

Bietmann Industriebauanlagen AG
Otto-von-Bismarck-Allee 4A
DE-10557 Berlin
Deutschland

Einschreiben
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Vertreten durch Moot Court Team 10:

Silvan Andermatt
Michael Erben
Claudio Riz à Porta
Frank Schmid

Klageschrift

in Sachen

Bietmann Industriebauanlagen AG (Klägerin),
Otto-von-Bismarck-Allee 4A, DE-10557 Berlin, Deutschland,

gegen

Brunner Recycling AG (Beklagte),
Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz,

betreffend

Forderung aus Werkvertrag (*Lieferungsvertrag 22102009*)

Inhaltsverzeichnis

I. Rechtsbegehren	III
II. Abkürzungsverzeichnis	IV
III. Literatur- und Materialienverzeichnis	VI
IV. Urteilsverzeichnis	X
V. Einleitung	XII
1. Pflicht zur Kostenvorschusszahlung	1
1.1. Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit Verweis auf eine Schiedsordnung	1
1.2. Gegenseitige vertragliche Pflicht zur Kostenvorschusszahlung	1
1.2.1. Aus der Schiedsvereinbarung	1
1.2.2. Aus den Swiss Rules	1
1.2.3. Unechter Vertrag zu Gunsten Dritter	2
1.2.4. Forderungsrecht der Klägerin	2
1.2.5. Prozessuale Qualifikation der Schiedsvereinbarung.....	2
1.2.6. Zuständigkeit und Teilentscheid	3
1.2.7. Zwischenergebnis	3
1.3. Zahlungsverweigerung durch die Beklagte	3
1.3.1. Missbräuchliche oder deutlich überhöhte Klageforderung.....	3
1.3.2. Separate Kostenvorschüsse	4
1.4. Zahlungspflicht der Beklagten	5
2. Pflicht zur Rückerstattung des Kostenvorschusses	5
2.1. Rückerstattungsanspruch aus Art. 12 BRAG	5
2.2. Folgen der Nichtzahlung nach Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules	5
2.3. Rückerstattungsanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 12 BRAG	6
2.3.1. Vertragsverletzung	6
2.3.2. Schaden	6
2.3.3. Kausalzusammenhang.....	6
2.3.4. Verschulden	6
2.4. Rückerstattungspflicht der Beklagten	7
3. Dokumentenvorlegungspflicht der Beklagten	7
3.1. Relevanz der Aufklärung der Glaszusammensetzung	7
3.1.1. Die Glaszusammensetzung während dem ersten Inbetriebnahmeversuch	8
3.1.2. Die Glaszusammensetzung während dem zweiten Inbetriebnahmeversuch.....	8

3.1.3. Schlussfolgerungen aus den Inbetriebnahmeversuchen.....	8
3.2. Pflicht der Beklagten zur Herausgabe von Dokumenten	9
3.3. Herausgabe des Vertrages mit dem Glassammelungsunternehmen.....	9
3.3.1 Befreiung von der Pflicht den Vertrag herauszugeben	9
3.3.2. Wirtschaftliches oder technisches Betriebsgeheimnis	10
3.4. Antrag für einen unabhängigen Sachverständiger nach Art. 3 Ziff. 8 IBA-Rules.....	10
3.5. Ergebnis.....	10
4. Pflicht der Beklagten, jede E-Mail-Korrespondenz herauszugeben	11
5. Anspruch auf Zahlung des Werklohns.....	11
5.1. Abnahme des Werkes.....	12
5.1.1. Unterscheidung zwischen Abnahme und Genehmigung	12
5.1.2. Abnahme durch Inbetriebnahme.....	12
5.1.3. Einwand des unvollendeten Tests.....	12
5.1.4. Abnahmeverweigerung nicht aus unbilligen Gründen	13
5.1.5. Recht auf Nachbesserung und Einrede aus Art. 82 OR	13
5.2. Fälligkeit des Werklohns	14
5.2.1. Ausgangslage	14
5.2.2. Stand der Rechtsprechung.....	15
5.2.3. Möglichkeit einer vorgezogenen Fälligkeit	15
5.3. Verzug der Beklagten.....	16
5.4. Ergebnis.....	16
6. Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung des geleisteten Werklohnes.....	17
6.1. Rücktritt der Beklagten wegen grober Mängel.....	17
6.1.1. Kritik an der Auslegung	18
6.1.2. Historische Fussnote	18
6.1.3. Bereits erfolgte Abnahme	18
6.2. Rücktritt der Beklagten wegen Verzug	19
6.2.1. Bedeutung der Terminplans	19
6.2.2. Verantwortung für den Verzug	19
6.2.3. Nichtanwendbarkeit des Art. 366 OR.....	20
6.3. Ergebnis.....	20

I. Rechtsbegehren

In Vertretung und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir folgende Rechtsbegehren:

1. *Es sei die Beklagte zu verpflichten, ihren Kostenvorschuss von 125'000 CHF an das Schiedsgericht zu leisten.*
2. *Eventualiter sei anzuerkennen, dass die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte hat und zwar im Umfange des an ihrer statt geleisteten Kostenvorschusses (125'000 CHF).*
3. *Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Vertrag zwischen ihr und ihrem Kunden, der das Schrottglass für die zweite Inbetriebnahme geliefert hat, offenzulegen.*
4. *Es sei die Beklagte zu verpflichten, sämtliche E-Mail-Korrespondenz zwischen ihr und besagtem Vertragspartner offenzulegen.*
5. *Es sei anzuerkennen, dass die Klägerin Anspruch auf den vollen Werklohn hat.*
6. *Es sei sodann anzuerkennen, dass die Beklagte keinerlei Anspruch auf Rückleistung irgendeines Teils des bereits geleisteten Werklohnes hat.*

Im Namen unserer Klägerin ersuchen wir um Gutheissung dieser Rechtsbegehren.

II. Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aOR	altes Obligationenrecht von 1881
Art.	Artikel
ASA	Association suisse de l'arbitrage
Aufl.	Auflage
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BRAG	Vertrag BRAG 22102009 über LIEFERUNGEN und LEISTUNGEN vom 22. Oktober 2009
BSK	Basler Kommentar
Bull.	Bulletin
E	Erwägung
f.	folgend
ff.	folgende
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association
IBA-Rules	IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, angenommen mit Beschluss des IBA-Council vom 29. Mai 2010
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
ICC-Rules	Schiedsgerichtsordnung der internationalen Handelskammer in Paris, in Kraft seit 1. Januar 1998 (mit seitherigen Änderungen)
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.V.m.	in Verbindung mit
LCIA	The London Court of International Arbitration
LCIA Rules	Schiedsgerichtsordnung des London Court of International Arbitration, in Kraft seit 1. Januar 1998
lit.	litera

N	Randnummer
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
publ.	publiziert
S.	Seite
SAA	Swiss Arbitration Academy
SCC	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
SCC Rules	Schiedsgerichtsordnung des Schiedsgerichtsinstituts der Stockholmer Handelskammer, in Kraft seit 1. Januar 2010
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern in Kraft seit Januar 2006
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL Rules	Schiedsgerichtsordnung der United Nations Commission on International Trade Law, in Kraft seit 28. April 1976 (mit seitherigen Änderungen)
vgl.	vergleiche
vol.	volume
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

III. Literatur- und Materialienverzeichnis

- BERGER BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ; International and domestic arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Bern 2010 (zit. in N 2, 23 als BERGER, N).
- BK-KOLLER KOLLER ALFRED; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998 (zit. in N 94, 98 als BK-KOLLER, Art., N).
- BK-WEBER WEBER ROLF H.; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband, Art. 110-113 OR, Bern 2002 (zit. in N 30 als BK-WEBER, Art., N).
- BSK-IPRG-BEARBEITER HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V.; Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. in N 5, 7, 12 als BSK-IPRG-BEARBEITER, Art., N).
- BSK-OR-BEARBEITER HONSELL HEINREICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG; Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit. in N 9, 74, 80, 93 als BSK-OR-BEARBEITER, Art., N).
- CHK-BEARBEITER AMSTUTZ MARC/BREITSCHMID PETER/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/ROBERTO VITO/RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SCHNYDER ANTON K.; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. (unveränderter Nachdruck), Zürich 2010 (zit. in N 80, 98 als CHK-BEARBEITER, Art., N).

- CRAIG/PARK/PAULSSON CRAIG W. LAURENCE/PARK WILLIAM W./PAULSSON JAN; International Chamber of Commerce Arbitration, 3. Aufl., New York 2000 (zit. in N 23 als CRAIG/PARK/PAULSSON, S.).
- FADLALLAH FADLALLAH IBRAHIM; Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties' Reciprocal Obligations, in: ICC Bull. (2003), S. 53-57 (zit. in N 14, 15 als FADLALLAH, N).
- FAVRE-BULLE FAVRE-BULLE-XAVIER; Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie, in: ASA Bull. (2001), S. 227-245 (zit. in N 7, 12, 32 als FAVRE-BULLE, S.).
- GAUCH GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ/EMMENEGGER SUSAN; Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 9. Aufl., Zürich 2008 (zit. in N 34 als GAUCH, N).
- GAUCH-BGer GAUCH PETER/AEPLI VIKTOR/STÖCKLI HUBERT; Präjudizienbuch OR – Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Aufl., Freiburg 2009 (zit. in N 66, 74, 88, 93 als GAUCH-BGer, N).
- GAUCH-Werkvertrag GAUCH PETER; Der Werkvertrag, 5. Aufl., Freiburg, 2011 (zit. in N 74 als GAUCH-Werkvertrag, N).
- GIRSBERGER/GABRIEL GIRSBERGER DANIEL/GABRIEL SIMON; Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht, in: GAUCH PETER/WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL, Festschrift für Pierre Tercier, Zürich 2008, gefunden auf www.cms-veh.com/Schiedsvereinbarung, „Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht“ (besucht am 06. Dezember 2011) (zit. in N 13, 14 als GIRSBERGER/GABRIEL, S.).
- GUHL GUHL THEO; Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., St. Gallen/Basel 2000 (zit. in N 66, 80 als GUHL, S., N).

IV. Urteilsverzeichnis

Die Urteile sind aufgelistet anhand der Reihenfolge ihrer Zitierung in der Klageschrift.

A. Bundesgerichtsentscheide

- BGer 4A_444/2009 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 11. Februar 2010
- BGE 120 II 296 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 15. November 1994
- BGE 110 II 176 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 27. März 1984
- BGE 94 II 161 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 12. November 1968
- BGE 113 II 264 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 29. April 1987
- BGE 115 II 456 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 23. November 1989
- BGE 107 II 50 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 27. Januar 1981
- BGer 4A_209/2007 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 5. September 2007
- BGE 84 II 645 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 16. Dezember 1958
- BGE 110 II 141 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 15. Mai 1984
- BGE 119 II 135 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 26. Januar 1993
- BGE 69 II 243 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 29. Juni 1943
- BGE 129 III 535 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 16. Mai 2003

- BGer 4C_276/2000 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 8. Februar 2001
- BGE 114 II 152 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 16. Mai 1988
- BGE 126 III 230 Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgericht vom 28. März 2000

B. Schiedsgerichtsentscheide

- Nr. 10671 Teilentscheid vom 27. März 2001 in ICC-Entscheid Nr. 10671, publ. in: ASA Bull. (2001), S. 285-293 (zit. Nr. 10671, N).
- Nr. 10526 Teilentscheid vom 2. Dezember 2000 in ICC-Entscheid Nr. 10526, publ. in: Journal du Droit International (2001), S. 1179 ff. (zit. Nr. 10526, S.).
- Nr. 13139 Teilentscheid (undatiert) 2005 in ICC-Entscheid Nr. 13139, teilweise publ. in: Journal du Droit International (2010), S. 1418 ff. (zit. Nr. 13139, N).
- Nr. 17050 Teilentscheid vom 12. November 2010 in ICC-Entscheid Nr. 17050, publ. in: ASA Bull. (2011), S. 634 ff. (zit. Nr. 17050, N).
- Teilentscheid 2008 Teilentscheid unter den UNCITRAL Rules, 2008, publ. in: Yearbook of Commercial Arbitration, Volume XXXIV (2009), S. 15-26 (zit. Teilentscheid 2008, N).
- Nr. 7289 Teilentscheid vom 2. September 1996 in ICC-Entscheid Nr. 7289 (noch unter den 1988 ICC-Rules), teilweise publ. in: SECOMB, N 9 (zit. Nr. 7289).

V. Einleitung

Dem Gericht liegt der Sachverhalt bereits vor, weshalb hier auf eine erneute Darstellung verzichtet wird. Die Klageschrift wird auf die einschlägigen Stellen in den Beilagen verweisen, wann immer eine Tatsache zu beweisen ist.

Zunächst wird sich die Schrift dem formellen Teil zuwenden, der in vier Streitfragen aufgeschlüsselt ist, analog zu den ersten vier Punkten des Rechtsbegehrens:

1. Pflicht zur Kostenvorschusszahlung
2. Pflicht zur Rückerstattung der Kostenvorschusszahlung
3. Herausgabepflicht des Vertrages mit dem Glassammelungsunternehmen
4. Herausgabepflicht der E-Mail-Korrespondenz mit dem Glassammelungsunternehmen

Anschliessend werden die materiellen Probleme des Rechtsstreites behandelt und die zugehörigen Rechtsbegehren begründet.

5. Anspruch auf Zahlung des Werklohnes
6. Kein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung des bereits Geleisteten.

In Übereinstimmung mit dem *Verfahrensbeschluss Nr. 3* (N 12) wird die Streitfrage Nr. 7 nicht angesprochen.

1. Pflicht zur Kostenvorschusszahlung

1 Die Klägerin kann von der Beklagten Zahlung des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht verlangen, sofern diese vertraglich zu dieser Leistung verpflichtet ist.

1.1. Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit Verweis auf eine Schiedsordnung

2 Die Parteien haben in ihren Vertrag eine Schiedsklausel integriert (Art. 12 BRAG) worin sie ausdrücklich auf die Swiss Rules verweisen (Art. 12.1 BRAG). Durch Unterzeichnen des Vertrags wurde diese Schiedsvereinbarung zum Vertragsbestandteil (BERGER, N 297): Die Parteien sind *vertraglich* dazu verpflichtet, Streitigkeiten „aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag“ von der Internationalen Handelskammer (nachfolgend Schiedsgericht) beurteilen zu lassen und deren Schiedsordnung zu befolgen (Nr. 10671, N 13).

3 Die Beklagte anerkennt die Gültigkeit der in Art. 12 BRAG enthaltenen Schiedsvereinbarung (*Widerklage*, N 16). Sie ist gegenüber der Klägerin verpflichtet, das eingeleitete Schiedsverfahren unter Befolgung der Swiss Rules durchzuführen.

1.2. Gegenseitige vertragliche Pflicht zur Kostenvorschusszahlung

4 Wie gezeigt wird, folgt aus der Pflicht Streitigkeiten vom Schiedsgericht beurteilen zu lassen, dass die Parteien diesem zu gleichen Teilen Kostenvorschüsse zahlen müssen.

1.2.1. Aus der Schiedsvereinbarung

5 Schiedsrichter verlangen von den Parteien zur Streitbeurteilung Kostenvorschüsse zu gleichen Teilen. Weil Zahlung von Kostenvorschüssen Voraussetzung jedes Schiedsverfahrens (und damit der Streitbeurteilung) ist, begründet jede Schiedsvereinbarung implizit die Pflicht der Parteien, dem Schiedsgericht die verlangte Hälfte des Vorschusses zu leisten (Nr. 10671, N 16; SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 20; BSK-IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178, N 82).

6 Die Beklagte hat die Schiedsvereinbarung unterschrieben und sich der Klägerin gegenüber aus Art. 12 BRAG zur Zahlung ihrer Hälfte des Vorschusses an das Schiedsgericht verpflichtet.

1.2.2. Aus den Swiss Rules

7 Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules verpflichtet die Parteien „je einen gleichen Betrag“ des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht zu bezahlen und hebt so die in jeder Schiedsvereinbarung enthaltene vertragliche Pflicht zur hälftigen Zahlung des Vorschusses explizit hervor (Nr. 10526, S. 1182; Nr. 10671, N 14 und 16; Nr. 13139, N 38 ff.; Nr. 17050, N 27; SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 20; BSK-IPRG- WENGER/MÜLLER, Art. 178; ROHNER, S. 552; anders FAVRE-BULLE, S. 240).

8 Die Beklagte ist aufgrund des in Art. 12 BRAG enthaltenen Verweises auf die Swiss Rules gegenüber der Klägerin verpflichtet diese zu befolgen und den verlangten Vorschuss vereinbarungsgemäss zu zahlen.

1.2.3. Unechter Vertrag zu Gunsten Dritter

9 Art. 12 BRAG (i.V.m. Art 41 Ziff. 1 Swiss Rules) verpflichtet die Parteien zur Leistung an eine Nichtvertragspartei, nämlich an das Schiedsgericht. Dies ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter nach Art. 112 OR (HUGUENIN, N 1138). Ob dieser echt oder unecht – das Schiedsgericht forderungs- oder nur empfangsberechtigt ist – bestimmt sich primär nach dem Willen der Vertragsparteien (BSK-OR-GONZENBACH, Art. 112, N 9). Diese verweisen auf die Swiss Rules, welche das Schiedsgericht einzig zum Empfang der Kostenvorschüsse ermächtigt. Es liegt ein unechter Vertrag zu Gunsten Dritter vor (Art. 112 Abs. 1 OR).

1.2.4. Forderungsrecht der Klägerin

10 Bei Fälligkeit der Forderung kann der Promissar aufgrund Art. 112 Abs. 1 OR vom Promittenten Leistung an den Dritten verlangen (HUGUENIN, N 1145; SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 20). Die Kostenvorschüsse werden bei Anrufung des Schiedsgerichts sofort fällig (Art. 75 OR).

11 Das Schiedsgericht hat am 5. September 2011 von den Parteien Zahlung verlangt (*Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1*, N 12). Die Forderung ist fällig. Als Promissarin kann die Klägerin von der Beklagten Zahlung ihrer Hälfte des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht verlangen.

1.2.5. Prozessuale Qualifikation der Schiedsvereinbarung

12 Der Einwand, die Schiedsvereinbarung begründe lediglich prozessuale Verpflichtungen weshalb die Zahlung des Vorschusses nicht erzwingbar sei, ist abzulehnen (FAVRE-BULLE, S. 238 und 242). Er verkennt, dass Schiedsvereinbarungen sowohl prozessuale als auch materiell-rechtliche Pflichten begründen, wobei die Vorschusszahlungspflicht letzterer Kategorie zuzuordnen ist (BSK-IPRG- WENGER/MÜLLER, Art. 178, N 4; HABSCHEID, S. 516).

13 Die Ansicht, die Vorschusszahlungspflicht sei eine Obliegenheit, deren Verletzung (wie vor staatlichen Gerichten) nur Säumnisfolgen auslöse, ist abzulehnen. Ansonsten würde der säumigen Partei die Möglichkeit gegeben das Verfahren einseitig zu beenden: Als Privatgericht setzt das Schiedsgericht kein Bundeszivilrecht durch, sondern erfüllt durch Schiedsspruch den Vertrag mit den Streitparteien. Ohne Bezahlung fällt es (anders als staatliche Gerichte) kein Säumnisurteil (das Säumnisfolgen auslöst), sondern stellt das Verfahren ein (Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules; GIRSBERGER/GABRIEL, S. 828 ff.; SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 20).

14 Teilweise wird angeführt, Schiedsvereinbarungen regelten nur die Beziehung der Parteien zum Schiedsgericht, weshalb Schiedsparteien gegeneinander keine Ansprüche hätten. Diese Meinung verkennt, dass die Parteien als gleichgesetzte Rechtssubjekte gegenseitig vereinbart haben dem Schiedsgericht Vorschüsse zu zahlen, weshalb dies eine materiell-rechtliche und erzwingbare Pflicht ist (vgl. GIRSBERGER/GABRIEL, S. 832 ff.; so auch FADLALLAH, N 7, der die gegenseitige Zahlungspflicht allerdings im Kern aus Treu und Glauben ableitet).

1.2.6. Zuständigkeit und Teilentscheid

15 Das Schiedsgericht ist zuständig über die (gegenseitige, vertragliche) Zahlungspflicht zu entscheiden, weil sie aus der Schiedsvereinbarung stammt (Nr. 10526, S. 1182; FADLALLAH, N 12). Ein diesbezüglicher Entscheid ergeht – unabhängig von der definitiven Kostenverteilung im Endentscheid (Nr. 10671, N 16) – durch Teilentscheid (Nr. 17050, N 26).

1.2.7. Zwischenergebnis

16 Die Beklagte ist aus Art. 12 BRAG (i.V.m. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules i.V.m. Art. 112 Abs. 1 OR) zahlungspflichtig. Die Klägerin kann von ihr Zahlung ihrer Hälfte des Kostenvorschusses verlangen.

1.3. Zahlungsverweigerung durch die Beklagte

17 Die Beklagte bestreitet ihre vertragliche Zahlungspflicht nicht (vgl. *Schreiben vom 13. September 2011*). Sie behauptet die Klägerin stelle eine missbräuchliche oder deutlich überhöhte Klageforderung, weshalb sie separate Kostenvorschüsse verlangen und die Zahlung bis dahin gerechtfertigt verweigern könne.

18 Lehre (SIEBER, N 55 ff.) und Rechtsprechung (Nr. 13139, N 42) anerkennen Ausnahmen, die eine Partei von ihrer Zahlungspflicht befreien können. Deren Vorhandensein muss nach Art. 8 ZGB bewiesen werden (ROHNER, S. 560; Nr. 17050, N 31).

1.3.1. Missbräuchliche oder deutlich überhöhte Klageforderung

19 Stellt eine Partei eine offensichtlich überhöhte Klageforderung, führt dies zu einem übermässig hohen und darum ungerechtfertigten Kostenvorschuss. Der Gegenpartei wird diesfalls die Zahlungspflicht erlassen. Es ist nicht geklärt, wann eine Forderung offensichtlich überhöht ist. Verboten ist jedenfalls, absichtlich eine überhöhte Forderung einzuklagen, um der Gegenpartei mit dem ungerechtfertigt hohen Kostenvorschuss Schaden zuzufügen (SIEBER, N 56 ff.).

20 Die Beklagte führt keine Beweise an, die im jetzigen Verfahrensstadium beachtet werden könnten. Die Klägerin beschränkt ihre Forderung auf den vertraglich vereinbarten Kaufpreis (Art. 4.1 BRAG). Sie ist weder überhöht, noch mit einer Schädigungsabsicht verbunden worden und deshalb gerechtfertigt.

21 Selbst wenn die Forderung aus obigen Gründen ungerechtfertigt wäre, dürfte die Beklagte ihre Zahlung nicht verweigern. Schiedsgerichte dürfen eine solche Ausnahme erst im Endentscheid bei der definitiven Kostenentscheidung berücksichtigen. Ansonsten laufen sie in Gefahr, die Streitfragen des Falls vorab zu beurteilen und ihre Neutralität und Unparteilichkeit zu verlieren (SIEBER, N 60). Aus diesem Grund verneinte denn auch ein Schiedsgericht in der gleichen Situation das Vorliegen einer überhöhten Klageforderung (Nr. 13139, N 47).

22 Der allfällige Einwand, die Klägerin sei wegen mangelnder Bankbonität (*Widerklage*, N 11) ein empty shell, ist abzuweisen. Die Klägerin hat ihre Hälfte des Vorschusses bereits bezahlt. Dadurch beweist sie, dass sie in der Lage ist die Verfahrenskosten zu tragen (Nr. 10671, N 21).

1.3.2. Separate Kostenvorschüsse

23 Die Aufteilung des Kostenvorschusses bestimmt sich nach dem Parteiwillen (BERGER, N 1446). Wie oben (N 16) gezeigt, ist die Beklagte vertraglich zur Zahlung ihrer Hälfte des Kostenvorschusses verpflichtet. Zwar begründet Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Danach kann das Schiedsgericht in Fällen, wo es „nach den Umständen angemessen erscheint“ von sich aus oder auf Anfrage einer Partei, nach freiem Ermessen für Klage und Widerklage je separate Kostenvorschüsse festsetzen (SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 8 ff.). Trotzdem sind separate Vorschüsse selten angemessen (CRAIG/PARK/PAULSSON, S. 261). Es reicht jedenfalls nicht aus, dass sich die Höhe der Klageforderung um ein Vielfaches von der Höhe der Widerklageforderung unterscheidet (WEBSTER, N 43-9). So auch die Äusserung eines Mitglieds des ICC-Sekretariats (CRAIG/PARK/PAULSSON, S. 261). Dieser Ansicht ist auch unter den Swiss Rules zu folgen, weil diese sowohl bezüglich der hälftigen Vorschusspflicht, als auch in Bezug auf die Festsetzung separater Vorschüsse identisch sind.

24 Im Übrigen besteht der Zweck separater Kostenvorschüsse im Schutz der Interessen der zahlungswilligen Partei. Sie soll den ihrer Klageforderung entsprechenden Kostenvorschuss zahlen und so ihre Klage gegen eine nichtzahlende Partei durchsetzen können. Separate Kostenvorschüsse können deshalb nur von einer Partei verlangt werden, die ihre Hälfte bereits bezahlt hat. Der Grundsatz der hälftigen Teilung stimmt zudem mit der vom Schiedsgericht sicherzustellenden Gleichbehandlung der Parteien (Art. 182 Abs. 3 IPRG) überein (Teilentcheid 2008, N 31).

25 Die Beklagte hat weder ihren Teil des Kostenvorschusses bezahlt, noch würde ihr Begehren separate Vorschüsse rechtfertigen. Der Kostenvorschuss ist hälftig zu teilen. Ihre Nichtzahlung ist ungerechtfertigt und sie ist zur Zahlung ihrer Kostenvorschusshälfte zu verpflichten.

1.4. Zahlungspflicht der Beklagten

- 26 Die Beklagte ist aus Art. 12 BRAG (i.V.m. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules i.V.m. Art. 112 Abs. 1 OR) gegenüber der Klägerin vertraglich zur Zahlung verpflichtet.
- 27 Dem Begehren Nr. 1 der Klägerin muss aus oben genannten Gründen entsprochen und die Beklagte zur Zahlung ihres Anteils am Kostenvorschuss in Höhe von CHF 125'000 verurteilt werden.

2. Pflicht zur Rückerstattung des Kostenvorschusses

- 28 Sollte das Begehren Nr. 1 abgelehnt werden, ist die Klägerin gezwungen den ganzen Vorschuss an das Schiedsgericht zu leisten. Die Beklagte wird diesfalls rückerstattungspflichtig (Nr. 10671, N 18 und 23; Nr. 13139, N 53; Teilentscheid 2008, N 34; Nr. 17050, N 37; SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 20).
- 29 Wie gezeigt wird, kann die Klägerin aufgrund Art. 12 BRAG (i.V.m. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules i.V.m. Art. 112 Abs. 1 OR) Leistung an sich selbst oder aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 12 BRAG (i.V.m. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules i.V.m. Art. 112 Abs. 1 OR) Schadenersatz verlangen.

2.1. Rückerstattungsanspruch aus Art. 12 BRAG

- 30 Bei einem unechten Vertrag zu Gunsten Dritter kann der Promissar die Drittbegünstigungsklausel jederzeit durch Mitteilung an den Promittenten widerrufen und Leistung an sich selbst verlangen (BK-WEBER, Art. 112, N 141; SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 20).
- 31 Die Klägerin kann nach angezeigtem Widerruf von der Beklagten Rückerstattung aus Art. 12 BRAG (i.V.m. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules i.V.m. Art. 112 Abs. 1 OR) verlangen.

2.2. Folgen der Nichtzahlung nach Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules

- 32 Obschon die Klägerin nach Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules den ganzen Vorschuss zahlen kann, bleibt die vertragliche Zahlungspflicht (N 26) der Beklagten bestehen. Diese Bestimmung regelt nur das prozessuale Vorgehen bei Nichtzahlung einer Partei, um das Verfahren fortführen zu können (so schon Nr. 7289; Nr. 10671, N 15; ROHNER, S. 4; anders FAVRE-BULLE, S. 238 ff.). Aufgrund seiner vertraglichen Natur existiert der Rückerstattungsanspruch bei Nichtzahlung ohne explizite Erwähnung, er wird teilweise dennoch kodifiziert (vgl. Art. 45 Ziff. 4 SCC-Rules, Art. 24 Ziff. 3 LCIA-Rules).

2.3. Rückerstattungsanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 12 BRAG

33 Die Klägerin kann von der Beklagten Rückerstattung in Form von Schadenersatz verlangen, sofern die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR gegeben sind (vgl. E 16.3. ICC-Entscheid, zit. in BGer 4A.444/2009).

2.3.1. Vertragsverletzung

34 Leistet die Beklagte ihre Hälfte des Kostenvorschusses nicht, missachtet sie ihre Zahlungspflicht aus der Schiedsvereinbarung und begeht eine Vertragsverletzung (Nr. 10526, S. 1182; Nr. 13139, N 49; Nr. 17050, N 35). Die Klägerin erfüllt diesfalls den beklagtischen Vertrag durch Zahlung an das Schiedsgericht. Die Erfüllung der von der Beklagten versäumten Pflicht wird damit nachträglich objektiv unmöglich (absolutes Fixgeschäft, GAUCH, N 2749).

2.3.2. Schaden

35 Schaden ist jede unfreiwillige Vermögensverminderung. Entweder nehmen die Aktiven ab oder die Passiven zu. Man berechnet ihn aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 120 II 296, 298). Gemäss Art. 97 OR ist der Geschädigte so zu stellen, als wäre der Vertrag richtig erfüllt worden (positives Interesse).

36 Ohne die Vertragsverletzung der Beklagten hätten sich die Aktiven der Klägerin nicht um CHF 125'000 vermindert und ihr wäre kein Schaden in diesem Umfang entstanden.

2.3.3. Kausalzusammenhang

37 Der Schaden ist ersatzfähig, sofern die Vertragsverletzung für dessen Eintritt eine *conditio sine qua non* war und sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, diesen herbeizuführen (HUGUENIN, N. 625 ff.).

38 Hätte die Beklagte ihren Kostenvorschuss bezahlt, wäre die zusätzliche Zahlung der Klägerin ausgeblieben. In einem Schiedsverfahren nach den Swiss Rules ist die Zahlungsverweigerung einer Partei dazu geeignet Ersatzzahlung durch die Gegenpartei auszulösen (Art. 41 Ziff. 4).

2.3.4. Verschulden

39 Bei einer Vertragsverletzung wird das Verschulden, vorbehaltlich eines Exkulpationsbeweises, nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Die Beklagte kann sich exkulpieren, wenn sie nicht urteilsfähig war und sie weder vorsätzlich noch fahrlässig handelte. Die Beklagte ist urteilsfähig (Art. 16 ZGB). Man darf von einer Partei erwarten, die der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zustimmt, dass sie ihre Vorschusszahlungspflicht kennt (Teilentscheid 2008, N 28; STACHER, N 14). In ihrem Schreiben vom 13. September 2011 nennt die Beklagte zwei Gründe weshalb – wie sie glaubt – ihre Nichtzahlung gerechtfertigt sei. Sie nimmt damit zumindest in Kauf, dass deren Vorhandensein widerlegt werden könnte und ihre Nichtzahlung

eine Vertragsverletzung darstellen kann. Somit handelt sie mindestens eventualvorsätzlich, weshalb ihr ein Exkulpationsbeweis nicht gelingen wird.

- 40 Alle Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch nach Art. 97 Abs. 1 OR sind erfüllt. Die Beklagte ist zur Rückerstattung in Form der Schadensersatzzahlung verpflichtet und die Klägerin berechtigt diese zu fordern.

2.4. Rückerstattungspflicht der Beklagten

- 41 Dem Begehren Nr. 2 der Klägerin ist aus oben genannten Gründen zu entsprechen und die Beklagte zur Rückerstattung aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 12 BRAG (i.V.m. Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules i.V.m. Art. 112 Abs. 1 OR) verpflichtet.

3. Dokumentenvorlegungspflicht der Beklagten

- 42 Gemäss Art. 11.2 BRAG wird jede Vereinbarung nach der Unterzeichnung des Vertrages zu einem Bestandteil des Vertrages unter der Bedingung, dass jeweils ein Bevollmächtigter der Klägerin und der Beklagten die Ergänzung unterzeichnen. Das Protokoll über die zweite Inbetriebnahme (vgl. *Beilage B-1*) wurde für die Klägerin vom bevollmächtigten Herrn Kummer unterzeichnet und für die Beklagte unterzeichnete der bevollmächtigte Herr Fuchs. Im Protokoll über die zweite Inbetriebnahme (*a.a.O.*, N 7) versprach Herr Fuchs im Namen der Beklagten die Zusammensetzung des Schrottglases ausfindig zu machen. Dieser vertraglichen Verpflichtung ist die Beklagte bis heute noch nicht nachgekommen. Die Beklagte ignoriert ihre Verpflichtung zur Aufklärung der Gründe für die Störungen des Glasbrechersystems, obwohl sie relevant für die Aufklärung der Fragen sind, ob die Anlage Mängel aufweist und ob die Verweigerung der Zahlung des Werklohns gerechtfertigt ist.

3.1. Relevanz der Aufklärung der Glaszusammensetzung

- 43 Die Beklagte behauptet, dass die garantierten Leistungsdaten nicht erreicht wurden (*Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage*, N 14), weil das Glasbrechersystem „grundlegende konzeptionelle Mängel“ aufweise (*a.a.O.*, N 1). Hierfür bringt sie weder Beweise vor, noch lassen sich dafür gesicherte Anhaltspunkte finden.
- 44 Es trifft zwar zu, dass die garantierten Leistungsdaten in den Inbetriebnahmeversuchen nicht erreicht wurden. Doch die garantierten Leistungsdaten sind nur zu erfüllen, wenn die Anlage mit der vertraglich vereinbarten Glaszusammensetzung betrieben wird (Art. 9.4 BRAG i.V.m. Art. 6.1 Annex III BRAG). Für die Bereitstellung des Glases ist die Beklagte zuständig (Art. 5.2.2 Annex III BRAG).

3.1.1. Die Glaszusammensetzung während dem ersten Inbetriebnahmeversuch

45 Die Glaszusammensetzung war im ersten Inbetriebnahmeversuch vertragswidrig (vgl. *Beilage K-2*), weshalb die garantierten Leistungsdaten nicht erreicht werden mussten. Das Scheitern dieses ersten Inbetriebnahmeversuchs hat die Beklagte durch Bereitstellung einer vertragswidrigen Glaszusammensetzung verschuldet. Es lag nicht an konzeptionellen Mängeln des Glasbrechersystems.

3.1.2. Die Glaszusammensetzung während dem zweiten Inbetriebnahmeversuch

46 Die Gründe für das Scheitern des zweiten Inbetriebnahmeversuchs konnten bis heute nicht eruiert werden. Gewichtige Indizien sprechen allerdings erneut für eine vertragswidrige Glaszusammensetzung, die nicht dem spezifischen Mindestgewicht nach Art. 6.1 Annex III BRAG von 0.8 Tonnen pro Kubikmeter entsprach.

47 So verwendete die Beklagte bereits im ersten Inbetriebnahmeversuch eine vertragswidrige Glaszusammensetzung von durchschnittlich 0.55 Tonnen pro Kubikmeter (vgl. *Beilage B-1*) und es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die Glaszusammensetzung für den zweiten Inbetriebnahmeversuch verändert hat. Weiter erreichte die Glasbrecheranlage in Anwesenheit von Herr Kummer die in Art. 6.2 Annex III BRAG garantierte durchschnittliche Leistung von 5.1 Tonnen pro Stunde während vier Stunden (*Verfahrensbeschluss Nr.4, N 5*). Während dieser Zeitperiode gab es keine Anzeichen von Problemen (vgl. *Beilage B-1*).

3.1.3. Schlussfolgerungen aus den Inbetriebnahmeversuchen

48 Damit spricht vieles dafür, dass das Glasbrechersystem bei vorschriftsgemässer Benutzung den vertraglich geschuldeten Leistungsdurchschnitt von 5.0 Tonnen pro Stunde erreicht und keine Mängel aufweist. Das Scheitern des zweiten Inbetriebnahmeversuchs scheint mit grosser Wahrscheinlichkeit auf die erneut vertragswidrige Glaszusammensetzung zurückzuführen sein.

49 Doch um diese Vermutung zu bestätigen, muss die Glaszusammensetzung bekannt sein. Diese lässt sich nach Aussage von Herrn Fuchs entweder dem Vertrag mit dem Glassammelungsunternehmen oder der E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glassammelungsunternehmen entnehmen. Erst anhand dieser Information kann die Ursache festgestellt werden, die zum Scheitern des zweiten Inbetriebnahmeversuches führte und die Behauptung der Beklagten, das Glasbrechersystem weise grundlegende konzeptionelle Mängel auf, eindeutig widerlegt werden. So kann gezeigt werden, dass sich die Begründung der Verweigerung der Zahlung (*Einleitungsantwort und Anzeige der Wiederklage, N 13*) auf falsche Tatsachen stützt. Somit ist die Klägerin ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen und die Beklagte ist zur Zahlung des gesamten Werklohns verpflichtet.

3.2. Pflicht der Beklagten zur Herausgabe von Dokumenten

50 Die Pflicht zur Herausgabe von Dokumenten leitet sich aus Art. 24 Ziff. 3 Swiss Rules ab. Danach ist das Schiedsgericht auf Anfrage einer Partei oder von sich aus berechtigt, von den Parteien die Herausgabe von Beweismitteln und Dokumenten zu verlangen (SWISS-RULES-NATER-BASS, Art. 24, N 11-12). Doch diese Regelung ist nicht sehr detailliert (SWISS-RULES-NATER-BASS, Art. 24, N 16). Zur Beantwortung der Frage, ob eine Partei zur Herausgabe von Dokumenten verpflichtet ist, sind die IBA-Rules einschlägig, welche das Schiedsgericht berücksichtigt (*Verfahrensbeschluss Nr. 1*, N 7).

3.3. Herausgabe des Vertrages mit dem Glassammlungsunternehmen

51 Die Klägerin beantragt die Herausgabe des zwischen der Beklagten und dem Glassammlungsunternehmen geschlossenen Vertrags, weil darin nach Angabe von Herrn Fuchs die Zusammensetzung der jeweils verwendeten Glasmischung sehr wahrscheinlich festgelegt wurde (vgl. *Beilage B-1*). Da also auch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch Glas verwendet wurde, das von besagtem Unternehmen stammte, hätte es die (allenfalls) vertraglich vereinbarte Qualität aufweisen müssen (*Verfahrensbeschluss Nr. 4*, N 4). Aufschluss über die Beschaffenheit des Glases liefert somit einzig die vertragliche Vereinbarung. Die Herausgabe des Vertrags ist deshalb unerlässlich.

52 Der Vertrag befindet sich nicht in der Verfügungsmacht der Klägerin, da sie keine Vertragspartei ist. Doch die Beklagte, als eine gewissenhafte Vertragspartei, muss im Besitz des Vertrages sein. Zudem wollte die Beklagte auch ihre vertragliche Verpflichtung, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen, mit der Verwendung des Vertrages erfüllen.

53 Der Antrag auf Herausgabe des Vertrages ist genug konkret um als Grundlage für einen Entscheid über Einwendungsgründe nach Art. 3.7 IBA-Rules dienen zu können. So wurden die Beklagte und das Glassammlungsunternehmen von der Klägerin als Urheber des Vertrags identifiziert (*Verfahrensbeschluss Nr.4*, N 4). Weiter wurde dargelegt, dass dem Vertrag die vereinbarte Glaszusammensetzung entnommen werden kann. Zwar kann die Klägerin den vermuteten Zeitraum des Vertragsschlusses nicht benennen (IBA-KESSLER, S. 51), doch soll damit ein Dokument für den Herausgabepflichtigen lediglich identifizierbar gemacht (IBA-Commentary, S. 8 f.) und dessen Beschaffungsaufwand verringert werden. Die Beklagte hat im vorliegenden Fall das Dokument selbst benannt, weshalb auf dieses Kriterium verzichtet werden kann.

3.3.1 Befreiung von der Pflicht den Vertrag herauszugeben

54 In Art. 9 Ziff. 2 IBA-Rules sind Ausschlussgründe aufgelistet, aufgrund derer Beweismittel auszuschliessen sind. Der Ausschlussgrund nach Art. 9 Ziff. 2 lit. c IBA-Rules liegt nicht vor,

da ein gültiger Vertrag bei sorgsamer und gewissenhafter Geschäftstätigkeit ohne grossen Aufwand aufzufinden ist. Der einzige prüfenswerte Ausschlussgrund, ist das wirtschaftliche oder technische Betriebsgeheimnis nach Art. 9 Ziff. 2 lit. e IBA-Rules.

3.3.2. Wirtschaftliches oder technisches Betriebsgeheimnis

55 Die Beklagte könnte geltend machen, dass im Vertrag wirtschaftliche oder technische Betriebsgeheimnisse enthalten sind aufgrund derer der Vertrag als Beweismittel nach Art. 9 Ziff. 2 lit. e IBA-Rules auszuschliessen sei.

56 Bei der Entscheidung, ob ein Dokument als Beweismittel auszuschliessen ist, muss ein Schiedsgericht eine Abwägung der verschiedenen Interessen vornehmen. Dabei sind auch die in Art. 9 Ziff. 3 IBA-Rules enthaltenen Gesichtspunkte zu berücksichtigen. So muss nach Art. 9 Ziff. 3 lit. d IBA-Rules unter anderem untersucht werden, ob eine Erklärung einer Partei als Verzicht auf ein an sich ihr zustehendes Verweigerungsrecht ausgelegt werden muss.

57 Die Beklagte hat sich verpflichtet, mit Hilfe des Vertrags die Zusammensetzung des Glases ausfindig zu machen (vgl. *Beilage B-1*). Mit dieser Verpflichtung verzichtet sie auf alle Verweigerungsrechte bezüglich der Verwendung des Vertrags mit dem Glassammlungsunternehmen um die Glaszusammensetzung während des zweiten Inbetriebnahmeversuches ausfindig zu machen. Die Pflicht, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen, beinhaltet nicht nur die Mitteilung der Zusammensetzung des Glases gegenüber der Klägerin. Der Vertrag muss der Klägerin auch zugänglich gemacht werden. Schliesslich ist der Klägerin nicht zuzumuten, ohne Überprüfungsmöglichkeit auf den Wahrheitsgehalt der beklagischen Aussage zu vertrauen. Somit muss die Anwendung dieses Ausschlussgrundes verneint werden.

3.4. Antrag für einen unabhängigen Sachverständiger nach Art. 3 Ziff. 8 IBA-Rules

58 Würde das Gericht annehmen, die Beklagte hätte nicht auf ihre Verweigerungsrechte verzichtet, beantragt die Klägerin, dass nach Art. 3 Ziff. 8 IBA-Rules ein unabhängiger Sachverständiger beauftragt wird. Dieser soll das Dokument auf möglicherweise geltend gemachte Ausschlussgründe hin prüfen und über allfällig mögliche Einwendungen der Beklagten berichten.

3.5. Ergebnis

59 Der Antrag der Klägerin ist genügend substantiiert und es liegen keine Ausschlussgründe vor. Aus diesen Gründen ist dem Begehren Nr. 3 der Klägerin zu entsprechen und die Beklagte zur Herausgabe des zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen geschlossenen Vertrages zu verpflichten.

4. Pflicht der Beklagten, jede E-Mail-Korrespondenz herauszugeben

- 60 Möglicherweise ergibt sich die Glaszusammensetzung nicht aus dem Vertrag zwischen der Beklagten und ihrem Glassammlungsunternehmen. Diesfalls findet sie sich in der E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beklagten und ihrem Glassammlungsunternehmen (vgl. *Beilage B-1*). Deshalb beantragt die Klägerin, dass die Beklagte jede E-Mail-Korrespondenz zwischen ihr und ihrem Glassammlungsunternehmen herausgibt, um damit die Glaszusammensetzung beim zweiten Inbetriebnahmeversuch ausfindig machen und nachweisen zu können.
- 61 Die Klägerin hat keinen Zugang zu besagter E-Mail-Korrespondenz. Es ist anzunehmen, dass die Beklagte die E-Mail-Korrespondenz mit dem Glassammlungsunternehmen gespeichert und aufbewahrt hat, oder dass diese zumindest auf irgendeine Weise noch verfügbar ist. Ausserdem hat die Beklagte eingewilligt, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen. Dies ist durch Art. 11.2 BRAG zur vertraglichen Pflicht geworden (vgl. N 42 ff.; vgl. *Beilage B-1*). Es ist dabei in Kauf zu nehmen, dass möglicherweise eine grosse Anzahl Dokumente herauszugeben sind.
- 62 Somit ist anzunehmen, dass die Angaben über die Glaszusammensetzung zum Nachteil der Beklagten sind. Deshalb wird sie wohl auch in Zukunft nicht nach der konkreten E-Mail, in der die Glaszusammensetzung festgehalten ist, suchen und diese der Klägerin oder dem Gericht zugänglich machen und ihrer vertraglichen Pflicht nicht nachkommen. Aus diesem Grund und in Anbetracht der Relevanz der Angaben der Glaszusammensetzung für den Ausgang des Prozesses muss die Beklagte zur Herausgabe jeglicher Korrespondenz verpflichtet werden, um der Klägerin die Durchforschung aller E-Mail-Korrespondenz auf die Angabe über die Glaszusammensetzung zu ermöglichen.
- 63 Die Beklagte verzichtet auf die Verweigerungsrechte in Bezug auf die E-Mail-Korrespondenz. Die Offenlegung derselben ist immerhin vertragliche Pflicht geworden (Art. 11.2 BRAG). Sie hat daher kein Recht, die Herausgabe zu verweigern (vgl. *Beilage B-1*, vgl. *Kapitel 3.3.2*).
- 64 Somit ist die Beklagte zur Herausgabe aller E-Mail-Korrespondenzen mit dem Glassammlungsunternehmen zu verurteilen und dem Begehren Nr. 4 der Klägerin zu entsprechen.

5. Anspruch auf Zahlung des Werklohns

- 65 Unbestritten haben die Parteien gemeinsam erkannt, dass es sich vorliegend um einen Werklieferungsvertrag handelt (*Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage*, N 12, *Ergänzung der Einleitungsanzeige*, N 1).

66 Der Anspruch der Klägerin auf Werklohn ergibt sich aus Art. 4 BRAG. Die gesetzliche Ordnung, wie sie in Art. 372 OR niedergelegt ist, ist dispositiv und daher hier nicht beachtlich (vgl. BGE 110 II 176, S. 178, E. 2a; BGE 94 II 161, S. 164, E. 2c; GAUCH-BGer, N 1162 f.; GUHL, S. 531, N 41). Sodann hat die Klägerin ihre Pflicht vollumfänglich erfüllt und ist damit frei geworden. Wie zu zeigen ist, kann die Beklagte den Werklohn auch nicht gestützt auf Art. 82 OR verweigern.

5.1. Abnahme des Werkes

5.1.1. Unterscheidung zwischen Abnahme und Genehmigung

67 Ein Werkvertrag wird erfüllt durch Herstellung und Ablieferung des Werkes (MÜLLER-CHEN/FURRER, S. 225). Vorliegend wurde das Werk erstellt und durch Herrn Fuchs in Betrieb gebracht, der sich über das gute Funktionieren freute (vgl. *Beilage B-1*). Die Herstellung des Werkes ist soweit auch unbestritten. Bei der Ablieferung des Werkes muss unterschieden werden zwischen Abnahme und Genehmigung des Werkes.

68 Die Abnahme eines Werkes setzt voraus, dass es vollendet ist und der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat. Ob es mängelfrei ist, spielt dagegen keine Rolle. Der Abnahme entspricht, vom Unternehmer aus gesehen, die Ablieferung des Werkes. Abgeliefert wird es durch die Übergabe oder durch Mitteilung des Unternehmers, es sei vollendet. Eine Abnahme kann auch stillschweigend dadurch erfolgen, dass das Werk gemäss seinem Zweck gebraucht wird (BGE 113 II 267, E. 2b mit Hinweisen). Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist deshalb nicht erforderlich (BGE 115 II 456, E.4).

5.1.2. Abnahme durch Inbetriebnahme

69 Die Abnahme erfolgt laut Art. 8.3 BRAG gleichermassen, wenn der Beklagte die Anlage als Ganzes oder Teile davon in Betrieb nimmt. Gemäss dem Protokoll der zweiten Inbetriebnahme hat Herr Fuchs, nach dem die Anlage tagsüber in der Testphase gut funktionierte, alleine bedient und sie somit in Betrieb genommen. Während eines Tests müssten das ausführende Personal der Beklagten und die Anlage durch die Spezialisten der Klägerin überwacht werden (Art. 5.2.1 Annex III BRAG). Durch das alleinige Betreiben der Anlage hat die Beklagte den Test als erfolgreich beendet, die Anlage nach ihrem Zweck gebraucht und diese dadurch stillschweigend abgenommen (BGE 113 II 267, E. 2b).

5.1.3. Einwand des unvollendeten Tests

70 Dem möglichen Einwand der Beklagten, dass zum Zeitpunkt der Übernahme zum Alleinbetrieb noch nicht die vollen 40 Tonnen gemäss Art. 3.3.1 BRAG verarbeitet worden sind, ist entgegen zu halten, dass bereits 20,4 Tonnen und somit mehr als die Hälfte des gesamten Solls verarbeitet waren. Ausserdem war es die Entscheidung von Herrn Fuchs die Anlage

bereits zu diesem Zeitpunkt zu übernehmen und somit dem Vorgehen nach Art. 5.2.1 BRAG zu widersprechen.

5.1.4. Abnahmeverweigerung nicht aus unbilligen Gründen

71 Am Ende von Art. 8.3 BRAG wird ausdrücklich erklärt, die Unterzeichnung des Abnahmezertifikats dürfe nicht aus unbilligen Gründen oder wegen unbedeutender, kleinerer Vertragsabweichungen, welche die Grundfunktion der Lieferung nicht beeinträchtigen, verweigert werden. Die vollständig erfolgreichen Kalttests (vgl. *Beilage K-2*) und die (mindestens teilweise) erfolgreichen Warmtests (vgl. *Beilage K-2* und *B-1*) zeigen nicht nur auf, dass die Anlage funktioniert. Vielmehr auch, dass sie eine Leistung abwirft, die höher ist als die bereits bestehende bei der Beklagten und somit die Grundfunktionen gewährleistet sind. Insbesondere wurde zwischenzeitlich das Leistungsmaximum von 5.41 Tonnen pro Stunde und im Durchschnitt 5.1 Tonnen pro Stunde während vier Stunden erreicht, wobei Letzteres die Anforderungen des Lieferungsvertrags gar übertrifft (*Verfahrensbeschluss Nr. 4, N 5*). Selbst bei Betriebsstörungen konnte die Anlage alles Material verarbeiten, so dass am Morgen nach dem zweiten Test nicht einmal mehr Proben genommen werden konnten (vgl. *Beilage B-1*).

72 Das einzige Kriterium, welches die Anlage noch nicht erfüllt hat, ist die durchschnittliche Verarbeitungsleistung von 5.0 Tonnen pro Stunde bis zu einer Einspeisung von 40 Tonnen. Entscheidend ist hierfür allerdings das vertragsgemässe Mitwirken der Beklagte (Art. 3.1 BRAG; Art. 5.2.2 und 6.1 Annex III BRAG). Beim ersten Warmtest hat die Beklagte nachweislich Glas in falschen Massen und mit einem spezifischen Mindestgewicht von 0.55 Tonnen pro Kubikmeter verarbeitet. Durch Verwenden dieser vertragswidrigen Glaszusammensetzung hat sie ihre Pflichten (vgl. *Beilage K-2*) nicht erfüllt. Beim zweiten Test weigert sich die Beklagte bisher aufzuzeigen, wie das verarbeitete Glas zusammengesetzt war.

73 Unter diesen Umständen ist es unbillig die Annahme der Anlage zu verweigern, denn der Kläger hat diese vertragsgemäss bereitgestellt und somit die Verabredung erfüllt. Die Beklagte könnte hiergegen einwenden, dass der Vertrag noch nicht mangelfrei erfüllt wurde und sie den Werklohn deshalb nach Art. 82 OR zurückbehalten möchte bis sämtliche Mängel behoben wurden.

5.1.5. Recht auf Nachbesserung und Einrede aus Art. 82 OR

74 Gemäss BSK-OR-ZINDEL/PULVER, Art. 372, N 11, steht der Beklagten diese Einrede nur in beschränktem Rahmen zur Verfügung: Mit Ablieferung des Werkes wandelt sich die ursprüngliche Forderung des Bestellers auf Herstellung und Ablieferung eines mangelfreien Werkes in eine aus den Mängelrechten nach Art. 368 OR fließende Forderung (GAUCH-Werkvertrag, N 2368). Insbesondere kann die Beklagte Nachbesserung verlangen (auf die sie

aus Art. 5.2.1 Annex III BRAG einen klagbaren Anspruch hat). Diesfalls treten die Vergütungspflicht des Bestellers und die Nachbesserungspflicht des Unternehmers in ein Austauschverhältnis. Dabei darf die von der Beklagten zurückbehaltene Vergütung die Höhe der mutmasslichen Kosten der Mangelbehebung nur in den Grenzen von Treu und Glauben übersteigen (BSK-OR-ZINDEL/PULVER, Art. 372, N 12). Die Einrede nach Art. 82 OR verhindert weder den Eintritt der Fälligkeit noch deren Fortdauern. Vielmehr erlaubt sie dem Besteller eine an sich fällige Vergütung nicht zu leisten (GAUCH-BGer, N 1155 und 2381).

75 Einer Nichtannahme der Beklagten gleichzustellen ist, wenn der Besteller dem Unternehmer ohne zwingenden Grund verwehrt, einen von ihm behaupteten aber streitigen Mangel in Augenschein zu nehmen. Die Beklagte befindet sich durch das Zurückhalten der Beweise über die Zusammensetzung der Glasmischung beim letzten Test in Annahmeverzug nach Art. 91 OR (MÜLLER-CHEN/FURRER, S. 235). Dadurch verliert sie ihren Rückbehaltungsanspruch nach Art. 82 OR.

5.2. Fälligkeit des Werklohns

76 Der Werklohn wird nach Art. 372 OR bei Ablieferung des kompletten Werkes trotz Mangelhaftigkeit fällig (BGE 107 II 52 f.; SCHMID/STÖCKLI, N 1720). Die Parteien haben sich vertraglich aber auf ein besonderes Abzahlungsregime geeinigt, das in Art. 4 BRAG niedergelegt ist. Die Klägerin hat nun, angesichts der Verweigerung des Werklohns durch die Beklagte, auf das Vorgehen nach Art. 4 BRAG verzichtet und die gesamte ausstehende Forderung von CHF 3'500'000 gefordert und fällig gemacht.

5.2.1. Ausgangslage

77 Dieses Vorgehen widerspricht Art. 4 BRAG. In der Tat wird damit das dort niedergelegte Abzahlungsregime umgangen, doch muss in Erwägung gezogen werden, dass ein Beharren auf diesem Art. 4 BRAG die Klägerin unzumutbar belasten würde. Die Fälligkeit der einzelnen Rate erfolgt nämlich im Monatsabstand, sodass die Klägerin noch bis ins Jahr 2013 warten müsste, ehe die letzte Rate fällig wird. Solange die Beklagte sich als treue Vertragspartnerin erwies, war dies kein Problem. Nun aber ist in Erwägung zu ziehen, dass die Klägerin sich einem Partner gegenüber sieht, der sich seinerseits weigert, vertragskonform vorzugehen. Die Einsparungen, welche die Beklagte durch Betrieb der Maschine erwirtschaftet hätte und die an die Raten hätten angerechnet werden sollen (Art. 4.2.3. BRAG) fallen weg, da die Maschine ja gar nicht verwendet wird. Dies hat zur Folge, dass die Klägerin umso länger auf ihr Geld warten muss.

78 Wie dargelegt, ist das Verfahren nach Art. 4 BRAG für die Klägerin unzumutbar. Sie hat daher den gesamten ausstehenden Preis gefordert und macht ihre Fälligkeit geltend. Betref-

fend der ersten sieben Raten (CHF 700'000) ist die Beklagte im Verzug (vgl. *Einleitungsanzeige* und *Rechtsbegehren*).

5.2.2. Stand der Rechtsprechung

79 Zunächst hat das Bundesgericht in seiner Praxis zwar festgestellt, dass eine vorgezogene Fälligkeit eigentlich nicht eintreten könne (BGer 4A_209/2007, E. 2.2.1.; BGE 84 II 645). Die Raten sind dann geltend zu machen, wenn sie gemäss Abmachung fällig werden. Eine vorzeitige Geltendmachung sei für den Schuldner unverbindlich, mangels Fälligkeit. Die Gerichte anerkennen zwar den grundsätzlichen Bestand der Forderung, weisen die Klage aber „zurzeit“ mangels Fälligkeit ab. Im Ergebnis stellen die Gerichte eine Ratenschuld bloss fest, solange das vereinbarte Fälligkeitsdatum noch nicht verstrichen ist.

80 Gleichzeitig hat das Bundesgericht aber in anderen Entscheiden festgestellt, dass die Verzugsfolgen – insbesondere die Wahlrechte nach Art. 107 ff. OR – unter bestimmten Umständen vom Gläubiger geltend gemacht werden können, auch wenn eine Forderung (bzw. eine Teilforderung wie bei einer Ratenzahlung) noch nicht fällig geworden ist (BGE 110 II 143 f.; BGE 119 II 135 ff.; vgl. auch BSK-OR-WIEGAND, Art. 107, N 21; GUHL, S. 252, N 1 und 18; VON THUR/ESCHER, S. 158 f.; CHK-FURRER/WEY, Art. 107 OR, N 59 ff.). Solche Umstände sind namentlich ein antizipierter Vertragsbruch oder ein antizipierter Schuldverzug, Situationen also, in denen es sicher erscheint, dass der Vertrag gebrochen wird oder der Schuldner nicht richtig leisten wird. Eine solche Situation liegt in casu vor.

5.2.3. Möglichkeit einer vorgezogenen Fälligkeit

81 Lehre und Rechtsprechung wollen angesichts eines solchen antizipierten Schuldnerverzuges dem Gläubiger das Recht geben, den Verzug auch auf noch nicht fällige (Teil-)Forderungen geltend zu machen (siehe zum antizipierten Vertragsbruch auch: BGE 110 II 141; BGE 69 II 243). Die Klägerin hat dies aber nicht getan. Sie hat lediglich eine vorgezogene Fälligkeit geltend gemacht, indem sie den Vollbetrag in Rechnung gestellt hat, den Verzug aber nur in Bezug auf die ersten sieben Raten (CHF 700'000) erklärt. Dieses Vorgehen wird von der Rechtsprechung indes nicht geschützt, da es soweit ersichtlich keine Präjudizen für eine zulässige vorgezogene Fälligkeit gibt. Jedoch soll das Gericht dieses Vorgehen nicht rundweg verwerfen. In der Tat hat die Klägerin sogar verhältnismässig reagiert. Die Geltendmachung der Fälligkeit kann ohne weiteres als milderer Mittel im Vergleich zum Verzug betrachtet werden, immerhin liegt im Verzicht auf Verzugserklärung eine gewisse Schonung des Schuldners.

82 Das Vorgehen der Klägerin ähnelt damit mit der von Lehre und Rechtsprechung aufgestellten Regel bei antizipiertem Schuldnerverzug. Es gibt keinen Grund, der Klägerin eine vorgezoge-

ne Fälligkeit zu verwehren, wenn sie in der gleichen Situation das Recht hätte, die Wahlrechte aus Art. 107 ff. OR geltend zu machen. Dieses Vorgehen lässt sich mit der geltenden Rechtsprechung zum antizipierten Schuldnerverzug in Einklang bringen.

5.3. Verzug der Beklagten

- 83 Wie dargelegt, ist die Gesamtforderung fällig geworden und das Ratenzahlungsregime aus Art. 4 BRAG ist obsolet. Zusätzlich ist die Beklagte mit einem Teil der Zahlung gar im Verzuge.
- 84 Die Voraussetzungen eines Schuldnerverzugs sind das Ausbleiben der Erfüllung trotz Leistungsmöglichkeit (es gilt der Grundsatz *Geld muss man haben*, HUGUENIN, N 650), die Fälligkeit der Forderung (N 76 ff.), keine Leistungsverweigerungsrechte (N 74 f., insbesondere kann sich die Beklagte nicht auf die Einrede des Art. 82 OR stützen) und Verzug des Schuldners (der Beklagte kommt seiner Verpflichtung zum Zahlen nicht nach). Es sind sämtliche Bedingungen erfüllt und der Beklagte befindet sich demzufolge im Schuldnerverzug.
- 85 Die Klägerin hat die Beklagte durch Mahnung (*Einleitungsanzeige E. 13, am 31.12.2010*), in Form einer unmissverständlichen Aufforderung an die Schuldnerin die Leistung zu erbringen (BGE 129 III 535 ff.) in Verzug gesetzt (Art. 102 OR). Die Klägerin gewährte der Beklagten in der Folge eine Nachfrist im Sinne des Art. 107 Abs. 1 OR zur Zahlung der Schuld. Da trotzdem nicht erfüllt wurde, hat die Klägerin Anspruch auf Festhalten an der Leistung, somit auf Klage auf Erfüllung und Ersatz des Verspätungsschadens nach Art. 103 ff. OR. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte eine grundsätzliche Weigerung der Zahlung im Sinne des Art. 108 Ziff. 1 OR erklärt hat. Nebst dem klagbaren Anspruch auf Zahlung des Werklohns hat die Klägerin Anspruch auf Verspätungsschaden nach Art. 103 ff. OR und insbesondere auf Verzugszins von fünf pro hundert (Art. 104 OR). Zusätzlich trägt die Beklagte seit Abnahme des Werkes die Gefahr für den zufälligen Untergang (Art. 376 OR).
- 86 Das Gesagte gilt für sämtliche Teilbeträge, welche die Klägerin der Beklagten zwischen dem 19. Juli 2010 und dem 18. Januar 2011 in Rechnung gestellt hat (vgl. *Beilage K-5*). Bezüglich dieser total CHF 700'000 ist die Klägerin im Verzug.

5.4. Ergebnis

- 87 Wie dargelegt ist das Werk abgeliefert worden und die Klägerin ist dadurch von ihrer Schuld freigeworden. Sie hat vollen Anspruch auf den Werklohn. Weiter ist sie angesichts der antizipierten Zahlungsverweigerung ohne weiteres befugt, die Beklagte bezüglich der Gesamtsumme in Verzug zu setzen, weil Art. 4 BRAG seine Gültigkeit verliert. Sie belässt es indes bei der Geltendmachung der Fälligkeit, dies schadet jedoch der Rechtmässigkeit dieses Vorge-

hens nicht. Im Ergebnis ist somit die gesamte Summe von CHF 3'500'000 fällig geworden, die Beklagte befindet sich sodann mit CHF 700'000 im Verzug. Die Inrechnungstellung ist rechtens, Art. 4 BRAG ist als unerheblich zu betrachten. Dem Begehren Nr. 5 der Klägerin muss entsprochen werden.

6. Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung des geleisteten Werklohnes

- 88 Die Beklagte versucht die Zahlungspflicht des Werklohnes zu umgehen, indem sie den Rücktritt erklärt und die Abnahme abstreitet. Zugleich hat sie in ihrer Widerklage geltend gemacht, die bereits geleistete Summe von CHF 500'000 sei ihr zurückzuerstatten. Dieses Vorgehen ist jedoch wider Recht und Vertrag. Die Parteien sind durch Vertrag aneinander gebunden. Ein Recht zur Rückleistung hätte die Beklagte nur dann, wenn der Vertrag als aufgehoben betrachtet werden müsste. Dies wäre der Fall, wenn die Beklagte erfolgreich zurücktreten könnte, denn dann hätte sie Anrecht auf das negative Interesse: Dies hätte zur Folge, dass der Vertrag abgewickelt würde und jede Partei so gestellt wird, als hätte es den Vertrag nie gegeben (statt vieler: BGer 4C.276/2000; BGE 114 II 152; GAUCH-BGer, N 683 f.). Alles bereits Geleistete müsste dann in einem Rückabwicklungsverhältnis jeweils wieder ausgetauscht werden.
- 89 Die Vertragsbeendigung nach Art. 18 BRAG hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Dieser wäre für sie auch nicht zielführend, denn nach dem Wortlaut knüpft diese Bestimmung an den Tatbestand der „wesentlichen Vertragsverletzung der anderen Partei“ an. Nach obigen Ausführungen kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass eine solche Vertragsverletzung von der Klägerin nicht verursacht worden ist. Und sogar wenn Art. 18 BRAG angewendet würde, so hätte die Beklagte kein Anspruch auf Rückzahlung des bereits geleisteten (Art. 18.3 BRAG).
- 90 Es ist also zu zeigen, dass die Beklagte kein Recht auf einen Rücktritt hat und dass der Vertrag weiterhin besteht. In diesem Falle hat die Beklagte nämlich keinen Anspruch auf Herausgabe des bereits Geleisteten, und schuldet der Klägerin im Gegenzug den vollen Werklohn.

6.1. Rücktritt der Beklagten wegen grober Mängel

- 91 Das Recht zum Rücktritt will die Beklagte durch eine analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR bzw. Art. 368 Abs. 1 OR auf Art. 366 Abs. 2 OR herleiten („*Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage*“, N 14 f.).
- 92 Die Beklagte will das Gesetz wie folgt auslegen: Liegt der Tatbestand von Art. 366 Abs. 2 OR (erheblicher Mangel oder krasse Abweichung vom Verträge) vor, so könne dies die

Rechtsfolge von Art. 366 Abs. 1 OR (Rücktrittsmöglichkeit vor Ablieferung) auslösen. Dies scheint aus Sicht der Beklagten möglich, weil sie überhaupt der Ansicht ist, eine rechtliche Ablieferung des Werkes sei noch nicht erfolgt („*Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage*“, N 13 f.).

6.1.1. Kritik an der Auslegung

- 93 Die genannte Auslegung entspricht nicht dem Zweck des Gesetzes. Denn dies würde den Sinn von Art. 366 Abs. 2 OR obsolet machen: Dieser stellt ja gerade einen Rechtsbehelf zur Verfügung für den Fall, dass vor Ablieferung erhebliche Mängel sichtbar werden. Diese Bestimmung lässt aber nur Raum für eine Ersatzvornahme, von Rücktritt ist nicht die Rede. Ein Teil der Lehre hat diesen Widerspruch denn auch erkannt (BÜHLER, ZK, OR 366 N 74; GAUCH-BGer, N 894a ff.; einschränkend BSK-OR-ZINDEL/PULVER, Art. 366, N 40 f.) und hält einen Rücktritt vor Ablieferung wegen Werkmängel nur in äussersten Extremsituationen überhaupt für möglich. Dieser Meinung ist – entgegen der herrschenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Leitentscheid: BGE 126 III 230, E. 7.a.bb.) – der Vorzug zu geben. Bei erheblichen Mängeln ist auf die Rechtsbehelfe zu verweisen, die nach der Ablieferung vorliegen. Eine analoge Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR auf Art. 366 Abs. 2 OR kann nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein.

6.1.2. Historische Fussnote

- 94 Auch bei historischer Auslegung erscheint die Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht sinnvoll. Die Absätze 1 und 2 von Art. 366 OR waren im alten Obligationenrecht von 1881 (aOR) in zwei Artikel aufgeteilt, nämlich in die Art. 354 aOR (heute Abs. 1) und Art. 355 aOR (heute Abs. 2). Art. 354 aOR verwies auf die Art. 122 ff. aOR, die heute den Art. 107 ff. OR entsprechen. Art. 355 aOR, der sich des Problems der Mängel vor Ablieferung annahm, enthielt explizit *keinen* Verweis auf die Verzugsrechte. Dass der Gesetzgeber die beiden Artikel im neuen OR zu einem einzigen Artikel zusammengefügt hat, darf nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass sie von Anfang an als unabhängige Tatbestände mit verschiedenen Rechtsfolgen gedacht waren (siehe zum Ursprung von Art. 366 OR auch: BK-KOLLER, Art. 366, N 38 ff., der sich dann jedoch der Meinung des Bundesgerichts anschliesst).

6.1.3. Bereits erfolgte Abnahme

- 95 Ohnehin ist Art. 366 OR insgesamt nicht anwendbar. Dieser greift nämlich nur *vor* der Ablieferung (bzw. Abnahme) ein. Wie oben gezeigt (N 67 ff.) ist die Abnahme jedoch bereits erfolgt. Ein Vorgehen gestützt auf Art. 366 OR kommt also auch dann nicht infrage, wenn das Gericht an der herrschenden Auslegung festhalten wollte.

6.2. Rücktritt der Beklagten wegen Verzug

96 Sodann führt die Beklagte an, sie habe aus Art. 366 Abs. 1 OR ein Rücktrittsrecht wegen Verzugs der Klägerin („*Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage*“, a.a.O.). Wie gezeigt wird, ist dem nicht beizupflichten.

6.2.1. Bedeutung der Terminplans

97 Annex II BRAG stellt einen sehr detaillierten Zeitplan zur Verfügung, zu dessen Beachtung die Parteien sich verpflichtet haben (Art. 5.1 BRAG). Indes lässt sich schon aus dem Wortlaut des Vertrages entnehmen, dass der Terminplan gemäss Annex II flexibel ist. So ergibt sich schon aus Art. 3.2 BRAG, dass die Klägerin das Recht gehabt hätte, den Terminplan zu verlängern, sollte der Verzug wegen Fehlern der Beklagten eintreten. Wie unten ausgeführt wird, sind die Verzögerungen bei der Inbetriebnahme alleine der Beklagten anzulasten. Somit hätte die Klägerin jederzeit den Terminplan verlängern können. Dies hat sie jedoch gemäss dem Sachverhalt unterlassen. Offensichtlich ging es der Klägerin darum, eine gute Beziehung zur Beklagten aufrecht zu erhalten und sie nicht durch Anrufung dieser Terminverlängerungsklausel zu belasten. Ein Streit um Vertragsparagrafen hätte die Zusammenarbeit wohl erheblich gestört. Die unterlassene Geltendmachung von Art. 3.2 BRAG im Interesse guter Beziehungen soll der Klägerin aber nicht zum Nachteil gereichen. Somit muss es als Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB betrachtet werden, wenn die Beklagte der Klägerin einen Verzug entgegenhält.

6.2.2. Verantwortung für den Verzug

98 Zumal eine Partei den Verzug nicht geltend machen kann, wenn dieser aufgrund Tatsachen eingetreten ist, für welche sie selbst die Verantwortung trägt (Art. 96 OR; KOLLER, S. 876, N 8; BK-KOLLER, Art. 366, N 148 ff.; CHK-FURRER/WEY, Art. 102 OR, N 11). Streng genommen war die Klägerin ab dem 23. Juni 2011 im Verzug (Ablauf der vereinbarten acht Monate gemäss Annex II BRAG). Dies war insbesondere deswegen der Fall, weil die Beklagte nachweislich untaugliches Testglas in die Maschine eingeführt hat, weshalb eine Reparatur notwendig wurde (vgl. *Beilage K-2*). Für den Testschrott war aber die Beklagte allein verantwortlich, wie sich aus Art. 3.1, Art. 8.2 BRAG und Art. 5.2.2 Annex III BRAG ergibt. Es lag also in der Verantwortung der Beklagten, dass der erste Warmtest scheiterte. Mindestens bis zum 28. November 2010, als der zweite Warmtest stattfand, kann also von Verzug nicht die Rede sein. Auch beim zweiten Warmtest ist eine Verantwortung der Klägerin nicht bewiesen. Was den zweiten Warmtest betrifft, so ist es der Klägerin leider unmöglich, ihre fehlende Verantwortung zu beweisen, weil die Beklagte sich vertragswidrig weigert, wichtige Dokumente herauszugeben, die Aufschluss über die Testglaszusammensetzung geben würden.

Damit bleibt unklar, ob der zweite Warmtest wegen der Glaszusammensetzung oder wegen konzeptioneller Mängel scheiterte. Wäre ersteres der Fall, so trüge die Beklagte die Verantwortung. Das Gericht soll seine eigenen Schlüsse aus der Tatsache ziehen, dass die Beklagte Dokumente trotz vertraglicher Pflicht zur Herausgabe verheimlicht, die Aufschluss über die Glaszusammensetzung geben würden.

6.2.3. Nichtanwendbarkeit des Art. 366 OR

- 99 Ohnehin erweist sich Art. 366 Abs. 1 OR für die Beklagte als fruchtlos: Die Abnahme ist bereits erfolgt (N 67 ff.), wodurch der Anwendungsbereich dieser Norm ausgeschlossen wird. Nach dem Gesagten kann eindeutig kein Recht auf Rücktritt bestehen. Der Vertrag beansprucht daher nach wie vor Gültigkeit.

6.3. Ergebnis

- 100 Ein Rücktritt der Beklagten liegt nicht vor, da sie diese Rechtsmöglichkeit gar nicht hat. Weder aus Verzug noch aus groben Mängeln lässt sich das Vorgehen der Beklagten stützen. Sie kann also die bereits geleisteten CHF 500'000 nicht zurückverlangen und dem Begehren Nr. 6 der Klägerin ist zu entsprechen.