

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34

6340 Baar

Schweiz

Vertreten durch das Moot Court Team 8

Elisa Aliotta

Philip Andrea Berti

Georges Clemmer

Nicolas Haas

EINSCHREIBEN

Frau Prof. Dr. Z

Seetangweg 44

Postfach 2546

8043 Zürich

Zürich, 18. April 2012

Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011:

KLAGEANTWORT

Bietmann Industrieanlagen AG

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

Vertreten durch Moot Court Team 3

Klägerin

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34, CH 6340 Baar, Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 8

Beklagte

Sehr geehrte Frau Präsidentin

Sehr geehrte Herren Mitschiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Beklagte stellen wir folgende

I. 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	Rechtsbegehren.....	I
II	Inhaltsverzeichnis.....	II
III	Literaturverzeichnis.....	IV
IV	Urteilsverzeichnis	VIII
1	Leistung des Kostenvorschusses	1
1.1	Klagbarer Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses	1
1.1.1	Einleitend	1
1.1.2	Keine vertragliche Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses	1
1.1.3	Keine vertragliche Pflicht zur hälftigen Leistung des Kostenvorschusses	1
1.1.4	Keine anderen Ansprüche	3
1.1.5	Durchsetzung.....	4
1.1.6	Fazit.....	4
1.2	Rückerstattungsanspruch auf den Kostenvorschussanteil.....	4
1.2.1	Einleitend	4
1.2.2	Entstehung einer Obligation.....	5
1.2.3	Anwendung von Art. 112 OR.....	5
1.2.4	Fazit.....	6
2	Keine Prozessualen Pflichten zur Vorlage des GLV und der E-Mail-Korrespondenz	6
2.1	Keine Anwendung des Art. 3 Abs. 3 IBA Rules.....	6
2.2	Keine Pflicht zur Vorlage der Dokumente nach Art. 3 Abs. 3 IBA Rules.....	7
2.2.1	Einwendung der fehlenden Relevanz und Wesentlichkeit der Dokumente	7
2.2.2	Fehlende präzise Beschreibung der Dokumente	9
2.3	Keine Vorlegungspflicht nach den allgemein üblichen Prinzipien.....	10
2.4	Kein Vorlegungspflicht aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs	10
3	Keine vertragliche Pflichten zur Vorlage des GLV und der E-Mail-Korrespondenz.....	11
3.1	Keine Vorlegungspflicht nach Art. 8.1 des Vertrags	11
3.2	Keine Vorlegungspflicht aus Protokoll.....	11
4	Die Klägerin hat keinen Anspruch auf CHF 3'500'000.....	12
4.1	Zur Entstehung des Anspruches auf Ratenzahlung.....	12

4.2	Die Abnahme	13
4.2.1	1. Spiegelstrich	13
4.2.2	2. Spiegelstrich:	13
4.2.3	3. Spiegelstrich	13
4.2.4	4. Spiegelstrich	13
4.2.5	5. Spiegelstrich	15
4.2.6	Feststellung und Abrede im Protokoll	15
4.3	Abschliessende Bemerkungen	16
5	Rücktrittsrecht der Beklagten.....	16
5.1	Ausgangssituation	16
5.2	Rücktrittsrechts gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR.....	17
5.2.1	Eine mangelhafte Erstellung des Werkes liegt vor	18
5.2.2	Der Unternehmer hat die mangelhafte Erstellung zu verschulden	18
5.2.3	Dem Unternehmer wurde eine angemessene Frist zur Abhilfe gesetzt	19
5.3	Sachgewährleistung	19

II. Literaturverzeichnis

BAUMBACH ADOLF ET AL., Zivilprozessordnung, Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 1, München 2012 (zit. BAUMBACH, § ... N ...)

[Rz. 22]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS, S. ... N ...)

[Rz. 6, 12]

FAVRE-BULLE XAVIER, Les conséquences du non-paiement de la provision pour les frais de l'arbitrage par une partie, ASA Bulletin 2001, S. 227 ff. (zit. FAVRE-BULLE, S. ...)

[Rz. 6]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH, N ...)

[Rz. 61]

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967 (zit. BK-GAUTSCHI, N ... zu Art. ...OR)

[Rz. 59]

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2010 (zit. HONSELL, S ...)

[Rz. 59]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 2007 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...)

[Rz. 27, 28, 60, 69, 71, 73]

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/BÄRTSCH PHILIPPE, Discovery in international arbitration: How much is too much, SchiedsVZ 2004, Heft 1, 13ff (zit. KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. ...)

[Rz. 22, 23, 25]

KLÄSENER COHEN AMY/DOLGORUKOW ALEXANDER, Die Überarbeitung der IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2010, Heft 6, 302ff. (zit. KLÄSENER/DOLGORUKOW, S ...)

[Rz. 25]

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

[Rz. 2, 10]

KOLLER ALFRED, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI., 2. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998 (zit. BK-KOLLER, N ... zu Art. ...OR)

[Rz. 59, 60]

KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss., Fribourg 2000 (zit. KRAUSKOPF, S. ... N ...)

[Rz. 18]

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

[Rz. 7, 11, 23]

MUNK SCHOBER ALEKSANDRA, Urkundenedition im internationalen Schiedsverfahren, Zürich 2007 (zit. Munk Schober, S. ...)

[Rz. 22, 23]

MÜLLER THOMAS, IBA Rules of Evidence – Ein Brückenschlag zwischen Common Law und Civil Law in internationalen Schiedsverfahren, in: SPÜHLER KARL (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht II, Zürich 2003 (zit. MÜLLER, S. ...)

[Rz. 25]

RAESCHKE-KESSLER HILMAR, Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln 2001 (zit., RAESCHKE-KESSLER S. ...)

[Rz. 25]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, Zürich 1993 (zit. RÜEDE/HADENFELDT, S. ...)

[Rz. 2, 15]

SCHÜTZE ROLF A., Beweisaufnahme nach Civil Law, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln 2001 (zit. SCHÜTZE, S. ...)

[Rz. 22]

SIEBER PHILIPP, Respondent's refusal to pay the advance on costs: The contractual and the procedural approach, in: FAVALLI DANIELE ET. AL. (Hrsg.), Selected papers on International Arbitration, Vol. 1, Bern 2011 (zit. SIEBER, S. ...)

[Rz. 1]

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. ZPO-BEARBEITER, Art. ... N ...)

[Rz. 5]

TERCIER PIERRE/BERSHEDA TETIANA, Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint, ASA Special Series No. 35, Search for Truth in Arbitration: Is Finding Truth what Dispute Resolution is About, 2011 (zit. TERCIER/BERSHEDA, S. ...)

[Rz. 25]

TORGGLER HELLWIG (Hrsg.), Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Wien 2007 (zit. TORGGLER- BEARBEITER, S. ... N ...)

[Rz. 11]

WIRTH MARKUS, Ihr Zeuge, Herr Rechtsanwalt! Weshalb Civil Law Schiedsrichter Common-Law-Verfahrensrecht anwenden?, SchiedsVZ 2003, Heft 1, S. 9ff. (zit. WIRTH, S. ...)

[Rz. 22]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/HOFMANN DIETER/OETIKER CHRISTIAN/ROHNER THOMAS, IBA Rules of Evidence - Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Zürich 2012 (zit. ZUBERBÜHLER, Art. ... N ...)

[Rz. 25, 31]

III. Urteilsverzeichnis

BGer 5C.59/2006 vom 1.6.2006 [Rz. 69]

BGer 4P.64/2004 vom 02.06.2004 [Rz. 34]

BGer 4P.74/2006 vom 19.6.2006 [Rz. 12]

BGE 41 II 534 [Rz. 2]

BGE 114 II 152 [Rz. 69]

BGE 114 II 239 [Rz. 63]

BGE 115 II 50 [Rz. 69]

BGE 116 Ia 56 [Rz. 2]

BGE 126 III 230 [Rz. 59, 69]

BGE 133 II 139 [Rz. 5]

BGE 137 III 539 [Rz. 37]

BGH NJW 1990 3151 [Rz. 22]

ICC Case No. 11405, Interim Award of 26 March 2002, in ASA Bulletin 2003, S. 806 ff. (zit.

ICC Case 11405, S. ...) [Rz. 8]

Affaire CCI No. 12491, Sentence Partielle N° 2 du 1er juin 2004, in ASA Bulletin 2006, S.

281 ff. (zi. ICC Case 12491, S. ...) [Rz. 14, 19]

1 Leistung des Kostenvorschusses

1.1 Klagbarer Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses

1.1.1 Einleitend

1. Die Klägerin führt in Rz. 3 f. ihrer Klageschrift aus, wie sich der Kostenvorschuss berechnet, verkennt aber dabei, dass die Beklagte die Art, wie das Schiedsgericht den Kostenvorschuss bemessen hat, nicht bestreitet. Es geht vielmehr darum, wie die Beklagte schon in ihrem Schreiben vom 13. September 2011 dargestellt hat, dass sich die Bemessung durch die überhöhte Klageforderung viel grösser gestaltet als gerechtfertigt wäre. Im Falle solcher überhöhten und ungerechtfertigten Forderungen ist die Beklagte weder verpflichtet, ihren Anteil am Kostenvorschuss zu leisten, noch der Klägerin diesen zurückzuerstatten, sollte sie ihn anstelle der Beklagten geleistet haben (SIEBER, S. 56 N 55).

1.1.2 Keine vertragliche Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses

2. Entgegen der Ansicht der Klägerin stellt die Nichtleistung des Kostenvorschusses keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht dar (KS Rz. 10 f.). Das Bundesgericht qualifiziert die Schiedsvereinbarung als rein prozessrechtlichen Vertrag (BGE 116 Ia 56 E. 3.a. S. 57). Es schliesst dies aus der Tatsache, dass die Schiedsvereinbarung nicht ein Streitverhältnis regelt, sondern bloss den Rechtsschutzanspruch (BGE 41 II 534 E. 2. S. 538). Daraus folgt, dass die Schiedsvereinbarung keine einklagbaren vertraglichen Pflichten, sondern bloss nicht erzwingbare prozessuale Lasten begründet (RÜEDE/HADENFELDT, S. 80, 225). Nimmt man an, Schiedsvereinbarungen könnten dennoch materiellrechtliche Konsequenzen haben, so liegen diese allein im Bereich der Verfügungsgeschäfte; schuldvertragliche Elemente sind aber auch so keine zu erkennen (KNELLWOLF, S. 57). Im Lichte dieser Ausführungen stellt die Leistung der Kostenvorschüsse höchstens eine prozessuale Obliegenheit dar, mit Sicherheit aber keine vertragliche, einklagbare Pflicht des materiellen Rechts.

1.1.3 Keine vertragliche Pflicht zur hälftigen Leistung des Kostenvorschusses

3. Die Klägerin leitet weiter aus verschiedenen Gründen eine vertragliche Pflicht der Beklagten zur hälftigen Tragung des Kostenvorschusses ab. Unter Rz. 2 wurde schon eine vertragliche Pflicht an sich verneint. Für den Fall, dass das Schiedsgericht zu einem anderen Schluss kommt, wird im Folgenden dargelegt, weshalb für die Klägerin keine Pflicht besteht, den Vorschusses zur Hälfte leisten zu müssen.
4. Entgegen der Annahme der Klägerin (KS Rz. 5) impliziert die Miteinbeziehung der Schiedsklausel im zwischen den Parteien unterzeichneten Vertrag keine vertragliche Verpflichtung zur hälftigen Leistung des Kostenvorschusses. Es ist richtig, dass gemäss Art. 41

Abs. 1 Schweizerische Schiedsordnung (Swiss Rules) das Schiedsgericht die hälftige Teilung der Kostenvorschüsse vorsehen kann. Ebenso wird aber in Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules die Festsetzung separater Vorschüsse durch das Schiedsgericht ermöglicht. Bejaht man also wie die Klägerin, dass durch Verweis auf die Swiss Rules zwischen den Parteien automatisch eine Verpflichtung zur hälftigen Tragung der Vorschüsse entsteht, so müsste man konsequenterweise ebenso eine Verpflichtung zur Zahlung separater Vorschüsse bei Vorliegen einer Widerklage bejahen. Wenn in casu also überhaupt eine Pflicht besteht, dann höchstens die zur Zahlung anteilmässig und separat festgelegter Vorschüsse.

5. Ferner gebietet das Gleichbehandlungsprinzip entgegen der Meinung der Klägerin (KS Rz. 5 f.) nicht immer eine hälftige Teilung des Kostenvorschusses. Es verlangt vom Schiedsgericht, die Parteien in allen Verfahrensstadien ähnlich zu behandeln (BGE 133 II 139 E. 6.1 S. 143). Nach der klassischen Definition des verfassungsrechtlichen Gleichheitsprinzips bedeutet dies, dass das Schiedsgericht die Parteien insoweit ähnlich behandeln muss, „als diese sich in vergleichbaren Situationen befinden und die Parteien insoweit ungleich behandeln darf, als diese sich in unterschiedlichen Situationen befinden“ (ZPO-MÜLLER, Art. 373 N 10). Die Beklagte befindet sich in einer anderen Situation als die Klägerin, da sie eine Widerklage mit einer deutlich tieferen Forderung erhoben hat (CHF 500'000.- gegenüber CHF 3'500'000.- der Klägerin). Im Lichte dieser Differenz der beiden Forderungen ist es nicht nur gerechtfertigt, sondern geboten, im Sinne des Gleichbehandlungsprinzips die Beklagte unterschiedlich zu behandeln als die Klägerin und ihr einen anteilmässigen, separaten Kostenvorschuss zuzumessen. Es bleibt noch zu erwähnen, dass das Gleichbehandlungsprinzip eine prozessuale Mindestgarantie darstellt, es zwischen den Parteien also keine Pflichten begründet und daraus keine materiellrechtliche Ansprüche abgeleitet werden können.
6. Die Klägerin ist der Meinung, dass die hälftige Tragung des Kostenvorschusses in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit allgemeingültig sei (KS Rz. 8). Die LCIA Rules z.B. überlassen es aber dem Schiedsinstitut, ob und wie aufgeteilt es Vorschüsse verlangen will. Die AAA International Arbitration Rules hingegen sehen nicht einmal eine Mittragung am Vorschuss durch die beklagte Partei vor. Es lässt sich also kein internationaler Konsens hinsichtlich der hälftigen Teilung des Kostenvorschusses erkennen. Vielmehr gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen. Somit lässt sich nicht schliessen, dass eine Pflicht zur hälftigen Tragung der Kostenvorschüsse sich alleine schon aus dem Vorhandensein einer Schiedsklausel ergibt (FAVRE-BULLE, S. 240; BERGER/KELLERHALS, S. 510 N 1447).

7. Im Vergleich mit anderen Schiedsordnungen lässt sich dafür eine klare Absenz einer Regelung erkennen, die es ermöglichte, die Beklagte auf Zahlung ihres Vorschusses zu verklagen. Sie sehen eigene Regelungen vor. Dies bestärkt die Ansicht der Beklagten, dass der Schiedsvereinbarung kein einklagbarer Anspruch auf Leistung des Vorschusses zugrunde liegt (LIONNET/LIONNET, S. 178).
8. Sollte das Schiedsgericht dennoch eine grundsätzliche Pflicht zur hälftigen Leistung des Kostenvorschusses annehmen, so ist diese Ansicht nur so lange haltbar, als keine Widerklage eingereicht wird. In der ICC Schiedsgerichtsbarkeit ist es ständige Praxis, bei einer Widerklage separate Kostenvorschüsse festzulegen. Aus der Macht der Schiedsinstitution, in solchen Fällen die Parteien von ihrer angeblich vorgängigen Pflicht zur hälftigen Tragung der Vorschüsse zu befreien, lässt sich schliessen, dass zwischen den Parteien keine vertragliche Pflicht besteht, die Hälfte des Vorschusses zu übernehmen, wenn eine Widerklage eingereicht wird (ICC Case 11405, S. 806 [ASA Bulletin]). Die Ähnlichkeit in der Formulierung und im Sinn zwischen Art. 30 Abs. 3 ICC Rules und Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules lässt keinen anderen Schluss zu, als dass in Anbetracht der eingereichten Widerklage eine vertragliche Verpflichtung zur hälftigen Leistung des Vorschusses ebenfalls nicht bestehen kann.
9. Daraus folgt auch, dass die Beklagte erwarten durfte, dass das Schiedsgericht separate Vorschüsse festlegt. Auch wenn diese nur dem Interesse der Schiedsrichter dienen, wie die Klägerin behauptet (KS Rz. 7). Das bedeutet nämlich nicht, dass deutlich divergierenden Forderungen keine Beachtung geschenkt werden muss. Das Schiedsgericht hat in diesem Fall sein Ermessen unterschritten. Die Beklagte bleibt auf ihrem Standpunkt und ersucht das Schiedsgericht, sein Ermessen voll auszuüben und separate, anteilmässige Kostenvorschüsse festzusetzen.

1.1.4 Keine anderen Ansprüche

10. Die Klägerin führt in Rz. 10 ihrer Klageschrift auf, dass sich die Beklagte pflichtwidrig verhalte, weil sie durch Nichtzahlung ihres Kostenvorschussanteils den Verlauf des Prozesses unnötig hemmen würde und damit gegen Treu und Glauben verstosse. Die Weigerung zur Zahlung des ungerechtfertigt hohen Kostenvorschusses ist keineswegs unnötig, sondern vielmehr eine notwendige Verhaltensweise seitens der Beklagten. Dadurch ergreift sie ihr einziges Mittel, um sich gegen diese Ungleichbehandlung zu wehren und um grösseren als gerechtfertigten finanziellen Belastungen zu entgehen. Ferner bestehen im Schiedsverfahren keine Treuepflichten zu Gunsten der Gegenpartei (KNELLWOLF, S. 58).

11. Die Klägerin zieht ferner in Rz. 12 ihrer Klageschrift einen Vergleich mit Deutschland, wo nach deutschem Recht schon einmal die Mitfinanzierung des Verfahrens als Prozessförderungspflicht bejaht wurde. Zum einen besteht in der deutschen Literatur Zweifel an der Richtigkeit dieses Entscheids und der Einklagbarkeit dieser Pflicht (LIONNET/LIONNET, S. 176; TORGLER- HAHNKAMPER, S. 130 N 57). Es ist auch nicht einleuchtend, inwiefern die in § 282 Deutsche ZPO geregelte Prozessförderungspflicht, die sich auf Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien bezieht, auch auf die Leistung der Kostenvorschüsse anwendbar sein soll. Zum anderen ist gemäss Art. 12.3 Vertrag Schweizer Recht anwendbar, weshalb generell schweizerische Grundsätze zu beachten sind.

1.1.5 Durchsetzung

12. Die Klägerin verlangt in Rz. 11 ihrer Klageschrift vom Schiedsgericht, die Beklagte mittels eines Teilentscheids zur Zahlung ihres Anteils am Kostenvorschuss zu verurteilen. Mit Teilentscheiden werden im Schiedsverfahren vorweg umfassend einzelne streitige Ansprüche abschliessend beurteilt (BGer 4P.74/2006 vom 19.6.2006, E. 2.1). Die Bevorschussung der Verfahrenskosten ist provisorischer Natur, da das Schiedsgericht im Laufe des Prozesses weitere Vorschüsse verlangen kann und die definitive Verteilung der Kosten erst im Endentscheid geregelt wird (BERGER/KELLERHALS, S. 515 N. 1458). Es findet also keine abschliessende Beurteilung bezüglich der Vorschüsse statt, weshalb kein Teilentscheid ergehen kann. Will die Klägerin die Beklagte anhalten, ihren Teil am Kostenvorschuss zu leisten, so hat sie beim Schiedsgericht eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 26 Abs. 1 Swiss Rules zu beantragen (Favre-Bulle S. 238). Dies hat sie aber nicht getan.

1.1.6 Fazit

13. Es besteht zwischen der Klägerin und der Beklagten keine vertragliche Pflicht zur Leistung der Kostenvorschüsse. Sollte eine solche Pflicht bejaht werden, so besteht aber in Anbetracht des Vorliegens einer Widerklage keine Pflicht zur *hälftigen* Tragung der Vorschüsse. Sollte das Schiedsgericht zu einem anderen Schluss kommen, so bleibt die Leistung der Vorschüsse dennoch provisorischer Art und es kann in der Folge darüber kein Teilentscheid ergehen.

1.2 Rückerstattungsanspruch auf den Kostenvorschussanteil

1.2.1 Einleitend

14. Die Klägerin vertritt die Meinung, dass, sollte sie den Kostenvorschussanteil der Beklagten übernehmen, sie diesen Betrag zurückfordern kann. Dies wird im Folgenden bestritten.

1.2.2 Entstehung einer Obligation

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Regelung über die Folgen der Nichtleistung von Kostenvorschüssen in der Autonomie der Parteien steht und sich aus dem Verweis auf eine Schiedsordnung ergeben kann (KS Rz. 15). Die Swiss Rules, auf die verwiesen wurde, sehen in Art. 41 Abs. 4 vor, dass, sollte eine Partei ihren Vorschuss nicht leisten, die Nichtsäumige Partei diesen übernehmen kann. Sollte das nicht geschehen, so kann das Schiedsgericht das Verfahren unterbrechen oder einstellen. Eine Rückerstattung des geleisteten Vorschusses an die Partei, die beide Teile geleistet hat, sehen die Swiss Rules jedoch nicht vor. Die Klägerin hat also durch Verweis auf die Swiss Rules in der Schiedsklausel kein Recht auf Rückerstattung des übernommenen Kostenvorschusses erworben (vgl. ICC case 12491, S. 287 [ASA Bulletin]). Eine solche Abmachung wurde zwischen den Parteien auch nicht geschlossen.

15. Entgegen der Meinung der Klägerin (KS Rz. 16) steht ihr auch kein Regressanspruch gegenüber der Beklagten zu. Bezüglich der Kostenvorschüsse haften die Parteien nämlich nicht solidarisch (RUEDE/HADENFELDT, S. 223 und 225).
16. Der anschliessende Vergleich mit anderen Schiedsordnungen in den Rz. 17 f. der Klageschrift ändert daran nichts. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Verweis auf eine bestimmte Schiedsordnung regle die Folgen bei Nichtbezahlung des Kostenvorschusses. Sie kann sich also nicht plötzlich auf eine andere, von ihr vorgezogenen Rechtsfolge in anderen Schiedsordnungen berufen, auf die in der Schiedsklausel nicht verwiesen wurde.

1.2.3 Anwendung von Art. 112 OR

17. Wie oben dargelegt (Rz. 2 und 3 ff.), besteht zwischen der Klägerin und der Beklagten keine vertragliche Pflicht zur Leistung der Kostenvorschüsse. In der Folge ist also auch kein unechter Vertrag zugunsten eines Dritten zustande gekommen, wie ihn die Klägerin annimmt (KS Rz. 19).
18. Doch auch wenn das Vorliegen eines solchen Vertrags angenommen würde, so könnte die Klägerin dennoch nicht Leistung an sich selbst verlangen. Die Promissarin kann bei einem unechten Vertrag zugunsten eines Dritten nämlich nur Leistung an sich selbst verlangen, soweit dem nicht die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht (KRAUSKOPF, S. 143 N 560). Den Kostenvorschuss an sich selbst anstatt an das Schiedsgericht verlangen zu können, widerspräche aber dem Sinn der Schiedsvereinbarung. Die Parteien könnten so die jeweiligen Leistungen an sich selbst verlangen, worauf sich diese neutralisierten und das Schiedsgericht nichts erhielte. Die Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses steht diesem Grundsatz von

Art. 112 Abs. 1 OR also vehement entgegen, weshalb die Klägerin die Leistung des Kostenvorschussanteils der Beklagten nicht an sich selbst verlangen kann.

19. Die Klägerin führt weiter aus, dass ihr Schadenersatzansprüche zustehen, sollte die Beklagte nicht wie von ihr verlangt an sie leisten. Der Klägerin würde so aber noch kein Schaden erwachsen, da sich ein solcher noch nicht realisierte. Dies ist erst der Fall, wenn das Schiedsgericht abschliessend über die Kostenverteilung entschieden hat (ICC Case 12491, S. 288 [ASA Bulletin]). Der Klägerin steht somit auch kein Anspruch auf Schadenersatz zu.

1.2.4 Fazit

20. Für den Fall, dass die Klägerin den Anteil am Kostenvorschuss der Beklagten übernimmt, steht ihr kein Anspruch auf Rückerstattung dieses Betrages zu. Sie kann als Promissarin auch nicht Leistung an sich selbst verlangen und hat keinen Anspruch auf Schadenersatz.

2 Keine Prozessualen Pflichten zur Vorlage des GLV und der E-Mail-Korrespondenz

2.1 Keine Anwendung des Art. 3 Abs. 3 IBA Rules

21. Die Klägerin behauptet, dass ihr gestützt auf Art. 3 Abs. 3 IBA Rules ein Recht auf Herausgabe des Vertrags zwischen der Beklagten und dem Glassammlungsunternehmen (GLV) bzw. der gesamten E-Mail-Korrespondenz zustehe (KS Rz. 30f.). Die Beklagte ist der Ansicht, dass vorliegend die IBA Rules nicht zur Anwendung gelangen. Das Schiedsgericht berücksichtigt die IBA Rules „beim Erlass von Anordnungen für Fragen der Beweisaufnahme, die in den vorstehenden Regeln nicht behandelt werden“ (Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr.1 vom 5. September 2011). Die vorstehenden Regeln sind die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG und die Swiss Rules.
22. Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules autorisiert das Schiedsgericht, die Parteien zur Vorlage von Beweisstücken aufzufordern. Ein Antragsrecht der Parteien geht hingegen aus dem Wortlaut der Swiss Rules nicht hervor. Aus dieser Tatsache darf jedoch nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass die Frage der Urkundenedition nicht behandelt wird: Da die Klägerin aus Deutschland und die Beklagte aus der Schweiz stammt und darüber hinaus das Schiedsverfahren in der Schweiz stattfindet, wird das Verfahren von europäischen Rechtsgrundsätzen geprägt. Sowohl der deutsche als auch der schweizerische Zivilprozess sind durch den Verhandlungsgrundsatz charakterisiert (vgl. BAUMBACH, Grdz § 128 N 20ff.; Art. 55 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass es grundsätzlich an den Parteien selbst ist zu bestimmen, welche Beweismittel sie vorbringen möchten. Keine Partei ist gehalten, dem Gegner die Mittel für dessen Prozesssieg zu verschaffen. Die Parteien haben ihre Vorbringen grundsätzlich viel-

mehr mit denjenigen Beweismitteln zu unterlegen, welche sich in ihrem Besitz befinden (BGH NJW 1990 3151, 1.; SCHÜTZE, S. 32; MUNK SCHOBER, S. 16; KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. 16). Die Verpflichtung von einer Partei zur Vorlage von Urkunden muss demzufolge im Civil Law die Ausnahme bleiben (WIRTH, S. 8). Die wenig detaillierte Bestimmung des Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules ist als Ausdruck der Zurückhaltung gegenüber solchen Vorlagebegehren, welche im Civil Law herrscht, zu deuten.

23. Art. 3 Abs. 3 IBA Rules, welcher die Urkundenedition im internationalen Schiedsverfahren regelt, möchte eine Angleichung der Verfahrensgrundsätze des Civil Law an diejenigen des Common Law bewirken. So soll in Verfahren mit Parteien aus sowohl kontinentaleuropäischem als auch angelsächsischem Rechtsraum ein gangbarer Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Herangehensweisen hergestellt werden (vgl. Präambel Abs. 1 der IBA Rules; KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. 18; LIONNET/LIONNET, S. 314; MUNK SCHOBER, S. 18). Im vorliegenden Schiedsverfahren stammen jedoch beide Parteien aus dem kontinentaleuropäischen Rechtsraum, weshalb die Klägerin der Beklagten nicht mit gegensätzlichen Erwartungen gegenüber steht. Zudem haben sich die Parteien in Art. 12.1 des Vertrags auf die Anwendung der Swiss Rules und somit auch auf das Civil Law Prozesssystem geeinigt. Einer Erweiterung der Civil Law - Grundsätze bedarf es daher nicht. Es stimmt folglich nicht, dass das anwendbare Recht auf das Verfahren keine Bestimmungen zur Urkundenvorlage enthält. Eine Anwendung des Art. 3 Abs. 3 IBA Rules erscheint nicht sachgemäss. Die Beklagte kann nicht gestützt auf die IBA Rules verpflichtet werden, den GLV bzw. die E-Mail- Korrespondenz herauszugeben.

2.2 Keine Pflicht zur Vorlage der Dokumente nach Art. 3 Abs. 3 IBA Rules

24. Für den Fall, dass das Schiedsgericht zur Auffassung gelangt, das Vorlagebegehren sei nach Art. 3 Abs. 3 IBA Rules zu behandeln, wird die Beklagte darlegen, dass gestützt auf die IBA Rules keine Verpflichtung zur Vorlage der Dokumente besteht.

2.2.1 Einwendung der fehlenden Relevanz und Wesentlichkeit der Dokumente

25. Gemäss Art. 3 Abs. 3 (b) IBA Rules, muss der Antrag auf Dokumentenvorlage eine Erklärung enthalten, „in welcher Weise die vorzulegenden Dokumente *relevant* für den Fall und *wesentlich* für seine Entscheidung sind“. Formellrechtlich fliesst aus Art. 3 Abs. 3 (b) IBA Rules die Pflicht des Antragsstellers darzulegen, worin diese Relevanz und Wesentlichkeit besteht. Nur wenn der Antragssteller substantiiert darlegt, welche materiellrechtlichen Fragen mithilfe des verlangten Dokuments bewiesen werden sollen, kann das Schiedsgericht beurteilen, ob die Dokumente tatsächlich entscheiderelevant sind (RAESCHKE-KESSLER, S. 52; KLÄSE-

NER/DOLGORUKOW, S. 306). Relevant und wesentlich ist ein Dokument, wenn das Dokument geeignet erscheint, Tatsachen zu beweisen, aus welchen rechtliche Schlussfolgerungen gezogen werden können. Wesentlich ist ein Dokument, wenn es notwendig ist, um den rechtlichen Standpunkt zu ermitteln (KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. 18, MÜLLER, S. 62). Die antragstellende Partei muss weiter die Beweislast für die Tatsachen tragen, welche sie anhand der verlangten Dokumente belegen möchte (ZUBERBÜHLER, Art. 3 N 138; TERCIER/BERSHEDA, S. 95). Die Beklagte stellt sich im Folgenden auf den Standpunkt, dass der GLV und die E-Mail-Korrespondenz weder relevant noch wesentlich für den Fall sind und erhebt eine Einwendung nach Art. 9 Abs. 2 (a) IBA Rules:

2.2.1.1 Fehlende Erheblichkeit bezüglich des Anspruchs auf Leistung der Vergütung

26. Die Klägerin behauptet, dass der GLV bzw. die E-Mail-Korrespondenz erheblich für den Ausgang des Verfahrens seien. Durch diese Dokumente könne die angeblich falsche Glaszusammensetzung beim zweiten Inbetriebnahmeversuch nachgewiesen werden, weshalb die Beklagte allein für das Nichtfunktionieren der Glasbrecheranlage verantwortlich sei (KS Rz. 27 f.). Dem ist, wie in Rz. 48 f. dargelegt, zu widersprechen. Die Klägerin ist mitverantwortlich für das Scheitern des Leistungstests. Diese Argumentation erfolgt zudem losgelöst von der rechtlichen Begründung des Anspruchs der Klägerin auf Leistung der Vergütung. Diesen Anspruch leitet die Klägerin aus der angeblich erfolgten Abnahme des Werks am 28. November 2010 ab (KS Rz. 61). Die Klägerin behauptet, dass nach dem zweiten Inbetriebnahmeversuch eine konkludente Abnahme der Glasbrecheranlage durch die Beklagte erfolgte. Sie stützt sich dabei auf Art. 8.3 des Vertrags, welcher besagt, dass eine Abnahme als erfolgt gilt, wenn der Auftraggeber „die Anlage oder Teile davon in Betrieb gesetzt und die Anlage oder andere Teile davon für andere Zwecke als für die Inbetriebnahme“ genutzt hat (KS Rz. 59f.). Diese Argumentation läuft darauf hinaus, dass *ungeachtet der tatsächlichen Glaszusammensetzung die Abnahme der Glasbrecheranlage aufgrund des konkludenten Verhaltens der Beklagten am 28. November erfolgte* (KS Rz. 59). Weder der GLV, noch die E-Mail-Korrespondenz sind folglich notwendig und damit wesentlich zur Beurteilung der Frage, ob ein Anspruch der Klägerin auf Leistung der Vergütung besteht.

2.2.1.2 Fehlende Erheblichkeit mit Bezug auf das Nichtbestehen des Rücktrittsrechts

27. Das Rücktrittsrecht nach Art. 366 Abs. 1 OR besteht nur, solange das Werk noch nicht abgeliefert wurde (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 1). Die Klägerin kommt zum Schluss, dass die Abnahme des Werkes bereits am 28. November 2010 erfolgte (KS Rz. 61). Gestützt auf die Argumentation der Klägerin fällt also jegliches Rücktrittsrecht der Beklagten

nach dem 28. November 2010 ausser Betracht. Da das Rücktrittsschreiben der Beklagten vom 7. März 2011 datiert, scheidet das Rücktrittsrecht aus Sicht der Klägerin damit aus. Die Glaszusammensetzung und damit der GLV und die E-Mail-Korrespondenz sind gestützt auf die Argumentation der Klägerin zur Beurteilung des Rücktrittsrechts nach Art. 366 Abs. 1 OR weder relevant noch wesentlich im Sinne des Art. 3 Abs. 3 (b) IBA Rules.

28. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sie, falls das Schiedsgericht zur Auffassung gelangt, die Abnahme sei bereits erfolgt, nach Art. 368 Abs. 1 OR vom Vertrag zurücktreten durfte. Dies aufgrund der grundlegenden konzeptionellen Mängel, welche die Glasbrecheranlage aufwies (vgl. Rz 67). Nach Art. 24 Abs. 1 Swiss Rules trägt jede Partei die Beweislast für diejenigen Tatsachen, auf welche sie ihre Klage bzw. Klageantwort stützt. Nach dieser Bestimmung trägt die Beklagte die Beweislast für das Vorliegen dieser Mängel. Für die Klägerin ist weder die Vorlage des GLV noch der E-Mail-Korrespondenz notwendig, da sie keine Beweislast hinsichtlich des Vorliegens der konzeptionellen Mängel an der Glasbrecheranlage trägt (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 90).
29. Zwar behauptet die Klägerin, die Beklagte habe diese Mängel selbst verschuldet (KS Rz. 77). Sie legt jedoch nicht dar, wodurch die Beklagte diese Mängel verursacht haben sollte. Aus der Klageschrift lässt sich folglich nicht entnehmen, inwiefern die Glaszusammensetzung entscheidend für die Beurteilung des Rücktrittsrechts der Beklagten nach Art. 368 OR sein soll.

2.2.1.3 Fazit

30. Aus der Klageschrift geht nicht hervor, inwieweit die Glaszusammensetzung eine anspruchsbegründende und somit entscheidrelevante Tatsache sein soll. Der Antrag auf Urkundenvorlage erfüllt weder die formellrechtlichen noch die materiellrechtlichen Anforderungen, welche aus Art. 3 Abs. 3 (b) IBA Rules fliessen. Selbst wenn das Schiedsgericht zur Auffassung gelangen sollte, dass die Glaszusammensetzung eine entscheiderehebliche Tatsache sei, ist darauf hinzuweisen, dass entsprechend den Aussagen des Glassammlungsunternehmens die tatsächlich verwendete Glaszusammensetzung nicht notwendigerweise der vertraglich vereinbarten entsprach (Verfahrensbeschluss Nr. 4, Punkt 4). Es besteht keine Pflicht der Beklagten zur Vorlage des GLV und der E-Mail-Korrespondenz.

2.2.2 Fehlende präzise Beschreibung der Dokumente

31. Diejenige Partei, welche ein Editionsbegehren stellt, hat die gewünschten Dokumente genügend präzise zu umschreiben, sodass sie durch die Gegenpartei identifiziert werden können (Art. 3 Abs. 3 (a) (i) und (ii) IBA Rules). Der Antragssteller hat insbesondere den vermuteten Errichtungszeitpunkt bzw. Zeitraum, in welchem das besagte Dokument erzeugt wurde,

anzugeben (ZUBERBÜHLER, Art. 3 N 110). Die Klägerin beschränkt sich jedoch darauf, den vermuteten Errichtungszeitpunkt des GLV als vermutlich schon mehrere Jahre zurückliegend zu umschreiben (KS Rz. 25). Eine derart unpräzise Umschreibung hält den Anforderungen nach Art. 3 Abs. 3 (a) (i) IBA Rules nicht stand. Für den Fall, dass eine Kategorie von Urkunden zur Vorlage beantragt wird, hat nach Art. 3 Abs. 3 (a) (ii) IBA Rules die Beschreibung noch strengeren Anforderungen zu genügen. Hinsichtlich des gesamten E-Mail Verkehrs - als eine Kategorie von Urkunden - schafft es die Klägerin nicht, die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 3 (a) (ii) IBA Rules zu erfüllen. Die Umschreibung in Rz. 33 f. der Klageschrift bleibt vage und unpräzise. Insbesondere die Tatsache, dass die Klägerin ohne jegliche Einschränkung „jede E-Mail-Korrespondenz oder sonstige Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler“ vorgelegt wünscht, legt den Schluss nahe, dass dadurch eine reine Ausforschung der Beklagten bezweckt wird (KS Rechtsbegehren Nr. 5 (2)). Die Klägerin erfüllt somit die Anforderungen nach Art. 3 Abs. 3 (a) (i) und (ii) IBA Rules bezüglich der Beschreibung der Dokumente nicht.

32. Ferner lässt die Äusserung des Herrn Fuchs, die Glaszusammensetzung „sei wahrscheinlich im Vertrag mit einem Glassammlungsunternehmen festgelegt worden“ in keiner Weise den Schluss zu, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt das fragliche Dokument bereits identifizieren konnte (B-1). Das Auffinden der gewünschten Dokumente wäre für die Beklagte daher aufgrund der unpräzisen Umschreibung im Verhältnis zum Nutzen, den die Dokumente für die Klägerin haben würden, mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden. Aus diesen Gründen erhebt die Beklagte die Einwendung gemäss Art. 9 Abs. 2 (c) IBA Rules.

2.3 Keine Vorlegungspflicht nach den allgemein üblichen Prinzipien

33. Die allgemein üblichen Prinzipien, auf welche sich die Klägerin in KS Rz. 42 f. stützt, entsprechen im Grossen und Ganzen den Kriterien gemäss IBA Rules. Es kann daher auf die Ausführungen unter Rz. 25 ff. verwiesen werden. Insbesondere fehlt es an der spezifischen Umschreibung der Dokumente und an der Relevanz für den Ausgang des Verfahrens. Auch nach den allgemein üblichen Prinzipien besteht demnach kein Anspruch der Klägerin auf Vorlage des GLV und der gesamten E-Mail-Korrespondenz.

2.4 Kein Vorlegungspflicht aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs

34. Die Klägerin behauptet weiter, dass ihr aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 182 Abs. 3 und 190 Abs. 2 lit. d IPRG i.V.m. Art. 15 SchO ein Anspruch auf Urkundenedition zustehe (KS Rz. 48 f.). Im zitierten Bundesgerichtsent-

scheid stellt das Bundesgericht explizit fest: „Die Rechtsprechung leitet daraus insbesondere das Recht der Parteien ab, [...] ihre *entscheidwesentlichen Sachvorbringen* mit tauglichen [...] Mitteln zu beweisen [...]“ (BGer 4P.64/2004 vom 02.06.2004, E. 3.1). Die Beklagte legte bereits ausführlich unter Rz. 2.2.1 ff. dar, dass die Glaszusammensetzung nicht entscheidend für den Ausgang des Verfahrens sei. Es besteht weder ein Anspruch der Klägerin auf Vorlage des GLV noch auf Vorlage der gesamten E-Mail-Korrespondenz gestützt auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs bzw. der Gleichbehandlung der Parteien.

3 Keine vertragliche Pflichten zur Vorlage des GLV und der E-Mail-Korrespondenz

3.1 Keine Vorlegungspflicht nach Art. 8.1 des Vertrags

35. Die Auslegung des Vertrages durch die Klägerin in KS Rz. 47 ist falsch. Der Artikel 8.1 des Vertrages hält fest, dass „alle Daten und Informationen der Anlage, insbesondere jene des Annex 3“ herausgegeben werden müssen. Die Anlage wird in Art. 1 des Vertrags definiert und verweist auf eine genauere Erläuterung in Annex I. Darin wird die Anlage abschliessend als Zusammensetzung aus den Elementen Dosierrichter, Glasbrecher, zwei Förderbändern, Querband-Magneten und Sortiertrommel bestimmt. Die Glasmischung kann somit nicht unter den Begriff der Anlage nach Art. 1 subsumiert werden. Insofern sind nur Informationen aus Annex III mit Art. 8.1 gemeint, welche sich auf die oben genannten Elemente der Anlage beziehen. Die Glasmischung ist jedoch nicht Teil der Anlage selbst und fällt daher auch nicht unter den Begriff der Informationen und Daten nach Art. 8.1 des Vertrags.
36. Selbst wenn das Schiedsgericht zur Auffassung gelangen sollte, dass die Glasmischung unter Art. 8.1 des Vertrags fällt, kann daraus kein Anspruch auf Urkundenvorlage zur *nachträglichen* Einholung von Informationen abgeleitet werden. Eine Auslegung des besagten Artikels ergibt vielmehr, dass der Sinn und Zweck der Bestimmung darin besteht, den reibungslosen Ablauf der Inbetriebnahme sicherzustellen. Die Pflicht zur nachträglichen Herausgabe von internen Dokumenten ist von der Bestimmung hingegen nicht erfasst. Aus Art. 8.1 des Vertrags lässt sich weder ein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Vorlage des GLV noch auf Vorlage der E-Mail-Korrespondenz herleiten.

3.2 Keine Vorlegungspflicht aus Protokoll

37. *Gegenargument bezogen auf Argument, das nicht in der Klageschrift vorgebracht wurde:* Auch das Protokoll über den zweiten Inbetriebnahmeversuch (B-1) kann nicht als Grundlage für einen Anspruch auf Urkundenvorlage aufgeführt werden. Zwar versprach Herr Fuchs darin, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen. Aus diesen Äusserungen darf jedoch

nicht auf einen vertraglichen Bindungswillen gemäss Art. 1 Abs.1 OR geschlossen werden. Für die Abgrenzung eines Rechtsbindungswillen von einer blossen Gefälligkeit ist unter anderem auf die Interessenlage der Parteien abzustellen (BGE 137 III 539 E. 4.1 S. 541 f.). Mit dem Versprechen, die Glasmischung ausfindig zu machen, verfolgte die Beklagte keine eigenen Interessen. Das Versprechen wurde lediglich als Reaktion auf die Vermutungen des Herrn Kummer ausgesprochen. Nach Ansicht der Beklagten bedurfte es einer solchen Überprüfung der Glaszusammensetzung nicht, da für sie keine Anhaltspunkte ersichtlich waren, welche auf eine falsche Glaszusammensetzung beim zweiten Inbetriebnahmeversuch hätten schliessen lassen (vgl. Rz. 65 ff.). Die Bemerkungen des Herrn Fuchs sind als Gefälligkeit zu qualifizieren und bilden keine Anspruchsgrundlage für die Vorlage des GLV und der E-Mail-Korrespondenz.

4 Die Klägerin hat keinen Anspruch auf CHF 3'500'000

38. Das Begehren der Klägerin auf Ratenzahlung ist abzuweisen, da noch keine Abnahme i.S.v. Art. 8.3 des Vertrags erfolgte. Die Abnahme ist jedoch zwingendes Erfordernis für den Beginn der Ratenzahlungspflicht gemäss Art. 4.2.2 des Vertrages bzw. Art. 372 Abs. 1 OR.

4.1 Zur Entstehung des Anspruches auf Ratenzahlung

39. In Rz. 64 der Klageschrift behauptet die Klägerin, die in Art. 4.2.2 des Vertrages vorgesehenen Ratenzahlungen seien nach erfolgter Montage (also ab „Montageende“ i.S. des Vertrages, vgl. Art. 7.3 des Vertrages) fällig. Sie stützt ihre Argumentation auf einen im Terminplan eingezeichneten Pfeil, der ihrer Ansicht nach rechtsgenügender Ausdruck des Willens beider Parteien ist, den Beginn der Ratenzahlungspflicht festzulegen. Dem ist in Einklang mit den bereits in der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage gemachten Ausführungen (dort in Rz. 3) zu widersprechen.
40. Grundsätzlich ist der Terminplan als Teil des Vertrages für die Parteien verbindlich. Im Falle von Widersprüchen oder Mehrdeutigkeiten ist jedoch die Prioritätsregel zu beachten, welche in Art. 11.1 des Vertrages festgehalten ist. Diese sieht vor, dass der Vertrag Vorrang hat, sollte er dem Terminplan widersprechen. Im Vertrag wird der Beginn der Ratenzahlung wie folgt definiert: *„die erste Rate zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme gemäss Art. 8“* (vgl. Art. 4.2.2 des Vertrages). Die Wendung *nach Inbetriebnahme* bringt deutlich zum Ausdruck, dass die Zahlungspflicht zeitlich gesehen erst *nach* der Inbetriebnahme entstehen soll. Beachtet man sodann die vertragliche Definition der *Inbetriebnahme* als Zeitraum *„zwischen Montageende und Abnahme“* (Art. 8.1 des Vertrages), so bleibt kein

Zweifel mehr daran bestehen, dass die Zahlungspflicht erst nach erfolgter Abnahme entstehen soll.

41. Betrachtet man die vereinbarten Zahlungskonditionen in Artikel 4.2.3 des Vertrages, so wird zusätzlich klar, dass die Leistung der Raten erst mit einer funktionierenden Anlage geschuldet wird, da Einsparungen, welche mit der modernisierten Glasbrecheranlage erzielt werden sollten, verwendet werden können, um den Zahlungszeitraum zu verkürzen.

Der Vertrag widerspricht somit offensichtlich dem Terminplan, welcher in Folge der vereinbarten Prioritätsregelung (Art. 11.1 des Vertrages) gegenüber dem Vertrag zurücktreten muss.

4.2 Die Abnahme

42. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag über Lieferungen und Leistungen enthält eine vom Gesetz abweichende Abnahmeregulierung. Nicht nur die Montage des Werkes, sondern auch das Bestehen eines Kalt-, Warm und Leistungstests sind nötig, damit die Anlage abgenommen werden kann (Art. 8.3 des Vertrages i.V.m. Art. 3 Annex I). Auch kann die Abnahme durch weitere in Art. 8.3 des Vertrages erwähnte Spiegelstriche erfolgen. Sobald ein Abnahmetatbestand erfüllt ist, gilt die Abnahme als erfolgt. Dies wird durch ein Abnahmezertifikat bestätigt (Art. 8.3 des Vertrages). Es wird aufgezeigt, dass kein Abnahmetatbestand je eingetreten ist:

4.2.1 1. Spiegelstrich

43. Die Leistungsgarantien wurden nicht erreicht, wie in den beiden Protokollen festgehalten (B-1, K-2) wurde. Zwar wurden beim 2. Inbetriebnahmeversuch kurzfristig die nötigen Werte erzielt, jedoch konnte der mehrstündige Test nicht erfolgreich beendet werden. Die durchschnittliche Leistung betrug gemäss Protokoll (B-1) 3.7 Tonnen pro Stunde, womit die Leistungsgarantie von 5.0 Tonnen pro Stunde nicht erreicht wurde.

4.2.2 2. Spiegelstrich:

44. Da die Anlage nie ausser an den Tagen dieser beiden Leistungstests eingesetzt und jeweils in den Protokollen (B-1, K-2) festgehalten wurde, dass die Leistungsgarantien nicht erreicht werden konnten, sind die Voraussetzungen dieses Spiegelstrichs nicht gegeben.

4.2.3 3. Spiegelstrich

45. Der Spiegelstrich hat keinen Text.

4.2.4 4. Spiegelstrich

46. Dieser Spiegelstrich enthält 2 Varianten:

47. Die erste Variante ist erfüllt, wenn die Klägerin nicht die Leistungstests durchführen oder wiederholen konnte. Nie wurde von der Klägerin irgendwie behauptet, dass ein Leistungstest nicht durchgeführt werden konnte und auch eine Wiederholung des Tests wurde ermöglicht, nachdem der erste Inbetriebnahmeversuch fehlschlug. Eine Wiederholung des 2. Inbetriebnahmeversuches wurde von der Klägerin nie gefordert.
48. Die zweite Variante ist erfüllt, wenn ohne Verantwortung der Klägerin die Leistungstests bis zum Ablauf verschiedener Fristen nicht erfolgreich durchgeführt werden konnten. Der erste Leistungstest scheiterte, weil die Glasmischung nicht die nötige Dichte aufwies und zusätzlich noch ein zu grosses Eisenglasstück enthielt, welches die Anlage beschädigte (K-2). Dass die Beklagte die nicht vertragskonforme Glasmischung bereitgestellt und deshalb auch eine Verantwortung am Scheitern des Testes hat, wird nicht bestritten. Ob überhaupt eine Verantwortung der Beklagten besteht, ist aber nicht zwingend eine Voraussetzung für diesen Abnahmetatbestand. Es ist nur nach der fehlenden Verantwortung der Klägerin gefragt. Wie dargelegt wird, ist die Klägerin mitverantwortlich für das Scheitern der Leistungstests. „Die Abnahmeprüfungen werden nur nach der Unterzeichnung des Protokolls über die vorläufige Abnahme durchgeführt. Diese Nachweise werden dann durchgeführt, wenn nach Meinung des Verkäufers die Ausrüstungen für die Durchführung dieser Prüfungen bereit sind.“ (Art. 3.3.2 des Annex I). Die Klägerin hatte somit die Pflicht, die Ausrüstung vor den Tests zu überprüfen. Die Glasmischung ist als Ausrüstung i.S.v. Art. 3.1 des Vertrages anzusehen, weil sie nicht Teil der Anlage wird und damit kein Werkstoff ist. Diese Glasmischung, als Teil der Ausrüstung, hätte vor der Durchführung der Tests somit überprüft werden müssen. Beim ersten Leistungstest wäre durch eine vorgängige Überprüfung erkannt worden, dass sowohl die Dichte der Glaszusammensetzung nicht den Vorgaben entsprach, als auch dass sich ein zu grosses Eisenglasstück innerhalb der Mischung befand. So hätte verhindert werden können, dass der Test scheiterte, indem er gar nicht erst durchgeführt worden wäre, wodurch auch eine Beschädigung der Anlage hätte verhindert werden können.
49. Beim 2. Leistungstest wurde dann das richtige Glas bereitgestellt. Es ist nicht nachgewiesen, dass eine nicht vertragskonforme Glasmischung verwendet wurde. Diese Behauptung der Klägerin (KS Rz 58) ist unbegründet. Im Rahmen des 2. Leistungstests kamen jedoch die Mängel der Anlage zum Vorschein, welche zum Scheitern des Tests führten (vgl. Rz. 63ff.). Selbst wenn das Bestehen der Mängel in Abrede gestellt und damit behauptet wird, dass eine nicht vertragskonforme Glasmischung verwendet wurde, ist anzumerken, dass die Klägerin es dennoch erneut versäumt hatte, eine vorgängige Überprüfung durchzuführen. Dabei hätte erkannt werden können, ob die Glasmischung den Vorgaben entsprach oder nicht. Da also die

Anlage durch die Klägerin verschuldet mangelhaft war, sie bei beiden Leistungstests ihrer vorgängigen Prüfungspflicht nicht nachgekommen und somit mitverantwortlich für das Scheitern der Leistungstests ist, ist die Abnahme daher gemäss Art. 8.3 vierter Spiegelstrich 2. Variante nicht erfüllt.

50. Der 4. Spiegelstrich ist somit in beiden Varianten nicht erfüllt.

4.2.5 5. Spiegelstrich

51. Beim ersten Inbetriebnahmeversuch ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass dieser Spiegelstrich erfüllt ist. Die Klägerin führt im Zusammenhang mit dem zweiten Inbetriebnahmeversuch aus (KS Rz. 59 f.), dass eine Abnahme der Anlage am 28. November 2010 erfolgt sei, da die Beklagte sowohl konkludent der Abnahme zugestimmt hätte als auch „*die Anlage [...] in Betrieb gesetzt und [...] für andere Zwecke als für die Inbetriebnahme*“ (Art. 8.3 5. Variante) genutzt worden wäre. Dem ist zu widersprechen: die Beklagte setzte die Anlage nicht selber in Betrieb oder verwendete sie für andere Zwecke als die Inbetriebnahme, sondern führte den Leistungstest lediglich ohne die Mitarbeiter der Klägerin in der Nacht weiter durch. Es war aber allen Beteiligten klar, dass der Leistungstest weiterhin durchgeführt wurde. Dafür spricht, dass am nächsten Tag die Parteien das Protokoll über den 2. Inbetriebnahmeversuch unterschrieben. Wäre es das Verständnis der Parteien gewesen, den Test mit dem Verlassen von Herrn Kummer zu beenden, so wäre ein Leistungstest-Protokoll schon damals erstellt worden.

4.2.6 Feststellung und Abrede im Protokoll

52. Es ist somit keiner der Abnahmetatbestände erfüllt. Im Protokoll vom 29. November (B-1) wird dann auch von beiden Parteien festgehalten, dass keine Abnahme erfolgt ist. Dies ist nicht nur als verbindliche Feststellung auszulegen, dass der Leistungstest nicht erfolgreich war, sondern zugleich als Abrede i.S.v. Art. 11.2 des Vertrages zu werten, wonach generell keine Abnahme aufgrund dieses oder des vorgängigen Inbetriebnahmeversuchs erfolgt ist, selbst wenn nach irgendwelchen Voraussetzungen die Abnahme doch als erfolgt hätte betrachtet werden müssen.

4.2.7 Zwischenfazit

53. Somit ist festzuhalten, dass eine Abnahme der Anlage nie erfolgt ist, selbst wenn man die übereinstimmenden ausdrücklichen Willenserklärungen der Parteien ignoriert, die das bestätigen, da sämtliche vereinbarten Abnahmetatbestände nie erfüllt wurden. Da die Beklagte nach dem 2. Leistungstest von ihrem gesetzlichen Rücktrittsrecht vor Abnahme gebraucht gemacht hat (vgl. Rz. 59 ff.), stellt die Geltendmachung des Rücktritts kein Vertragsbruch dar.

4.3 Abschliessende Bemerkungen

54. Da die Abnahme wie oben beschrieben noch nicht erfolgt ist, trifft die Beklagte auch keine Pflicht zur Bezahlung der Raten. Aufgrund der Begleichung der ersten Ratenrechnung darf und kann auch nicht auf die Genehmigung einer vorgezogenen Ratenzahlungspflicht geschlossen werden, wie die Klägerin in der Einleitungsanzeige (Rz. 10) geltend macht. Die Beklagte hält an ihren Aussagen in Rz. 11 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage fest, wonach die Beklagte die erste Rate nur zahlte, weil die Gefahr bestand, die Klägerin könne mangels Bonität die Vertragsabwicklung nicht weiterführen.
55. Die Klägerin behauptet in Rz. 67 der Klageschrift, dass die Beklagte antizipierten Vertragsbruch beging, weil sie durch Aussagen am 31. Dezember 2012 und 7. Januar 2011 einen endgültigen Nichterfüllungswillen kundgetan hatte. Es wird im Folgenden gezeigt, dass allfällige Äusserungen immer nur im Rahmen der zulässigen Rücktrittserklärung erfolgten und daher nicht vertragsbrüchig waren.

5 Rücktrittsrecht der Beklagten

56. Mit Schreiben vom 7. März 2011 hatte die Beklagte der Klägerin ihren Rücktritt vom Vertrag über Lieferungen und Leistungen vom 22. September 2009 bekannt gegeben (B-2). An der Begründung der rechtlichen Zulässigkeit dieses Rücktritts in der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage hält die Beklagte fest. Die von der Klägerin in der Klageschrift erhobenen Einwände werden im Folgenden entkräftet.

5.1 Ausgangssituation

57. Die Klägerin hatte der Beklagten mit Vertrag über Lieferungen und Leistungen vom 22. September 2009 versprochen, die bestehende Glasbrecheranlage der Beklagten zu modernisieren und auf ihr spezielles Umfeld anzupassen (vgl. Präambel des Vertrages sowie Rz. 3 ff. der Einleitungsanzeige). Der Vertrag sah folgenden Ablauf für die Erstellung des Glasbrechersystems vor: In einem ersten Schritt sollte die Anlage physisch hergestellt werden (Montage). Nach dem Montageende und bis zur Abnahme (sog. Inbetriebnahme) würden sodann Leistungstests durchgeführt, um die Leistungsgarantien zu überprüfen.
58. Diesen geplanten Vollzug der Vertragsabwicklung verunmöglicht die Klägerin jedoch. Sie stellte zwar die Anlage termingerecht auf, im Rahmen der Leistungstest zeigte sich aber, dass die Anlage nicht diejenigen Eigenschaften aufwies, die von der Klägerin versprochen worden waren (vgl. Protokolle, K-2 und B-1).

5.2 Rücktrittsrechts gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR

59. Lässt sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung durch Verschulden des Unternehmens bestimmt voraussehen (Art. 366 Abs. 2 OR erster Halbsatz), so steht dem Besteller grundsätzlich nur der Rechtsbehelf der Ersatzvornahme zu. Obwohl ein Rücktrittsrecht im Gesetz nicht vorgesehen ist, befürwortet sowohl die bundesgerichtliche Rechtsprechung als auch die Lehre die Möglichkeit, dass der Besteller, sind die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR erfüllt, auch vom Vertrag zurücktreten darf (BGE 126 III 230 E.7bb S. 233 ff.; BK-KOLLER, N 480 f. zu Art. 366 OR; BK-GAUTSCHI, N 7d zu Art. 366 OR; HONSELL, S. 288). Dies rechtfertigt sich aus folgenden Überlegungen:
60. Die Herstellungspflicht des Unternehmers ist essentieller Bestandteil des Werkvertrages (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 2). Verletzt er diese, gefährdet er den Endzweck des Vertrages, welcher in der Ablieferung des erstellten Werkes besteht (BK-KOLLER, N 24 zu Art. 366 OR). Es rechtfertigt sich daher, Verzugsrechte oder Mängelrecht, welche grundsätzlich erst nach Ablieferung geltend gemacht werden können, dem Besteller bereits vor Ablieferung zur Verfügung zu stellen (BK-KOLLER, N 25 zu Art. 366 OR). Sowohl das Verzugsrecht als auch das Mängelrecht sehen ein Rücktrittsrecht vor (Art. 107 Abs. 1 resp. 368 Abs. 1 OR), weshalb ein solches auch in Art. 366 Abs. 1 vorgesehen und in Abs. 2 OR hineingelesen werden muss, da es dem Besteller aufgrund der Gefährdung des Vertragszweckes durch den Unternehmer nicht zugemutet werden kann, am Vertrag festzuhalten (BK-KOLLER, N 482 zu Art. 366 OR). Zusätzlich ist der Leistungsverzicht bereits *implizit* Bestandteil der Bestimmung. Damit es nämlich zur Ersatzvornahme kommen kann, muss der Besteller auf die Leistung des Unternehmers verzichten können (BK-KOLLER, N 11 zu Art. 366 OR).
61. Zuletzt rechtfertigt es sich auch aufgrund der konkreten Situation der Beklagten ein Rücktrittsrecht zu gewähren. Die zutage getretenen gravierenden konzeptionellen Mängel (dazu mehr in Rz. 63 ff. sowie 71), verunmöglichen die mangelfreie Herstellung des Werkes überhaupt. Der Beklagten ist nicht gedient, wenn sie die Anlage durch einen Dritten vollenden lassen kann, weil sich die Mängel nicht beheben lassen. Lässt sich in diesem Sinne voraussehen, dass ein unvermeidbarer Mangel den Besteller nach Ablieferung berechtigt, das Werk zu wandeln (siehe Rz. 70 ff.), so muss ihm bereits vor Ablieferung ein Rücktrittsrecht gewährt werden (vgl. GAUCH, N 2424, der zum gleichen Ergebnis kommt, die generelle Möglichkeit des Rücktrittrechtes in Art. 366 Abs. 2 aber ablehnt).
62. Das Rücktrittsrecht ist nicht nur in rechtlicher Sicht zulässig, die Voraussetzungen dafür sind auch in tatsächlicher Hinsicht gegeben, wie im Folgenden gezeigt wird:

5.2.1 Eine mangelhafte Erstellung des Werkes liegt vor

63. Mangelhaft ist der Leistungsgegenstand, wenn er vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt (BGE 114 II 239 E.5aa S. 244). Da die vertraglich zugesicherte Verarbeitungsleistung (5 Tonnen pro Stunde; vgl. Art. 6.1 des Annex III) in *beiden* Leistungstests nicht erreicht werden konnte (vgl. B-1 und K-2), weicht die erstellte Glasbrecheranlage von der vertraglich zugesicherten ab. Die beiden entsprechenden gehörig unterzeichneten Protokolle belegen dies. Die Klägerin bestreitet daher den Bestand des Mangels auch *nicht* (vgl. KS Rz. 77), sondern behauptet, die Beklagte hätte ihn selbst verschuldet.

5.2.2 Der Unternehmer hat die mangelhafte Erstellung zu verschulden

64. Es trifft zu, dass der 1. Inbetriebnahmeversuch scheiterte, weil das zur Verfügung gestellte Glas nicht den vertraglichen Bedingungen entsprach (vgl. aber auch die Ausführungen in Rz. 48). Die Glaszusammensetzung wich ausnahmsweise geringfügig von der vertraglich vereinbarten ab. Aufgrund dieses Vorfalles musste der Leistungstest abgebrochen werden, ohne dass die volle Leistungsfähigkeit der Anlage, überprüft werden konnte. Es zeigte sich nämlich im 2. Inbetriebnahmeversuch, dass die Verarbeitungsleistung bei einer Einspeisung grösserer Menge Glas lediglich ungenügende 3.7 Tonnen pro Stunde betrug (B-1, Spiegelstrich 8).
65. Der Einwand der Klägerin in Rz. 58 der Klageschrift, die Beklagte hätte wiederum falsches Glas eingesetzt, ist aus der Luft gegriffen und kann von ihr entsprechend auch nicht nachgewiesen werden. Im Wissen darum, dass die vertragliche Zusammensetzung beim ersten Versuch fehlerhaft war, muss im Rahmen der Vorbesprechung des zweiten Leistungstests (eine solche ist gemäss Art. 5.2.1 des Annex III vorgesehen) über die Glaszusammensetzung gesprochen worden sein. Offensichtlich war die Untersuchung der Glaszusammensetzung kein Thema, sonst wäre das Glas wie beim 1. Inbetriebnahmeversuch wohl untersucht worden. Der Inbetriebnahmeversuch macht dies sodann auch deutlich, erbrachte die Anlage doch in den ersten vier Stunden einen Leistungsdurchschnitt von 5.1 Tonnen pro Stunde (zwischenzeitlich sogar Spitzenwerten von 5.4 Tonnen pro Stunde) (vgl. KS Rz. 59; Verfahrensbeschluss 4, Nr. 5). Mit einer vertragswidrigen Glaszusammensetzung wären solche Werte nicht zu erreichen gewesen.
66. Das Scheitern des 2. Inbetriebnahmeversuches ist somit nicht in einem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten zu suchen oder gar zu finden, sondern im Gegenteil in der von der Klägerin gelieferten Anlage. Das Protokoll belegt nämlich weiter, dass die Anlage mehrfach

ab- und angestellt werden musste (B-1, 5. Spiegelstrich). Von einem guten Funktionieren kann darum nicht die Rede sein (vgl. Einleitungsanzeige, Rz. 7).

67. Alle diese Fakten und Vorfälle, welche die Beklagte *belegen* kann, zeigen, dass die von der Klägerin erstellte Anlage an gravierenden konzeptionellen Mängeln leidet. Das Scheitern des 2. Inbetriebnahmeversuches ist daher nicht der Beklagten anzulasten, sondern der Klägerin. Aufgrund der Schwere dieser Mängel ist auch nicht davon auszugehen, dass die Anlage fehlerfrei fertiggestellt werden kann. In diesem Sinne lässt sich bestimmt voraussehen, dass das Werk bei Ablieferung mangelhaft sein wird.

5.2.3 Dem Unternehmer wurde eine angemessene Frist zur Abhilfe gesetzt

68. Nach dem fehlgeschlagenen Inbetriebnahmeversuch Ende November 2010 räumte die Beklagte der Klägerin eine Frist bis Ende 2010 ein, um die Funktionstüchtigkeit der Anlage zu bewerkstelligen. Sie drohte dabei auch an, dass „andere Lösungen“ in Betracht gezogen würden, sollte die Glasbrecheranlage dann nicht funktionieren (Verfahrensbeschluss 4, Nr. 11). Die Abhilfefrist von einem Monat ist als angemessen zu erachten: Die Beklagte hatte ein grosses Interesse an der baldigen Erfüllung des Vertrages und in Anbetracht der gravierenden Mängel wäre eine längere Abhilfefrist ohnehin unnütz gewesen. Zuletzt ist festzuhalten, dass die Klägerin die Frist hinnahm und nicht beanstandet hat.
69. Die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Rücktrittsrechtes sind somit alle gegeben. Die Rechtsfolge des Rücktrittsrechtes richtet sich nach Art. 109 OR (sei es aufgrund analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 1, vgl. hierzu BGE 115 II 50 E. 2a S. 55, oder bei Ergänzung des Art. 366 Abs. 2 mit den Rechtsbehelfen aus Art. 107 Abs. 2 OR, vgl. hierzu BGE 126 III 230 E. 7bb S. 235 in fine): Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGer 5C.59/2006 vom 1.6.2006 E.2.4; BGE 114 II 152 E. 2c S. 157) wird das Vertragsverhältnis in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Die Beklagte darf daher bei gleichzeitiger Rückübergabe das bereits geleistete (CHF 500'000) zurückverlangen (vgl. auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 5).

5.3 Sachgewährleistung

70. Nimmt das Gericht entgegen der Auffassung der Beklagten die Abnahme der Glasbrecheranlage an und verneint deswegen die Zulässigkeit des Rücktrittes der Beklagten vor Ablieferung, macht die Beklagte im Sinne eines Eventualbegehrens ihr Sachgewährleistungsrecht gemäss Art. 368 Abs. 1 OR (Wandelung) geltend.

In guten Treuen darf die Beklagte davon ausgehen, dass eine Ablieferung nicht vor Ende November 2010 angenommen wird: das 2. Inbetriebnahmeprotokoll hält diesbezüglich klar fest,

dass die Abnahme am 29. November 2010 nicht erfolgen konnte. Anschliessend an den gescheiterten Inbetriebnahmeversuch Ende November und somit kurz nach dem erstmöglichen Abnahmetermin rügte die Beklagte im Dezember 2010 sogleich die bestehenden Mängel der Anlage. Die Beklagte ist damit auf alle Fälle ihrer Prüfungs- und Rügepflicht gemäss Art. 367 Abs. 1 OR nachgekommen.

71. Die gerügten Mängel (vgl. Rz. 63) sind dergestalt, dass sie die Schwelle der von Art. 368 Abs. 1 OR geforderten „Erheblichkeit“ deutlich überschreiten. Erheblich ist ein Mangel dann, wenn die Annahme dem Besteller nicht zumutbar ist (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 14 f.). Die Leistungstests haben gezeigt, dass weder ein verlässlicher noch effizienter Betrieb der Anlage möglich ist und dass auch nach einer langen Anpassungsphase (seit Juni) keine Verbesserung erzielt werden konnte. Zudem ist die Brunner Recycling AG als Recyclinggesellschaft je länger darauf angewiesen, dass die Anlage baldmöglichst funktioniert oder ihr ein Ersatzgerät zur Verfügung steht.
72. Die Mängel wurden wie bereits oben dargelegt (Rz. 64) auch nicht von der Beklagten selbstverschuldet. Ebenso wenig hat die Beklagte Weisungen der Klägerin missachtet. Auch ist keine ausdrückliche Abmahnung bei der Beklagten eingegangen. Art. 369 OR stellt demnach entgegen der Ansicht der Klägerin kein Hindernis bei der Geltendmachung der Sachgewährleistung dar (KS Rz. 77). Zuletzt ist klar zustellen, dass die Beklagte die Mängel zu keinem Zeitpunkt genehmigt hat; die Unterlagen belegen vielmehr, dass die Beklagte die Mängel mehrfach rügte (Verfahrensbeschluss 4. Nr. 11).
73. Da die Beklagte alle nötigen Schritte vorgenommen hat, um ihr Wandelungsrecht auszuüben, durfte sie durch einseitige Willenserklärung vom 7. März 2011 mit *rückwirkender* Kraft vom Werkvertrag zurücktreten. In Einklang mit der Rechtsprechung forderte sie nunmehr die vertragliche Rückabwicklung des erloschenen Vertrages über Lieferungen und Leistungen (siehe Rz. 69 oben; vgl. auch BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 25 ff.).

Wir ersuchen Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 8