K-2), welcher, wie oben erwähnt [Rz. 38], erfolglos war. Der Vertrag (K-1)
schreibt in Art. 7.4 vor, dass der Auftragnehmer alle Mängel, für die er verantwortlich ist, zu
beseitigen und die Arbeiten möglichst rasch abzuschliessen hat, damit die Anlage die vertrag-
liche Spezifikation zu Gänze erfüllt. Für den Wechsel des Dosiertrichters brauchte die Kläge-
rin über fünf Monate, weshalb es erst nach einer erheblichen Verzögerung am 29. November
2010 zum 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) kam, welcher auch scheiterte. Die Klägerin schaffte
es nicht, bis am 22. Juni 2010 und damit fristgerecht zu erfüllen, wie dies der Terminplan
(Annex II (K-1)) vorsah. Das Verhalten der Klägerin macht deutlich, dass sie einem raschen
Abschluss der Arbeiten in keiner Weise nachgekommen ist.

- 60 Eine vertragswidrige Verzögerung liegt auch vor, wenn der Unternehmer seine Arbeiten unterbricht, denn dieser ist verpflichtet, seine Leistungen fortlaufend zu erbringen (ZK-BÜHLER, Art. 366 N 27). Zudem kann der Besteller den Vertrag nach Art. 366 Abs. 1 OR auflösen, noch bevor die Voraussetzungen nach Art. 366 Abs. 1 OR erfüllt sind, wenn sich der Unternehmer, ohne dazu berechtigt zu sein, ernsthaft und endgültig verweigert, das versprochene Werk weiterzuführen (GAUCH, N 672; BGE 69 II 243, 244, E. 4.). In Art. 2.2 des Vertrages (K-1) werden die Parteien verpflichtet, eine termingerechte und erfolgreiche Fertigstellung der Anlage anzustreben. Nach dem 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) unterbrach die Klägerin die Arbeiten an der Anlage und reagierte erst 4 Monate später, als die Beklagte das Rücktrittsschreiben versandt hatte. Mit ihrem Verhalten zeigte die Klägerin, dass sie keine Vollendung der Anlage anstrebte und schlussendlich die Vertragserfüllung endgültig verweigert.
- 61 Der Unternehmer hat dafür zu sorgen, dass das Werk im Zeitpunkt der Ablieferung mängelfrei ist. Daraus ist zu schliessen, dass er vor der Ablieferung bestehende Mängel rechtzeitig zu beseitigen hat, und zwar auch dann, wenn er sie nicht verschuldet hat, denn die Leistungsfahrer liegt – wie die Preisgefahr – beim Unternehmer (BGE 123 III 183, 186, E. 3c.). Wird der Mangel nicht rechtzeitig beseitigt, kommt auch Art. 366 Abs. 1 OR zum Zuge. Der Herstellungsverzug umfasst nicht nur die Verzögerung der eigentlichen Herstellung, sondern auch den Rückstand mit der Beseitigung eines vertragswidrigen Zustands vor der Ablieferung (BK-KOLLER, Art. 366 N 5, N 218).
- 62 Die Bestimmungen von Art. 366 Abs. 1 OR ist lückenhaft, weshalb sie einer Ergänzung durch das allgemeine Verzugsrecht bedarf (GAUCH, 675). Nach Art. 102 Abs. 2 OR kommt der Schuldner mit Ablauf des verabredeten Verfalltags in Verzug. Vorliegend kann als Verfalltag der 22. Juni 2010 gesehen werden, da laut Terminplan (Annex II (K-1)) die Anlage zu diesem Zeitpunkt hätte vollendet sein sollen.
- 63 Der Klägerin steht auch keine Rechtfertigung für die Nichtleistung (Einrede nach Art. 82 OR) zu, da gemäss Vertrag (K-1) die Beklagte Teilzahlungen zu leisten hat und die Raten erst nach der Inbetriebnahme zu bezahlen sind.
- 64 Im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR kann der Besteller dem Unternehmer eine Nachfrist ansetzen und nach ungenutztem Fristablauf auf die Unternehmerleistung verzichten (Art. 107 Abs. 2 OR), sei dies ganz oder teilweise. Nach dem Misslingen des 2. Inbetriebnahmeversuchs reagierte die Klägerin trotz intensiver E-Mail Korrespondenz und mehreren gemeinsamen Gesprächen nicht auf die Anzeigen bezüglich der fehlenden Eigenschaften der Anlage, welche von der Beklagten ausgesprochen wurden. Die Beklagte gewährte der Klägerin für die Fertigstellung der Anlage eine Nachfrist bis Ende Dezember 2010. Die Klägerin liess die Frist verstreichen und tätigte keine Anstrengung, um mit ihren Arbeiten fortzufahren und die Anla-

ge zu vollenden. Mit dem Schreiben vom 7. März 2011 (B-2) ist die Beklagte somit rechtmässig vom Vertrage zurückgetreten.

65 Grundsätzlich richtet sich der Rücktritt nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 109 OR. Dies bedeutet einerseits, dass der Besteller eine Vergütung verweigern kann (auch für den vom Unternehmer bereits erbrachten Teil der Werkleistung) und dass er eine allenfalls schon erbrachte (Teil-)Vergütung zurückfordern kann, andererseits seinen Anspruch auf das Werk verliert. Hierbei handelt es sich nach der traditionellen Ansicht um eine rückwirkende Beseitigung des Vertrages als Ganzes (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 20). Wie im Brief der Beklagten (B-2) kundgetan, ist sie bereit, den Anspruch am Werk zu verlieren und fordert deshalb die schon erbrachte Vergütung zurück und verweigert zusätzlich eine weitere Vergütung.

6.2 Eventualiter: Rücktrittsrecht gegen Schadloshaltung nach Art. 377 OR

66 Sollte das Schiedsgericht die Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR verneinen, ist die Klägerin mit Schreiben vom 7. März 2011 (B-2) in Anwendung von Art. 377 OR vom Vertrag (K-1) zurückgetreten. Nach Art. 377 OR hat die Bestellerin das Recht, solange das Werk nicht vollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurückzutreten (GAUCH, N 522; HUGUENIN, OR BT, N 696 f.). Falls allerdings die durch den Rücktritt veranlasste Unvollständigkeit des Werks zur Folge hat, dass der bereits ausgeführte Teil des Werkes für den Besteller ganz oder teilweise unbrauchbar ist, so rechtfertigt es sich bezüglich der Vergütung der bereits geleisteten Arbeit Art. 379 Abs. 2 OR sinngemäss zur Anwendung zu bringen (GAUCH, N 572). Wie bereits festgehalten [Rz. 38 ff.], wurden die Arbeiten am Glasbrechersystem nicht vollendet. Das von der Klägerin eingebaute neue Glasbrechersystem erreichte nie die zugesicherten Leistungsgarantien [Rz. 50], womit die angestrebte Modernisierung der alten Anlage scheiterte. Da das Arbeitsergebnis der Klägerin für die Beklagte unbrauchbar ist, entfällt die Vergütungspflicht der Beklagten.

67 Des Weiteren ist die vollständige oder teilweise Befreiung von der Schadloshaltung gerechtfertigt, wenn die Auflösung des Vertrags aus einem *wichtigen Grund* erfolgt (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 377 N 18; GAUCH, N 569; BGE 117 II 273, 276, E. 4a). Dieser wichtige Grund muss nach Vertragsschluss eingetreten sein und zum Zeitpunkt des Vertragsrücktritts vorgelegen haben, dem Unternehmer anzulasten sein und die Vertragsfortsetzung unzumutbar machen (GAUCH, N 573 ff.; BGer 4C.393/2006 vom 27.4.2007 E. 3.3.; BGer 4C.387/2001 vom 10.9.2002 E. 6.2 und E. 6.5). Wie bereits festgestellt, erreichte das Glasbrechersystem bis zum Zeitpunkt des Vertragsrücktritts am 7. März 2011 nicht die zugesicherte Leistungsga-

rantien, was vollumfänglich der Klägerin anzulasten ist [Rz. 38 ff.; 48 ff.]. Die Beklagte war zudem gezwungen, einen Produktionsausfall hinzunehmen und nach dem 2. Leistungstest zeigte die Klägerin keine Bemühungen, den Vertrag so schnell als möglich zu erfüllen [Rz. 54]. Die Klägerin ergriff keine Massnahmen zur Verringerung des Schadens [Rz. 54] und in der Zusammenarbeit kam es zu einem Verlust des Vertrauens seitens der Beklagten. Es liegt somit ein wichtiger Grund vor, der die Fortsetzung des Vertrags nach Treu und Glauben unzumutbar machte, weshalb die Beklagte der Klägerin auch keinen Schadenersatz schuldet.

6.3 Eventualiter: Rücktrittsrecht aufgrund von Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR

68 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Klägerin alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat und damit das Glasbrechersystem vollendet und abgeliefert ist, hat die Beklagte einen Anspruch auf Wandelung gemäss Art. 368 Abs. 1 OR. Die Klägerin widerspricht sich bezüglich eines Werkmangels selbst: Einerseits meint sie, dass „Kein Mangel an der Maschine [bestehe] [...]“ (Klageschrift Rz. 39), andererseits stellt sie einige Seiten weiter hinten fest, dass „[...] ein Werkmangel [vorliege] [...]“ (Klageschrift Rz. 70).

69 Das Vorliegen eines Mangels wird bejaht, wenn das Werk vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt (BGE 114 II 239, 244, E. 5a.; SIEGENTHALER, N 23). Die Klägerin ist der Ansicht, dass der Werkmangel i.c. darin bestehe, dass das Glasbrechersystem die vereinbarte Leistungsgarantie von fünf Tonnen nicht erreicht. Sie stellt sich dabei auf den Standpunkt, dass die Beklagte diesen Mangel selbst verschulde (Klageschrift Rz. 70, 75). Tatsächlich ist die Gewährleistungspflicht gem. Art. 369 OR ausgeschlossen, wenn die Verursachung des Werkmangels ausschliesslich dem Besteller anzulasten ist (BSK OR-GAUDENZ/PULVER, Art. 369, N 3; HUGUENIN, OR BT, N 634; BGE 116 II 454, 458, E. 3). Die Beklagte ist zwar für die Bereitstellung des Schrottglases verantwortlich, doch wie oben bereits erläutert [Rz. 48], konnte beim 2. Inbetriebnahmeversuch das gesamte Schrottglass verarbeitet werden. Damit entsprach die Glaszusammensetzung den vertraglichen Vorgaben und die Beklagte hat keine adäquat-kausale Ursache für den Werkmangel gesetzt. Vielmehr liegt die Ursache für den Werkmangel bei der Klägerin, da diese in Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht die Entstehung des Werkmangels verursacht hat [Rz. 41 ff.].

6.4 Fazit

70 Die Beklagte ist rechtmässig vom Vertrag zurückgetreten, eventualiter hat sie einen Anspruch auf Wandelung, womit sie einen klagbaren Anspruch auf die Rückleistung der bezahlten Raten des Gesamtvertragspreises in der Höhe von CHF 500'000 zzgl. Zins hat.