

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34
CH-6340 Baar
Schweiz

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

Klageantwort

in Sachen

Bietmann Industrieanlagen 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 | IV |
| II. | Abkürzungsverzeichnis | V |
| III. | Literatur- und Materialienverzeichnis | VII |
| IV. | Urteilsverzeichnis | XI |
| V. | Einleitung | XIII |
| 1. | Bestreitung der Pflicht zur Kostenvorschusszahlung | 1 |
| 1.1. | Einleitung | 1 |
| 1.2. | Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung | 1 |
| 1.2.1. | Ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts | 1 |
| 1.2.2. | Prozessuale Pflicht zur Kostenvorschusszahlung | 1 |
| 1.2.3. | Ein Wandel in der Rechtsanschauung? | 2 |
| 1.3. | Zahlungsverweigerung | 3 |
| 1.3.1. | Überhöhte und ungerechtfertigte Klageforderung | 3 |
| 1.3.2. | Separate Kostenvorschüsse | 4 |
| 1.4. | Prozessleitende Verfügung | 4 |
| 1.5. | Kein Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme | 5 |
| 1.6. | Ergebnis: Keine vertragliche Kostenvorschusspflicht | 5 |
| 2. | Bestreitung der Pflicht zur Rückerstattung des Kostenvorschusses | 5 |
| 2.1. | Keine Rückerstattungspflicht | 5 |
| 2.2. | Kein Teilentscheid und keine vorsorgliche Massnahme | 6 |
| 2.3. | Ergebnis: Kein Rückerstattungsanspruch | 6 |
| 3. | Bestreitung der Pflicht zur Dokumentenedition | 6 |
| 3.1. | Einleitung | 6 |
| 3.2. | Die Umschreibung des Vertrages nach Art. 3.3 (a) IBA-Rules | 6 |
| 3.2.1. | Kriterien für die Umschreibung eines Dokuments | 7 |

| | |
|--|----|
| 3.2.2. Ungenügende Umschreibung des Vertrages | 7 |
| 3.2.3. Möglichkeit der Existenz mehrerer Verträge | 7 |
| 3.3. Die Umschreibung der Korrespondenzen nach Art. 3.3 (a) IBA-Rules..... | 7 |
| 3.3.1. Kriterien für die Umschreibung einer Kategorie von Dokumenten..... | 8 |
| 3.3.2. Ungenügende Umschreibung der Korrespondenzen..... | 8 |
| 3.3.3. Eindruck einer „fishing expedition“ | 8 |
| 3.3.4. Anforderungen an die Erklärung im Sinne von Art. 3.3 (b) IBA-Rules | 9 |
| 3.4. Unzureichende Relevanz des Vertrags für ein Editionsbegehren | 9 |
| 3.5. Unzureichende Relevanz der Korrespondenzen für den Fall..... | 10 |
| 3.6. Mangelhafte Erklärung betreffend der Wesentlichkeit für einen Entscheid | 10 |
| 3.7. Einwendungen gestützt auf Art. 9.2 IBA-Rules..... | 11 |
| 3.8. Ausschlussgründe nach Art. 9.2 (e) IBA-Rules | 11 |
| 3.9. Massnahmen zum Schutz berechtigter Geschäftsgeheimnisse | 11 |
| 3.10. Ergebnis..... | 12 |
| 4. Anspruch auf Zahlung des Werklohns | 12 |
| 4.1. Fehlende Abnahme des Werks | 12 |
| 4.2. Parteiautonome Fristabweichung | 12 |
| 4.3. Keine vorläufige und keine definitive Abnahme | 12 |
| 4.4. Keine Vollendung | 13 |
| 4.5. Keine Ablieferung | 13 |
| 4.5.1. Keine Abnahme durch Art. 8.3 BRAG | 13 |
| 4.5.2. Keine Abnahme durch konkludentes Verhalten..... | 14 |
| 5. Rücktritt wegen Verzug | 14 |
| 5.1. Ausgangslage | 14 |
| 5.2. Vertragliche Abmachung | 14 |
| 5.3. Sachverhalt..... | 14 |
| 5.4. Rechtliche Konsequenz | 15 |
| 5.5. Ergebnis..... | 15 |

| | |
|---|----|
| 6. Eventualiter: Rücktritt aus erheblichen Mängeln (Wandlung, Art. 368 OR)..... | 16 |
| 6.1. Erheblicher Mangel | 16 |
| 6.2. Beweislast..... | 17 |
| 6.3. Konzeptionelle Mängel | 17 |
| 6.4. Keine Verantwortlichkeit der Auftraggeberin..... | 17 |
| 6.5. Keine Genehmigung des Werkes | 17 |
| 6.6. Haftungsbeschränkung? | 18 |
| 6.6.1. Grundsätzliches | 18 |
| 6.6.2. Der seltsame Artikel 9 | 19 |
| 6.6.3. Auslegungsergebnis | 20 |
| 6.6.4. Widersprüchliches Verhalten | 20 |
| 6.6.5. Ergebnis..... | 20 |

I. Rechtsbegehren

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

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

Im Namen unserer Beklagten ersuchen wir um Gutheissung dieser Rechtsbegehren.

II. Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|--|
| Abs. | Absatz |
| 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 |
| CHK | Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht |
| CHF | Schweizer Franken |
| d.h. | das heisst |
| 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 |
| KS | Klageschrift |
| LCIA | The London Court of International Arbitration |

| | |
|----------------|--|
| LCIA Rules | Schiedsgerichtsordnung des London Court of International Arbitration, in Kraft seit 1. Januar 1998 |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| N | Randnummer / Note |
| 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 |
| Vorb. | Vorbemerkungen |
| z.B. | zum Beispiel |
| 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 4, 15 als BERGER, 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 92 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 4 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 56, 65, 68, 84, 92 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 84 als CHK-BEARBEITER, Art., N).
- CHK-IPRG-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 - Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (unveränderter Nachdruck), Zürich 2010 (zit. in N 7 als CHK-IPRG-BEARBEITER, Art., 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 4 als FAVRE-BULLE, S.).
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID 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 92 als GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N).
- GAUCH GAUCH PETER; Der Werkvertrag, 5. Aufl., Freiburg, 2011 (zit. in N 58, 60, 68, 83, 92 als GAUCH, 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 2, 7 als GIRSBERGER/GABRIEL, S.).
- GUHL GUHL THEO; Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., St. Gallen/Basel 2000 (zit. in N 67 als GUHL, S., N).
- HABSCHEID HABSCHEID WALTHER JAKOB; Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990 (zit. in N 7 als HABSCHEID, S.).
- IBA-COMMENTARY IBA Rules of Evidence Review Subcommittee; geleitet von RICHARD KREINDLER, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, International Bar Association, gefunden auf www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (besucht am 12. April 2012, zit. in N 32 als IBA-COMMENTARY, S.).

- IBA-RULES 2012 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. in N 26, 32, 35, 39 als IBA-RULES 2012, Art. , N).
- KNELLWOLF KNELLWOLF MARKUS; Zur materiellrechtlichen Bedeutung der Schiedsabrede, in: Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts, BERTI STEPHEN, KNELLWOLF MARKUS, KÖPE KAROLY CHRISTIAN, WYSS MATIN PHILIPP (Hrsg.), Zürich 1991 (zit. in N 7 als KNELLWOLF, S.).
- LALIVE/POUDRET/REYMOND LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE; Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989 (zit. in N 7 als LALIVE/POUDRET/REYMOND, N).
- RAESCHKE-KESSLER RAESCHKE-KESSLER HILMAR; Die IBA-Regeln über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren, publ. in: Karl-Heinz Böckstiegel (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, München 2001 (zit. in N 26, 37, 39 als RAESCHKE-RAESCHKE-KESSLER, S.).
- ROHNER ROHNER THOMAS/LAZOPOULOS MICHAEL; Respondent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, publ. in: ASA Bull. (2011), S. 549-573 (zit. in 13, 19 als ROHNER, S.).
- RÜEDE/HADENFELDT RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER; Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2. Aufl., Zürich 1993 (zit. in 4 als RÜEDE/HADENFELDT, S.).
- SECOMB SECOMB MATTHEW; Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, in: ICC Bull. (2003), S. 59-70 (zit. in "IV. Urteilsverzeichnis bei B. Schiedsgerichtsentscheide unter Nr. 11330" als SECOMB, N).

- SIEBER SIEBER PHILIPP; Respondent's refusal to pay the advance on costs: The contractual and the procedural approach, in: SAA Vol. 1: Selected Papers on International Arbitration, Bern 2011 (zit. in N 10 als SIEBER, N).
- SUTTER-SOMM SUTTER-SOMM THOMAS; Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. in N 7 als SUTTER-SOMM, N).
- SWISS-RULES-BEARBEITER ZUBERBÜHLER THOMAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP; Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, 1. Aufl., Zürich 2005 (zit. in N 12, 16 als SWISS-RULES-BEARBEITER, Art., N).
- WEBSTER WEBSTER THOMAS H.; Handbook of UNCITRAL arbitration: commentary, precedents and materials for UNCITRAL based arbitration rules, 1. Aufl., London 2010 (zit. in N 6 als WEBSTER, N).

IV. Urteilsverzeichnis

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

A. Bundesgerichtsentscheide

BGE 41 II 534

BGE 116 Ia 56

BGE 108 Ia 201

BGE 136 III 597

BGE 94 II 163

BGE 89 II 235

BGE 116 II 443

BGer 4C.230/2005

BGE 46 II 251

BGE 114 II 244

BGE 98 II 123

BGE 109 II 24

BGE 73 II 220

BGE 118 II 145

BGer 4C.190/2003

B. Schiedsgerichtsentscheide

- Nr. 12491 Teilentscheid vom 1. Juni 2004 in ICC-Entscheid Nr. 12491, publ. in: ASA Bull. (2006), S. 281 ff. (zit. Nr. 12491, S.).
- 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. 11330 Teilentscheid vom 17. Juni 2002 in ICC-Entscheid Nr. 11330 (unveröffentlicht), teilweise publ. in: SECOMB, N 19 (zit. Nr. 11330).

V. Einleitung

Dem Gericht liegt der Sachverhalt bereits vor, weshalb hier auf eine erneute Darstellung verzichtet wird. Die Klageantwort 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 drei Streitfragen aufgeschlüsselt ist:

1. Bestreitung der Pflicht zur Kostenvorschusszahlung
2. Bestreitung der Pflicht zur Rückerstattung der Kostenvorschusszahlung
3. Bestreitung der Herausgabepflicht des Vertrages sowie jeglicher Korrespondenz mit dem Glassammelungsunternehmen

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

4. Bestreitung der Annahme der Werkes
5. Rücktrittserklärung wegen Verzug des Unternehmers
6. Eventualiter: Rücktrittserklärung wegen grober Mängel des Werkes

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

1. Bestreitung der Pflicht zur Kostenvorschusszahlung

1.1. Einleitung

1. Zu Recht geht die Klägerin von der Gültigkeit der Schiedsklausel und der Anwendbarkeit der Swiss Rules aus (KS, N 1). Entgegen ihrer Ansicht (KS, N 2), begründet weder die Schiedsklausel, noch der darin vereinbarte Verweis auf die Swiss Rules eine vertragliche Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses.

1.2. Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung

2. Ein Zahlungsanspruch, wie ihn die Klägerin annimmt (KS, N 2), bestünde nur, wenn der Schiedsvereinbarung mindestens teilweise materiell-rechtliche Wirkungen zugesprochen würde (GIRSBERGER/GABRIEL, S. 828 f.). Aus diesem Grund qualifiziert die Klägerin Schiedsvereinbarungen als gemischtrechtlicher Natur (KS, N 4). Um behaupteten Anspruch allerdings bejahen zu können, müsste von der bundesgerichtlichen Praxis abgewichen werden:

1.2.1. Ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts

3. In ständiger Rechtsprechung (erstmalig: BGE 41 II 534, E. 2, letztmalig: BGE 116 Ia 56, E. 3a) qualifiziert das Bundesgericht Schiedsvereinbarungen als rein prozessualer Natur, selbst wenn sie – wie hier Art. 12 BRAG – äusserlich mit einem materiell-rechtlichen Hauptvertrag in einer Urkunde verbunden sind (BGE 116 Ia 56, E. 3b).

1.2.2. Prozessuale Pflicht zur Kostenvorschusszahlung

4. Als Vertrag des Prozessrechts entfaltet die Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien keine schuldrechtlichen Erfüllungspflichten, weshalb auch der darin enthaltene Verweis auf Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules keinen Anspruch auf Zahlung des Kostenvorschusses begründet (FAVRE-BULLE, S. 238; RÜEDE/HADENFELDT, S. 46 f. und 225; anders BSK-IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178, N 4). Wie die Klägerin zwar richtig erkennt, ist der Kostenvorschuss Voraussetzung des Schiedsverfahrens (KS, N 3). Einen vertraglichen Anspruch auf dieses Verfahren hat sie aber nicht (BERGER, N 296), weshalb die Beklagte ihr auch keine Zahlung schuldet.
5. Wie die Klägerin richtig feststellt, müssen die Parteien die Anweisungen des Schiedsgerichts befolgen und sie dürfen das Verfahren nicht unnötig verzögern (BGE 108 Ia 201, E. 3, zitiert in KS, N 1). Die Klägerin unterschlägt aber, dass die Swiss Rules – nach deren Regeln das Schiedsgericht die Parteien anweist – in Art. 41 Ziff. 4 explizit und abschliessend regeln, wie das Verfahren trotz Nichtzahlung der Gegenpartei fortgeführt und ein Entscheid erlangt werden kann: Durch Zahlung des gesamten Kostenvorschusses. In *Verfahrensbeschluss Nr. 2, N 5*

f. fordert das Schiedsgericht die Klägerin dementsprechend auch auf, den beklagten Teil zu bezahlen. Ohne zu begründen, weshalb Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules nicht gelten soll, verweigert sie die Zahlung. Hiermit verzögert sie das Verfahren unnötig und versucht sich auch noch den Weisungen des Schiedsgerichts zu widersetzen. Sie verhält sich mithin widersprüchlich und verstösst – im Gegensatz zur Beklagten – selbst gegen Treu und Glauben (Art. 15 Ziff. 6 Swiss Rules).

6. Weiter lässt sich weder den Swiss Rules, noch der *lex arbitri* eine Bestimmung entnehmen, welche der Klägerin einen vertraglichen Zahlungsanspruch gegenüber der Beklagten einräumt. Es ist nirgends eine vertragliche Zahlungspflicht abzuleiten – weshalb auch Art. 112 OR (KS, N 5 f.) kein Forderungsrecht begründet. Die Klägerin hat den gesamten Kostenvorschuss zu leisten (Nr. 12491, S. 286). Dies ist ihr durchaus zuzumuten – tragen doch die Parteien eines internationalen Schiedsverfahrens das Risiko einer Zahlungsverweigerung (WEBSTER, N 43-24).

1.2.3. Ein Wandel in der Rechtsanschauung?

7. In der Literatur wird die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung viel diskutiert. Zwar *scheinen* sich viele Lehrmeinungen im internationalen Kontext einig zu sein, dass der Schiedsvereinbarung ein materiell-rechtliches Element innewohnt, weshalb vielfach eine gemischtrechtliche Qualifikation befürwortet wird. Die dogmatische Herleitung dieses Elements erfolgt jedoch genauso uneinheitlich, wie die daraus abgeleitete Beantwortung der Frage, ob es nun schuldrechtliche Wirkungen entfaltet oder nicht. So ist sich auch die Lehre selbst unter Vertretern des gemischtrechtlichen Ansatzes uneinig, ob der Kostenvorschuss klagbar sei oder nicht (verneinend z.B. KNELLWOLF, S. 57, der ein Verfügungsgeschäft annimmt; bejahend z.B. HABSCHEID, S. 516, der eine Verfahrensgesellschaft erblickt; m.w.N. GIRSBERGER/GABRIEL, S. 822). In diesem Sinne ist denn auch das klägerische Argument, die Zahlungspflicht sei keine blosser Obliegenheit, sondern eine vertragliche Pflicht (KS, N 2), zu würdigen: Man kann ebenso gut und zudem im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts die gegenteilige Ansicht vertreten. Nämlich dass den Interessen einer zahlungswilligen Partei mit der Möglichkeit einer Ersatzzahlung, wie sie z.B. Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules vorsieht, genüge getan ist und es sich deshalb um eine Obliegenheit handeln muss. Das Argument, die Qualifikation der Rechtsnatur würde – anstatt der Beantwortung von Rechtsfragen – der a posteriori Begründung eines im Einzelfall gewünschten Resultats dienen (z.B. Anwendung von kantonalem mangels Bundesrecht), weshalb sie überholt sei (LALIVE/POUDRET/REYMOND, Introduction N 5), scheint uns im Zusammenhang mit dem Kostenvorschuss wenig überzeugend (vgl. KS, N 4). Zumal sich weder die Swiss Rules oder das IPRG, noch die Rechtsprechung

des Bundesgerichts zu einer vertraglichen Kostenvorschusspflicht äussern. In jüngster Zeit scheint sich die Literatur zudem wieder für eine rein prozessrechtliche Qualifikation auszusprechen (SUTTER-SOMM, N 1615; CHK-IPRG-SCHRAMM/FURRER/GIRSBERGER, Vorb. 176 ff., N 33).

8. Selbst die diesbezügliche internationale Rechtsprechung fällt uneinheitlich aus (vgl. für ICC-Rechtsprechung Übersicht in: Teilentscheid 2008, N 21), weshalb angeführten Entscheiden (KS, N 2) entsprechend wenig Gewicht zukommt. Nur weil ein vom Bundesgericht abweichendes Resultat auch vertretbar scheint, kann nicht von einer gewandelten Rechtsanschauung ausgegangen, geschweige denn eine Praxisänderung angestrebt werden. Sich mit dem Argument, die bisherige rein prozessuale Qualifikationspraxis sei nicht überzeugend, über sie hinwegzusetzen (KS, N 4) scheint uns deshalb gewagt. Die Rechtssicherheit gebietet ein Festhalten an der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis.

1.3. Zahlungsverweigerung

9. Sollte das Schiedsgericht – entgegen obiger Ausführungen – zur Ansicht gelangen, dass zwischen den Parteien ein gegenseitiger Anspruch auf Kostenvorschusszahlung besteht, wäre die Beklagte grundsätzlich bereit, sich daran zu beteiligen. Sie ist aber angesichts der überhöhten klägerischen Forderung dennoch berechtigt ihre Zahlung zu verweigern.

1.3.1. Überhöhte und ungerechtfertigte Klageforderung

10. Klagt eine Partei unbegründete Forderungen ein, ist die Gegenpartei nicht verpflichtet den dadurch verursachten, ungerechtfertigt hohen Kostenvorschuss zu bezahlen (SIEBER, N 55 ff.). Die Klägerin hat das Schiedsgericht angerufen, damit es feststellt, ob ihr der Vertrag Anspruch auf den vollen Kaufpreis (CHF 3'500'000) verleiht und die Beklagte zu dessen Zahlung verurteilt werden muss. Bei Klageeinreichung waren jedoch gemäss Art. 4.2.2 BRAG erst CHF 700'000 fällig. Ob die Klägerin CHF 3'500'000 fordern darf – Art. 4.2.2 BRAG mit hin obsolet geworden ist – muss das Schiedsgericht klären. Eine vertragskonforme Klage über CHF 700'000 hätte hierfür gereicht. Die Klageforderung über CHF 3'500'000 ist damit unbegründet, weswegen auch der Kostenvorschuss ungerechtfertigt hoch ausfällt.
11. Eine Partei ist von der Kostenvorschusszahlung befreit, wenn absehbar ist, dass ihre Gegenpartei im Falle einer Niederlage finanziell nicht in der Lage wäre, den Schiedsspruch vollständig zu erfüllen, andernfalls aber finanziell gut dastünde (Nr. 11330). Dass die Klägerin sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, drückt sie nicht nur damit aus, dass sie nicht fällige Forderungen einklagt. Dafür spricht auch, dass sie bereits 2010 jammerte, mit existenzbedrohenden Bonitätsproblemen zu kämpfen. Das Projekt konnte damals nur fortgeführt

werden, weil die Beklagte ihr aus Kulanz eine weitere Rate von CHF 100'000 zahlte (*Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage*, N 11). Weiter versucht sie, Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules zu umgehen, indem sie die Beklagte zur hälftigen Zahlung des Kostenvorschusses verpflichten will. Dies legt den Schluss nahe, dass sie gar nicht in der Lage ist, die beklagtische Hälfte zu leisten. Des Weiteren ist offensichtlich, dass ihre finanziellen Sorgen – sollte die Klägerin gewinnen – aufgrund der ungerechtfertigt hohen Klageforderung verschwinden, eine Niederlage sich hingegen existenzgefährdend auf ihr Unternehmen auswirken würde. Vor diesem Hintergrund muss die Beklagte sich nicht am Kostenvorschuss beteiligen.

1.3.2. Separate Kostenvorschüsse

12. Sollte das Schiedsgericht die Forderung über CHF 3'500'000 wider Erwarten für zulässig halten, beantragen wir im Namen der Beklagten separate Kostenvorschüsse: Jede Partei soll ihre eigene Klage finanzieren. Wurde Widerklage eingereicht, kann das Schiedsgericht die Vorschüsse nach freiem Ermessen zwischen den Parteien aufteilen (Art. 41 Ziff. 2 Swiss Rules), wobei es in der Regel jeder Partei den – ihrer Klageforderung entsprechenden – Kostenvorschuss auferlegt (SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 10). So soll sichergestellt werden, dass die zahlungswillige Partei ihre Klage gegen eine nichtzahlungswillige Partei durchsetzen kann, ohne deren Klagekosten mitfinanzieren zu müssen (SWISS-RULES-STACHER, Art. 41, N 9). Dies ist in casu angemessen: die Klägerin verweigert entgegen Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules die Zahlung des Vorschusses. Die zahlungswillige Beklagte (vgl. oben N 9) soll nicht erst die klägerische Verpflichtung erfüllen müssen, um ihre Klage angehört zu bekommen.

1.4. Prozessleitende Verfügung

13. Entgegen der klägerischen Auffassung (KS, N 7), ist das Schiedsgericht trotz des Zusammenhangs der Kostenvorschussfrage mit dem Vertrag, nicht zuständig diese zu entscheiden. Denn die Zuständigkeit des Schiedsgerichts endet dort, wo nicht ein Streit zwischen den Parteien, sondern deren Verhältnis zum Schiedsgericht in Frage steht (BGE 136 III 597, E. 5.2.2). Wie gezeigt (N 1.2), sind die Parteien untereinander nicht zur Zahlung verpflichtet. Hingegen besteht der Anspruch im Verhältnis zum Schiedsgericht (ROHNER, S. 551), was sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 41 Ziff. 1 Swiss Rules ergibt: das Schiedsgericht soll von den Parteien Zahlung verlangen – nicht die eine von der anderen Partei.
14. Es kann auch kein Teilentscheid ergehen (KS, N 8 f.). Denn das Schiedsgericht kann nicht definitiv über die Kostenvorschusszahlung entscheiden. Dies wäre ein Entscheid in eigener Sache. Die Zahlungsaufforderung des Schiedsgerichts (*Verfahrensbeschluss, Nr. 2, N 5 f.*) ist

eine unverbindliche Rechnungsstellung in Form einer prozessleitenden Verfügung. Darin umschreibt es seinen privatrechtlichen Anspruch aus dem Schiedsrichtervertrag. Über diesbezügliche Streitigkeiten müsste der staatliche Richter entscheiden (BGE 136 III 597, E. 4.2 und E. 5.1.2).

1.5. Kein Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme

15. Das Schiedsgericht ist zwar zuständig vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (Art. 26 Ziff. 1 Swiss Rules). Verlangt wird aber zusätzlich ein prima facie Vorschusszahlungsanspruch (Verfügungsanspruch) und ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, wenn mit dem Entscheid bis zum Verfahrensende zugewartet würde (Verfügungsgrund) (BERGER, N 1458).
16. Ein prima facie Verfügungsanspruch ist nicht gegeben, zumal eben dieser strittig ist. Als Verfügungsgrund nennt die Klägerin strapazierte Liquidität und eingeschränkte Verteidigungsfähigkeit (KS, N 14). Inwiefern sie eingeschränkt wäre und weshalb die strapazierte Liquidität zu einem irreparablen Schaden führe, wenn bis zur definitiven Kostenverteilung im Endentscheid zugewartet würde, legt sie in ihren Ausführungen (KS, N 11 ff.) nicht dar. Auch ein nicht wiedergutzumachender Verstoß gegen das relative (SWISS-RULES-WÜSTEMANN/JERMINI, Art. 15, N 7) Gleichbehandlungsgebot (KS, N 15) fällt ausser Betracht. Eine Klägerin befindet sich gerade nicht in einer mit der Beklagten vergleichbaren Position, weshalb die Klägerin auch keinen Anspruch auf Gleichbehandlung (also auf hälftige Vorschusszahlung durch die Beklagte) hat. Das Begehren um vorsorgliche Massnahmen ist abzuweisen, weil die Klägerin weder einen Verfügungsanspruch, noch einen gültigen Verfügungsgrund nachweist.

1.6. Ergebnis: Keine vertragliche Kostenvorschusspflicht

17. Weder die Schiedsklausel, noch der Verweis auf die Swiss Rules begründen einen vertraglichen Anspruch auf Kostenvorschusszahlung. Auch die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme sind nicht gegeben. Die Beklagte ist nicht zahlungspflichtig.

2. Bestreitung der Pflicht zur Rückerstattung des Kostenvorschusses

2.1. Keine Rückerstattungspflicht

18. Wie gezeigt (N 1 ff.), existiert zwischen den Parteien, entgegen der klägerischen Ansicht (KS, N 18), keine vertragliche Kostenvorschusszahlungspflicht. Auch fehlt der Klägerin – mangels vertraglicher Bindung zur Beklagten – das behauptete (KS, N 19) Rückforderungsrecht aus

Art. 112 OR (N 6). Zudem gesteht sie selbst ein, dass ihr die Swiss Rules keinen Rückerstattungsanspruch gewähren (KS, N 19).

19. Zwar nimmt die Klägerin zusätzlich einen Rückerstattungsanspruch an, weil die LCIA und SCC Rules für diese Fälle einen solchen vorsehen und die Swiss Rules diesem Vorgehen nicht entgegenstünden (KS, N 19). Mit dieser Behauptung begründet sie jedoch nicht, warum ihr ein gesetzlich nicht vorgesehener Anspruch zustehen soll. Weiter unterschlägt sie, dass es trotz genannter Bestimmungen im Ermessen des Schiedsgerichts bleibt, ob Rückerstattung anzuordnen ist (ROHNER, S. 550). Es handelt sich mithin sogar bei genannten Bestimmungen nicht um absolute Ansprüche, die der zahlenden Partei unbegründet zustehen.

2.2. Kein Teilentscheid und keine vorsorgliche Massnahme

20. Wie dargelegt (N 13 f.), ist das Schiedsgericht bezüglich Entscheide in eigener Sache unzuständig – es kann kein Teilentscheid ergehen. Daran ändert sich nichts.
21. Für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme fehlt es an Verfügungsanspruch und -grund.

2.3. Ergebnis: Kein Rückerstattungsanspruch

22. Wie gezeigt, wird die Beklagte bis zum Endentschied nicht rückerstattungspflichtig, falls die Klägerin gemäss Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules den ganzen Vorschuss zahlt.

3. Bestreitung der Pflicht zur Dokumentenedition

3.1. Einleitung

23. In ihrem Rechtsbegehren Nr. 4 der Klageschrift stellt die Klägerin zwei Editionsbegehren. Die Beklagte soll verpflichtet werden, den Vertrag mit dem Schrotthändler über die Lieferung von Schrottglass und jede E-Mail-Korrespondenz oder sonstige Korrespondenz mit dem besagten Schrotthändler herauszugeben. Die Beklagte lehnt diese Editionsbegehren ab.
24. Die Überlegungen der Klägerin betreffend der Anwendbarkeit und Massgeblichkeit der IBA-Rules für ihre Editionsbegehren scheinen der Beklagten schlüssig (KS, N 25). Jedoch kann die Beklagte aufzeigen, dass die Editionsbegehren der Klägerin den Anforderungen der IBA-Rules nicht genügen.

3.2. Die Umschreibung des Vertrages nach Art. 3.3 (a) IBA-Rules

25. Die Klägerin nimmt in ihrer Klageschrift an, dass der Vertrag zwischen der Beklagten und dem Schrotthändler ohne weiteres identifizierbar sei und ihre Umschreibung des Vertrages den Anforderungen von Art. 3.3 (a)(i) IBA-Rules genüge (KS, N 28).

3.2.1. Kriterien für die Umschreibung eines Dokuments

26. Nach Art. 3.3 (a)(i) IBA-Rules muss die Beschreibung der Dokumente genügend bestimmt und klar sein, um deren Identifizierung zu ermöglichen. Ein Dokument ist nach der Lehre grundsätzlich genügend umschrieben, wenn die Umschreibung des Dokumentes drei Kriterien kumulativ erfüllt: Die Beschreibung muss den „vermuteten Urheber und/oder Empfänger“, den vermuteten Zeitraum der Entstehung und den vermuteten Inhalt des Dokuments enthalten (RAESCHKE-KESSLER, S. 51; IBA-RULES 2012, Art. 3, N 110).

3.2.2. Ungenügende Umschreibung des Vertrages

27. Die Umschreibung der Klägerin erfüllt lediglich zwei der drei geforderten Kriterien (KS, N 27 f.). So enthält ihr Antrag zwar die vermuteten Urheber und den vermuteten Vertragsinhalt. Hingegen ergibt sich der vermutete Zeitraum der Vertragsentstehung nicht aus der Klageschrift.

3.2.3. Möglichkeit der Existenz mehrerer Verträge

28. Die Klägerin nimmt an, dass nur ein einziger Vertrag mit dem Glassammlungsunternehmen abgeschlossen wurde (KS, N 28). Doch dafür gibt es keine zureichenden Anhaltspunkte. Herr Fuchs verwies zwar auf „den Vertrag mit einem Glassammlungsunternehmen“ (vgl. *Beilage B-1*). Doch er meinte damit weder einen bestimmten Vertrag, noch vermag er aufgrund seiner Funktion referenzgültige Aussagen über die beklagten Vertragsbeziehungen zu machen.
29. Herr Fuchs ist lediglich ein Mitarbeiter, welcher für die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems zuständig ist (*Einleitungsanzeige*, N 2). Er ist weder für die Vertragsbeziehungen mit den Glassammlungsunternehmen verantwortlich, noch ist er über die Vertragsbeziehungen der Klägerin informiert. Seine Angabe, die Glaszusammensetzung sei wahrscheinlich im Vertrag mit einem Glassammlungsunternehmen festgelegt worden (vgl. *Beilage B-1*), ist nur eine Vermutung und keine Tatsachenangabe.
30. Es gibt keine genügend Anhaltspunkte, dass nur ein einziger Vertrag zwischen der Beklagten und dem Glassammlungsunternehmen existiert. Somit ist nicht auszuschließen, dass mit besagtem Unternehmen mehrere Verträge abgeschlossen wurden. Mangels fehlender Angaben zum Zeitpunkt der Vertragsentstehung ist die Beklagte nicht in der Lage den Vertrag einwandfrei zu identifizieren.

3.3. Die Umschreibung der Korrespondenzen nach Art. 3.3 (a) IBA-Rules

31. Die Klägerin geht davon aus, dass ihr Editionsbegehren für „jede E-Mail-Korrespondenz oder sonstige Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler“ (*Ergänzung der Einleitungsanzeige, Rechtsbegehren Nr. 5, Ziff. 2*) den Anforderungen von Art. 3.3

(a)(ii) IBA-Rules genüge (KS, N 29). So weist sie darauf hin, dass die gesamte Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler klar abgrenzbar und identifizierbar sei und hinreichende Angaben für deren Existenz bestünden (KS, N 30).

3.3.1. Kriterien für die Umschreibung einer Kategorie von Dokumenten

32. Doch Editionsbegehren für Dokumentkategorien müssen neben „eine[r] ausreichend detaillierte[n] Beschreibung (mit Inhaltsangabe) einer eng umschriebenen Kategorie von vorzugelenden Dokumenten“ (Art. 3.3 (a)(ii) IBA-Rules) weitere Voraussetzungen erfüllen. Die Lehre verlangt überdies eine differenzierte und subtile Darlegung des vermuteten Dokumentinhalts, sowie die Angabe eines angemessen beschränkten Zeitraums, in dem die Dokumente erstellt worden sind (IBA-COMMENTARY, S. 9; IBA-RULES 2012, Art. 3, N 114).

3.3.2. Ungenügende Umschreibung der Korrespondenzen

33. Das klägerische Editionsbegehren bezieht sich auf die gesamte Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glassammlungsunternehmen. Es begrenzt die Dokumentenkategorie lediglich durch Angabe ihrer äusseren Eigenschaft (*Korrespondenz*) und durch Nennung der Dokumenturheber (*Beklagte und besagter Schrotthändler*). Das Editionsbegehren macht allerdings weder inhaltliche noch zeitliche Einschränkungen (KS, N 29), weshalb es die von der Lehre geforderten Voraussetzungen (vorn N 32) nicht erfüllt.
34. Dennoch glaubt die Klägerin in ihrem Editionsbegehren genügende Einschränkungen getroffen zu haben, weil sie es so weit eingeschränkt hat, „als es ihr Wissensstand zulässt“ und es „darauf zugeschnitten ist, für den Fall relevante und für die Entscheidung wesentliche Informationen hervorzubringen“ (KS, N 31).
35. Doch diese Vermutung beruht auf einer falschen Annahme. So müssen Editionsbegehren zwar auf Dokumente zugeschnitten sein, welche relevant für den Fall und wesentlich für den Ausgang des Verfahrens sind (Art. 3.3 (b) IBA-Rules). Doch alleine die Möglichkeit, dass einige Dokumente relevant für den Fall sein könnten, rechtfertigt kein Editionsbegehren (IBA-RULES 2012, Art. 3, N 35). Der vorliegende Mangel an inhaltlicher und zeitlicher Einschränkung (vorn N 33) kann nicht dadurch behoben werden, dass die Klägerin ihr Begehren soweit eingeschränkt hat, wie es ihr Wissenstand zulässt. Ansonsten würden die zu erfüllenden Voraussetzungen für ein Editionsbegehren über Dokumentkategorien (vorn N 32) vom Wissensstand der begehrenden Partei abhängig und dadurch missbrauchsanfällig.

3.3.3. Eindruck einer „fishing expedition“

36. Mit dem Begehren auf sämtliche Korrespondenz entsteht der Eindruck einer „fishing expedition“. So wird ein grosser Teil der Korrespondenzen keine Informationen über die

Glaszusammensetzung enthalten. Es ist sogar zu vermuten, dass die Glaszusammensetzung nur im Vertrag und in keiner Korrespondenz enthalten ist (vgl. *Beilage B-1*).

37. Dafür spricht auch, dass die Klägerin die Existenz einer E-Mail, welche die Glaszusammensetzung enthält, einzig auf die Aussage von Herrn Fuchs, die Glaszusammensetzung sei sicherlich in der E-Mail-Korrespondenz erwähnt worden (*Beilage B-1*), stützt (KS, N 30). Herr Fuchs hat aber keinerlei Kenntnisse über die Vertragsbeziehungen der Beklagten (N 29), weshalb er diesbezüglich keine gültigen Angaben machen kann. Daran ändert nichts, dass Herr Fuchs bei der Beklagten angestellt ist. Um seiner Aussage Tatsachencharakter zukommen zu lassen, müsste man davon ausgehen, dass jeder Arbeitnehmer über die Vertragsbeziehungen seines Arbeitgebers ausführlich informiert sei. Dies ist illusorisch und wäre nicht zweckmäßig. Somit verfügt die Klägerin über keine zureichenden Anhaltspunkte für die Existenz der behaupteten E-Mail. Ihr Editionsbegehren richtet sich primär auf Dokumente mit unbekanntem Inhalt und nicht auf entscheidungsrelevante Dokumente für das Verfahren. Ähnliche Begehren sind als „fishing expedition“ bekannt (RAESCHKE-KESSLER, S. 48).

3.3.4. Anforderungen an die Erklärung im Sinne von Art. 3.3 (b) IBA-Rules

38. Die Erklärungen der Klägerin, weshalb Vertrag und Korrespondenzen für den Fall relevant seien, müssen den Kriterien von Art. 3.3 (b) IBA-Rules genügen.
39. Nach Art. 3.3 (b) IBA-Rules muss die Antragstellerin einer Urkundenedition in ihrer Erklärung detailliert und substantiiert aufzeigen, in welcher Weise der vermutete Inhalt des herausverlangten Dokumentes relevant für den Fall und wesentlich für den Ausgang des Verfahrens ist (IBA-RULES 2012, Art. 3, N 131). Dies ist eine wichtige Aufgabe der Klägerin (RAESCHKE-KESSLER, S. 53). Ein Dokument ist relevant, wenn mit dem Dokument voraussichtlich eine Tatsache bewiesen werden kann, aus der relevante rechtliche Schlussfolgerungen gezogen werden können. Ein Dokument ist wesentlich für den Ausgang, wenn das Dokument voraussichtlich eine rechtserhebliche Streitfrage aufzuklären vermag (IBA-RULES 2012, Art. 3, N 136) und für die Entscheidung des Schiedsgerichts tatsächlich bedeutsam ist (RAESCHKE-KESSLER, S. 60).

3.4. Unzureichende Relevanz des Vertrags für ein Editionsbegehren

40. Die Klägerin erhofft sich, dem Vertrag Informationen über die im zweiten Inbetriebnahmeversuch verwendete Glaszusammensetzung entnehmen zu können. Sie verweist dabei nur auf die Aussage von Herr Fuchs im Protokoll über den zweiten Inbetriebnahmeversuch (KS, N 32).

41. Doch aus Herrn Fuchs' Aussage ist höchstens zu schliessen, dass die Möglichkeit besteht, dass früher eine Glaszusammensetzung im Vertrag festgelegt wurde (vgl. *Beilage B-1*). Hinzu kommt, dass diese Vereinbarung im Laufe der Vertragsbeziehungen im gegenseitigen Einverständnis abgeändert worden sein könnte, was selbst die Klägerin anerkennt (KS, N 32).
42. Aus diesen Gründen ist ausgeschlossen, dass die im zweiten Inbetriebnahmeversuch verwendete Glaszusammensetzung alleine anhand des Vertrages bewiesen werden kann. Darüber hinaus ist die Erklärung der Klägerin, weshalb der Vertrag in casu relevant sei, zu wenig detailliert und substantiiert.

3.5. Unzureichende Relevanz der Korrespondenzen für den Fall

43. Die Klägerin nimmt an, dass sämtliche Korrespondenz relevant für den Fall sei. Doch ein Dokument ist nur relevant, wenn eine Tatsache damit voraussichtlich bewiesen wird (vorn N 39).
44. Die Klägerin kommt in ihrer Erklärung ihrer Pflicht, aufzuzeigen in welcher Weise die Korrespondenzen voraussichtlich die Glaszusammensetzung beweisen könnten, nicht genügend nach. Sie begnügt sich mit dem Verweis auf die Aussage von Herrn Fuchs (KS, N 32 f.). Aus dieser ist aber zu schliessen, dass die Glaszusammensetzung eher im Vertrag als in den Korrespondenzen festgelegt wurde (vgl. *Beilage B-1*).
45. Ausserdem ist auch hier auf die beschränkte Aussagekraft von Herrn Fuchs' Angabe (vorn N 37) hinzuweisen – die eine Vermutung, keinesfalls eine Information über den Inhalt der Korrespondenzen darstellt.
46. Wie dargelegt, beschränkt sich die minimale Möglichkeit, dass mit den Korrespondenzen eine Glaszusammensetzung bewiesen werden kann hauptsächlich auf die Vermutung eines dafür unzuständigen Angestellten der Beklagten. Ob es sich bei dieser vermuteten Glaszusammensetzung um die von der Klägerin behauptete handelt, bleibt zusätzlich offen. So sind die genannten Indizien weder triftig, noch erfüllen sie die Kriterien von Art. 3.3 (b) IBA-Rules.

3.6. Mangelhafte Erklärung betreffend der Wesentlichkeit für einen Entscheid

47. Die Klägerin ist nach Art. 3.3 (b) IBA-Rules verpflichtet, die Wesentlichkeit eines Dokumentes für die Entscheidung des Gerichtes in detaillierter und substantiiertes Form innerhalb ihrer Erklärung aufzuzeigen (vorn N 39).
48. Aus der Erklärung der Klägerin ist nur zu entnehmen, dass die richtige Glaszusammensetzung eine notwendige Bedingung für das einwandfreie Funktionieren der Glasbrechermaschine ist (KS, N 33). Doch aus welchen Gründen die Glaszusammensetzung wesentlich für den Ent-

scheid des Gerichtes ist oder in welcher Weise damit eine rechtserhebliche Streitfrage aufgeklärt wird, wird überhaupt nicht erläutert. Die Klägerin verletzt damit ihre Pflicht.

3.7. Einwendungen gestützt auf Art. 9.2 IBA-Rules

49. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Ausschlussgrunds von Art. 9.2 (a) IBA-Rules sind erfüllt, da die Klägerin nicht aufzeigen konnte, weshalb die verlangten Dokumente relevant oder wesentlich sind (vgl. vorn N 40-48).
50. Die Beklagte macht auch geltend, dass ihr die Herausgabe jeglicher Korrespondenz mit dem Glassammlungsunternehmen einen unverhältnismässigen Aufwand nach Art. 9.2 (c) IBA-Rules verursacht. So verlangt die Klägerin eine unbestimmte Anzahl von Dokumenten, welche im Rahmen langjähriger Vertragsbeziehungen entstanden sind (*Verfahrensbeschluss Nr. 4, N 4*). Zusätzlich beruht die Annahme, die Glaszusammensetzung sei in den Korrespondenzen vorzufinden, auf strittigen Anhaltspunkten. Insofern vermag die voraussichtlich geringe Bedeutung der Dokumente für den Ausgang des Verfahrens, den grossen Aufwand für die Beklagte nicht rechtfertigen; die Herausgabepflicht wäre deshalb unverhältnismässig.

3.8. Ausschlussgründe nach Art. 9.2 (e) IBA-Rules

51. Die Klägerin verneint die Möglichkeit von Einwendungen im Sinne von Art. 9.2 (e) IBA-Rules (KS, N 38). Doch sie anerkennt, dass mit dieser Norm die berechtigten Geschäftsgeheimnisse geschützt werden sollen (KS, N 36).
52. In den verlangten Dokumenten werden sich voraussichtlich Informationen über die Ankaufskonditionen vonseiten der Beklagten für den Glasschrott finden lassen. Diese Informationen sind berechnete Geschäftsgeheimnisse. Sowohl Konkurrenten, als auch potentielle Lieferanten der Beklagten würden aufgrund dieser Informationen ihre Ankaufs- oder Verkaufskonditionen zum Nachteil der Beklagten anpassen. Dass die Klägerin diese Informationen nicht direkt verwerten kann (KS, N 38), ist nicht relevant. Der potenzielle Schadenersatz für eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht wäre aufgrund möglicher Beweisprobleme für eine Vertragsverletzung vonseiten der Klägerin unsicher und der Beklagten damit nicht dienlich.

3.9. Massnahmen zum Schutz berechtigter Geschäftsgeheimnisse

53. Der Vorschlag der Klägerin, dass die Beklagte die Stellen redigieren soll, welche berechnete Geschäftsgeheimnisse enthalten, ist nicht zweckmässig. Der bei der Beklagten durch eine solche Massnahme verursachte Mehraufwand, würde den Aufwand den sie für die Herausgabe der Korrespondenzen hätte (vorne N 50), noch unverhältnismässiger machen.

3.10. Ergebnis

54. Die Editionsbegehren der Klägerin sind abzulehnen. Sie erfüllen die Anforderungen von Art. 3.3 IBA-Rules nicht. Der herausverlangte Vertrag ist für seine Identifizierung zu unbestimmt umschrieben. Das Begehren auf Herausgabe der Korrespondenzen ist weder inhaltlich noch zeitlich begrenzt. Des Weiteren ist zweifelhaft, ob die Glaszusammensetzung mit den herausverlangten Dokumenten überhaupt bewiesen werden kann und ob sie für den Ausgang des Verfahrens wesentlich ist. Schlussendlich liegen verschiedene berechtigte Ausschlussgründe nach Art. 9.2 IBA-Rules vor.

4. Anspruch auf Zahlung des Werklohns

4.1. Fehlende Abnahme des Werks

55. Die Klägerin begründet ihren Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises von CHF 3'500'000 durch eine Abnahme und eine abgeleitete Abnahmefiktion des Werkes im Sinne des Art. 8.3 BRAG, welche jedoch nicht erfolgten.

4.2. Parteiautonome Fristabweichung

56. Es wurde parteiautonom eine Abweichung vereinbart (vgl. KS, N 49; Art. 8.3 BRAG) durch die Verlängerung der Gewährleistungsverpflichtungen der Auftragnehmerin bis Ende November 2010 (vgl. *Beilage K-2* i.V.m. Art. 5.2.1 Abs. 8 Annex III BRAG), wodurch die Abnahmefiktion innert acht Monaten ausser Kraft gesetzt und ersetzt wurde durch diese neue vertragliche Regelung. Eine Abweichung vom dispositiven Art. 367 OR ist zulässig (BSK-OR-ZINDEL/PULVER, Art. 367, N 29, m.w.N.). Am 29. November 2010 wurde der zweite, nicht erfolgreiche Warmtest durchgeführt (*Beilage B-1*), welchen die Parteien übereinstimmend Inbetriebnahmeversuch benannten und der festhält, dass den Leistungsanforderungen in der vertraglichen Form nicht genüge getan wurde, womit der Vertrag unerfüllt blieb.

4.3. Keine vorläufige und keine definitive Abnahme

57. Eine Abnahme (Annex I BRAG) erfolgt in zwei Phasen: Erstens eine vorläufige Abnahme, nach einem vollständigen Warmtest (Art. 3.3.1 Annex I BRAG) und anschliessend eine definitive Abnahme (Art. 3.3.2 Annex I BRAG) nach zusätzlichen Abnahmeprüfungen. Vorliegend gab es keine vorläufige Abnahme und somit konnte es auch keine definitive Abnahme geben, dies ist auch ersichtlich aus dem Bemühen der Auftragnehmerin, das Werk funktionsfähig zu machen, was sie ohne Eigenverschulden beim letzten Test und mit Abnahme durch die Auftraggeberin, eben gerade nicht mehr tun müsste, weil sie damit ihre Pflichten erfüllt

hätte (Art. 5.2.1 Abs. 7 Annex III BRAG). Die Parteien haben im Protokoll über den zweiten Inbetriebnahmeversuch (*Beilage B-1*) auch ausdrücklich festgehalten, dass das „Abnahmeprotokoll auf Grund Nichterreichen der Leistungsgarantien nicht unterschrieben werden kann“.

4.4. Keine Vollendung

58. Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Rechtsprechung (BGE 94 II 163, E. 2), die ein Werk selbst mit Mängel als vollendet ansieht. Allerdings begründet das Bundesgericht im selben Entscheid das Vorgehen mit einer verspäteten Mängelrüge der Klägerin, ganz anders als im vorliegenden Falle, wo alle Mängel sogleich gerügt wurden (*Beilage K-2, Verfahrensbeschluss Nr. 4 – N 11*). Würde man der Meinung von GAUCH (N 102) folgen, so könnte die Klägerin daraus jedenfalls immer noch kein Recht auf Bezahlung des Kaufpreises ableiten (N 106 i.V.m. N 102 i.V.m N 2366 ff.; BGE 89 II 235, E. 4a).
59. Die Klägerin hat das Werk nicht vollendet und kann daraus keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises ableiten.

4.5. Keine Ablieferung

60. Die Ablieferung besteht in der Übergabe eines vollendeten Werkes (GAUCH, N 87), welches in casu fehlt. Die Klägerin begründet die zu niedrige Leistung der Maschine in einem Rohmateriallieferungsverschulden der Auftraggeberin, es ist allerdings festzuhalten, dass die Glas Mischung mit den Abweichungen noch den Industriestandards entsprach (*Verfahrensbeschluss Nr. 4, N 4*). Ausserdem soll die Bedienung durch die Auftraggeberin nicht sachgerecht gewesen sein. Durch das Überlassen der Anlage und dessen Betrieb, in den alleinigen Händen der Auftraggeberin mittels Verlassen der Anlage durch das gesamte Personal der Auftragnehmerin, zeigt Letztere das Vertrauen in die Fähigkeiten der Auftraggeberin. Die Auftragnehmerin (vertreten durch Herrn Kummer und weiteres Personal) hatte ein vertragliches Recht auf Anwesenheit während der gesamten Dauer sämtlicher Tests (Art. 8.2 BRAG, Art. 3.3 Annex I BRAG, Art. 5.2.1 Annex III BRAG), auf welches sie selbst verzichtet hat, daraus kann die Klägerin anschliessend keine Rechte ableiten (*venire contra factum proprium*), dies würde gegen Treu und Glauben verstossen (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

4.5.1. Keine Abnahme durch Art. 8.3 BRAG

61. Die Klägerin kann sich bei der vermeintlichen Abnahme nach Art. 8.3 BRAG nicht auf andere Möglichkeiten abstützen. Es wurden insbesondere (Art. 8.3 Abs. 1 BRAG – Variante 1) nicht alle Leistungstests laut Annex III erfüllt (*Beilage K-2, B-1*), (Art. 8.3 Abs. 1 BRAG – Variante 2) oder während des Betriebes der Anlage ausserhalb der Leistungstests, da die Anlage nur im Beisein von Herrn Kummer bedient wurde (*Beilage B-2, Art. 8.3 Abs. 1 BRAG –*

Variante 5) und aus denselben Gründen kann es auch nicht sein, dass die Auftraggeberin die Anlage in Betrieb genommen hat.

4.5.2. Keine Abnahme durch konkludentes Verhalten

62. Die Auftragnehmerin könnte versuchen aus der Bezahlung von zwei Raten eine konkludente Abnahme abzuleiten. Dem ist entgegenzutreten, dass durch die Weigerung der Begleichung von 34 weiteren Raten, die Nichtannahme konkludent deutlich überwiegt.

5. Rücktritt wegen Verzug

5.1. Ausgangslage

63. Der Vertrag wurde nicht erfüllt, die Leistung der Klägerin blieb aus. Insbesondere erfolgte keine Abnahme ihres Werkes (vgl. vorn N 55 ff.). Die schuldige Leistung ist damit weiterhin offen. Die Beklagte jedoch hat sich zum Rücktritt entschieden, wie es ihr gutes Recht ist. Dies ergibt sich ohne Zweifel aus *Beilage B-2*. Die rechtliche Begründung folgt sogleich.

5.2. Vertragliche Abmachung

64. Annex II BRAG gibt den Parteien einen verbindlichen Terminplan, dessen Rechtskraft durch Art. 5 BRAG bestätigt wird. Eine besondere Regelung zum Verzug enthält der Vertrag nicht, insbesondere wurde Art. 6 BRAG mit dem Titel „Verzug“ aus dem Vertrag gelöscht. Der Terminplan von Annex II BRAG startet im Zeitpunkt der Unterzeichnung. Dies ist der 22. Oktober 2009. Von da an hatte die Klägerin acht Monate Zeit, ihre Pflichten zu erfüllen.

5.3. Sachverhalt

65. In Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR ergibt die wortgenaue Auslegung des Vertrages, dass die Klägerin mit Ablauf des 22. Juni 2010, genauer also ab dem 23. Juni, im Verzuge war. Wäre es nicht zu dem Versagen beim ersten Inbetriebnahmeversuch vom 9. Juni 2010 gekommen, so hätte die Klägerin ihre Pflichten tadellos erfüllt. Der Vertrag statuierte ein relatives Fixgeschäft, indem der 22. Juni 2010 als Verfalltag, d.h. als das Datum an dem die Leistungsschuld spätestens erfüllt sein muss, festgesetzt wurde. Nach Art. 102 Abs. 2 OR befand sich die Klägerin also schon ab dem 23. Juni 2010 mit ihrer Leistung im Verzug, ohne dass eine weitere Anzeige bzw. Mahnung erforderlich gewesen wäre (vgl. statt vieler: BGE 116 II 443; BGer 4C.230/2005, E. 3; BSK-OR-WIEGAND, Art. 102, N 10).
66. Die Beklagte war aber bereit, der Klägerin nochmals einen Zeitraum bis zum November 2010 einzuräumen. Dies kann wohl als konkludente Stundung verstanden werden, indem die Beklagte sich bereit zeigte, Geduld zu üben. Indes zeitigte auch der zweite Inbetriebnahmever-

sich vom 29. November 2010 nicht den gewünschten Erfolg. Eine weitere Stundung über den November 2010 hinaus kann nicht angenommen werden. Die Klägerin war streng genommen schon am 23. Juni, sicher aber seit dem 29. November 2010 im Verzuge und die Vollendung des Werkes war nicht abzusehen.

5.4. Rechtliche Konsequenz

67. Art. 366 Abs. 1 OR gibt dem Besteller das Recht zum Rücktritt, wenn die Vollendung des Werkes ohne sein Zutun vertragswidrig verzögert wird. Das Werk ist entgegen der Klägerbehauptung (KS, N 61) noch nicht abgeliefert worden: Art. 366 Abs. 1 OR beansprucht nach wie vor Anwendung (vgl. N 55 ff.). Eine Nachfristansetzung ist bei einem relativen Fixgeschäft nicht erforderlich (Art. 102 Abs. 2 OR; GUHL, S. 525, N 21). Dass Art. 366 OR den Herstellungs- und nicht den Ablieferungsverzug regelt, wie die Klägerin einwirft (KS, N 60) ist nur zu wahr. Die Beklagte macht schliesslich nicht nur geltend, dass das Werk am Ablieferungsdatum (22. Juni 2010) nicht abgeliefert wurde, sondern noch nicht einmal funktionstüchtig hergestellt war. Die Klägerin befindet sich also sowohl im Herstellungs- als auch Ablieferungsverzug.
68. Der hier vorliegende Fall ist die Variante „vertragswidrige Verzögerung“ der Werkausführung. Diese liegt unter anderem dann vor, wenn der Unternehmer ein festgelegtes Zeitprogramm nicht einhält (BGE 46 II 251; BSK-OR-ZINDEL/PULVER, Art. 366, N 10; GAUCH, N 670).
69. Ob die Beklagte eine Mitschuld trägt, dass der erste Inbetriebnahmeversuch gescheitert ist, kann hier offen bleiben. Die Zusammensetzung des Testschrottes spielt eine zweitrangige Rolle, da die Beklagte ja den Rücktritt nicht sofort nach dem 23. Juni 2010 erklärt hat. Am Scheitern des zweiten Inbetriebnahmeversuchs am 29. November 2010 aber trägt die Beklagte keine Schuld, wie sich aus dem Protokoll B-1 ergibt. Die Bestellerin, d.h. die Beklagte, sah sich somit zum Rücktritt ab dem 29. November 2010 ermächtigt. Von dieser Befugnis machte sie dann auch am 7. März 2011 Gebrauch (*Beilage B-2*). Da wir es mit einem relativen Fixgeschäft zu tun haben, erübrigte sich vorgängige Mahnung (Art. 108 Ziff. 3 OR).

5.5. Ergebnis

70. Der Vertrag ist durch Rücktritt vom 7. März 2011 in ein Abwicklungsverhältnis gewandelt worden. Bereits Geleistetes ist zurückzugeben. Dies bedeutet insbesondere, dass die von der Beklagten anbezahlten CHF 500'000 umgehend und mit Zinsen zurückzuerstatten sind. Die Klägerin kann ihr unvollendetes Gerät aus der Lagerhalle der Beklagten abholen.

6. Eventualiter: Rücktritt aus erheblichen Mängeln (Wandlung, Art. 368 OR)

71. Den Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR vermag die Beklagte solange zu erklären, wie das Werk noch nicht abgeliefert wurde. Dass von Ablieferung nicht die Rede sein kann, wurde gezeigt (vgl. vorn N 55 ff.). Sollte das Gericht aber zum Schluss gelangen, dass das Werk dennoch abgeliefert sei, muss der Rücktritt über Art. 368 Abs. 1 OR gehen, da Art. 366 OR nach dem Zeitpunkt der Ablieferung keinen Anwendungsbereich mehr hat. Erkennt das Gericht, dass die Ablieferung wider unserer Meinung dennoch erfolgt sei, so stützt sich der Rücktritt der Beklagten auf Art. 368 Abs. 1 OR und ist nichtsdestoweniger zulässig.
72. Die Auftraggeberin hat nach Art. 368 Abs. 1 OR ein Recht auf Wandlung, wenn das Werk an einem erheblichen Mangel leidet: dies liegt vor bei einer Abweichung von Vertrag, beim Fehlen einer zugesicherten oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzten oder voraussetzbare Eigenschaft (KS, N 69; BGE 114 II 244, E. 5a).

6.1. Erheblicher Mangel

73. Beim ersten Inbetriebnahmeversuch erreichte die Anlage bei gutem Funktionieren bloss eine Leistung von 4.0 Tonnen pro Stunde, was nicht den vereinbarten 5.0 Tonnen pro Stunde (Annex III) entspricht, sondern rund 20% darunter liegt. Zudem musste der Test abgebrochen werden, weil ein Glasstück, welches in einer Dimension 0.1 Meter die vorgegebenen Masse überschritt und sich damit in den Industrienormen bewegt (*Verfahrensbeschluss Nr. 4*, N 4), die Anlage funktionsuntauglich machte. Die Auftraggeberin sollte nach Treu und Glaube davon ausgehen können, dass ohne ausdrücklichen gegenteiligen Hinweis der Klägerin, die Anlage in der Lage ist Industriestandard Schrottglass zu verarbeiten, weil sie ansonsten völlig untauglich ist zum Einsatz, da kein Schrottglasslieferant gefunden werden könnte oder nur zu erschwerten Konditionen, was ein deutlicher Wettbewerbsnachteil sein kann und sich auf den Kaufentschluss auswirken würde und die Auftraggeberin eine Anzeigepflicht nach culpa in contrahendo verletzt hätte und sich nach Art. 42 ff. OR ausservertraglich haftbar machen und Schadenersatzpflichtig nach Art. 47 ff. OR würde, durch Verletzung von vorvertraglichen Anzeigepflichten.
74. Der zweite Inbetriebnahmeversuch zeigte ein Resultat von 3.7 Tonnen pro Stunde, welches wiederum klar unter den vereinbarten 5.0 Tonnen pro Stunde lag, und von beiden Seiten als „Nichterreichen der Leistungsgarantien“ und „Grund zum nicht unterschreiben des Abnahmeprotokoll“ unterzeichnet wurde (*Beilage B-1*). Die Vermutung der Ursache bei der Auftrag-

geberin hielt die Auftragnehmerin jedenfalls nicht davon ab, den Misserfolg ihres Tests verbindlich zu unterzeichnen.

75. Die Auftragnehmerin verweist (KS, N 72) auf keine Untauglichkeiten ausser dem Nichteinhalten der Leistungstests, was aber gerade die essentialia negotii ausmachte (*Einleitungsanzeige*, N 5) und somit irrelevant ist.

6.2. Beweislast

76. Der Beweis (KS, N 71) über die Mängel am Werk der Auftragnehmerin ist durch das Protokoll (*Beilage B-1*) bereits erbracht, womit die Beweislast über die Erreichung der Leistungsgarantien unter anderen Bedingungen aber mit derselben Anlage nach Art. 8 ZGB nun bei der Klägerin liegt.

6.3. Konzeptionelle Mängel

77. Der allfällige Vorwurf, dass die Auftraggeberin später gerügte konzeptionelle Mängel (*Einleitungsantwort*, N 4) der Anlage bereits in der Planungsphase hätte erkennen sollen, weil mit einbezogen (vgl. Annex II BRAG), die der Auftragnehmerin zum selben Zeitpunkt noch unbekannt waren, würde bedeuten, dass die Beklagte über ein grösseres Wissen verfügt als die Klägerin, womit sie die Anlage wohl eher selbst gebaut hätte als diese in Auftrag zu geben, noch dazu mit einem untauglichen Realisierungsplan und mit Inkaufnahme von deutlichen Zeitverzögerungen. Dies widerspräche klar ihren Interessen.

6.4. Keine Verantwortlichkeit der Auftraggeberin

78. Die Auftraggeberin hat Schrottglass geliefert, welches den marktüblichen Konditionen entspricht (*Verfahrensbeschluss Nr. 4*, N 4). Es kann kein Selbstverschulden abgeleitet werden aus einer Tatsache, die durch den Stand der Technik nicht anders zu erwarten ist. Fehler in der Schrottglasszusammensetzung sind durch die maschinelle Sortierung bei jedem Glassammelungsunternehmen zu erwarten, und müssten als solche auch bei der Auftragnehmerin in der Planung berücksichtigt werden um nicht ein untaugliches Werk abzuliefern.

6.5. Keine Genehmigung des Werkes

79. Die Auftragnehmerin kann keine konkludente Genehmigung des Werkes (KS, N 73) annehmen, wenn die Auftraggeberin explizit die Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls verweigert (*Beilage B-1*).
80. Der Auftraggeberin steht bei Werken, die auf ihrem Grund und Boden erstellt werden kein Wandlungsrecht zu, wenn dies mit unverhältnismässigen Kosten verbunden würde für die Auftragnehmerin (BGE 98 II 123, E. 3b). Derselbe Entscheid besagt weiter: „Ob dem Herstel-

ler solche Nachteile drohen, beurteilt sich nach den Umständen des einzelnen Falles, insbesondere nach dem Wert, den das Werk in Verbindung mit dem Grundstück hat, und nach der Wertverminderung, die es im Falle einer Trennung erlitt. [...] Die von der Beklagten gelieferten Tanks taugten für den beabsichtigten Gebrauch überhaupt nicht, und die schwerwiegenden Mängel durch eine andere Firma beheben zu lassen, konnte der Klägerin nicht zugemutet werden. Unter diesen Umständen kann von unverhältnismässigen Nachteilen im Sinne von Art. 368 Abs. 3 OR nicht gesprochen werden. Gewiss hatten die Tanks nach der Entfernung nur noch Schrottwert; in Verbindung mit dem Grundstück waren sie aber nicht einmal so viel wert.“

81. Diese Rechtsprechung lässt davon ausgehen, dass die Entfernung von einer Anlage, die mit serienmässig produzierten Teilen (*Verfahrensbeschluss Nr. 4, N 4*) realisiert wurde, und die für die Auftraggeberin zusätzlich noch unbrauchbar ist, keinen unverhältnismässigen Schaden für den Auftragnehmer darstellt.

6.6. Haftungsbeschränkung?

82. Die Klägerin beruft sich auf Art. 9 BRAG und macht eine Wegbedingung der Gewährleistung geltend (KS, N 77 ff.). Wäre dem so, so stünde der Beklagten der Weg über Art. 368 Abs. 1 OR nicht offen: Mit Wegbedingung der Gewährleistung hätte die Beklagte ja keine Wandlungsmöglichkeit mehr. Ein Rücktritt vom Verträge wäre daher nach dem Zeitpunkt der Ablieferung ausgeschlossen. Was von besagtem Haftungsausschluss zu halten ist, wird aber so gleich aufgezeigt.

6.6.1. Grundsätzliches

83. Zunächst ist der Klägerin Recht zu geben: Die werkvertragliche Mängelhaftung ist dispositiv (vgl. KS, N 77; siehe auch GAUCH, N 2540 ff.). Es hat seit jeher die Möglichkeit bestanden, die Gewährleistungsgarantie ganz oder teilweise wegzubedingen. Die Klägerin hält dafür, dass Art. 9.2 Abs. 1 BRAG eine solche Freizeichnungsklausel enthalte. Manches weist aber darauf hin, dass der Art. 9 BRAG als ganzer eigentlich nicht Teil des Vertrages ist. Es ist anzunehmen, dass die Parteien eine Vorlage für ihren Vertrag verwendet haben und durch beiderseitige Unvorsichtigkeit wurde es versäumt, Art. 9 BRAG zu löschen (wie sie es beispielsweise mit Art. 6 BRAG getan haben).
84. Der Vertrag basiert auf dem Konsens der Parteien. Kann dieser nicht festgestellt werden, so hat das Gericht das Vertrauensprinzip heranzuziehen: Die Abmachung soll so gelten, wie sie zum Zeitpunkte des Abschlusses nach Treu und Glaube hätte verstanden werden müssen (BSK-OR-BUCHER, Art. 1, N 6 ff.; CHK-KUT/SCHNYDER, OR 1, N 25). Weil die Klägerin

Art. 9 BRAG für einschlägig hält, die Beklagte sich indes dagegen wehrt, muss eine Auslegung nun nach dem Vertrauensprinzip erfolgen.

6.6.2. Der seltsame Artikel 9

85. Art. 9 BRAG trägt zwar den Übertitel „Leistungsverpflichtungen“, behandelt aber im Wesentlichen die Beschränkung der Haftung auf eine Konventionalstrafe. Sehr fraglich ist sodann, ob sich die Freizeichnung auch auf die Gewährleistungsrechte erstreckt. Nach Systematik des Vertrages ist dies zu verneinen. Art. 8.3 Abs. 2 BRAG hält folgendes fest:
- Nach der Abnahme ist der AUFTRAGNEHMER von all seinen Verpflichtungen, ausgenommen der Verpflichtungen aus Gewährleistung befreit.
86. Art. 9.2 Abs. 1 BRAG dagegen statuiert:
- Falls Leistungsverpflichtungen während des letzten Leistungstests nicht erfüllt werden, ist die Haftung des AUFTRAGNEHMERS auf Zahlung der Konventionalstrafe gemäss diesem Vertrag beschränkt.
87. Offenbar liegt hier ein Widerspruch vor: Zum einen wird die Klägerin explizit *nicht* von der Gewährleistungspflicht befreit, zum anderen erhält sie eine umfassende Haftungsbeschränkung auf die Konventionalstrafe. Verschiedenes spricht nun dafür, dass Art. 8.3 Abs. 2 BRAG massgebend sein soll.
88. Zum einen ist Art. 9.2 Abs. 1 BRAG umfassend formuliert und kann als eine Art Grundsatz (*lex generalis*) betrachtet werden. Dagegen bezieht sich Art. 8.3 Abs. 2 BRAG nur aber immerhin auf die Gewährleistung (*lex specialis*). Nach allgemeinen Auslegungsregeln derogiert Art. 8.3 Abs. 2 BRAG die generellere Norm. Überhaupt ist Art. 9 BRAG in sich nicht schlüssig, sodass tatsächlich fraglich ist, ob die Parteien ihn so gewollt haben. Art. 9.2 Abs. 2 BRAG verweist darauf, dass in Annex III BRAG die Garantiewerte einzeln festgelegt werden. Eine solche Regelung fehlt in Annex III BRAG völlig. Wir haben es also mit einer echten Lücke im Vertrag zu tun, ein weiteres Indiz dafür, dass Art. 9 BRAG das Überbleibsel einer Vertragsvorlage ist und eigentlich hätte gestrichen werden sollen.
89. Ebenso kryptisch ist Art. 9.4 BRAG:
- Es versteht sich, dass die Haftung und Verantwortlichkeit des AUFTRAGNEHMERS für Leistungsgarantien nur unter der Voraussetzung der rechtzeitigen und vollständigen Erfüllung aller Verpflichtungen gültig ist.
90. Eine Haftung hat nicht gültig zu sein oder nicht, sie ist eine reine Rechtsfolge. Allenfalls kann eine vertragliche Haftungsgrundlage oder ein vertraglicher Haftungsausschluss Gültigkeit in Anspruch nehmen, denn *Gültigkeit* als juristischer Fachbegriff beschlägt nur die *Rechtsgrundlagen* und nicht deren *Rechtsfolgen*. Rechtsfolgen sind nicht gültig, sie treten ein oder bleiben aus, je nachdem was der Tatbestand vorsieht. Der Tatbestand einer Vertragsabrede hingegen

kann *gültig* oder *nicht gültig* sein, nicht gültig wäre er beispielsweise im Falle einer rechtswidrigen Abrede. Man muss vermuten, dass Art. 9.4 BRAG ungenau verfasst ist. Nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt wird Art. 9.4 BRAG wohl so zu verstehen sein, dass die Haftungsbeschränkung auf die Konventionalstrafe zugunsten der Klägerin nur dann gültig ist, wenn diese all ihre Verpflichtungen tadellos erfüllt hat. Dies ist aber eben gerade nicht der Fall.

6.6.3. Auslegungsergebnis

91. Nach dem Gesagten verbleibt Art. 9 BRAG und die von der Klägerin angerufene Haftungsbeschränkung nicht restlos klar. Das Gericht soll aber in Erwägung ziehen, dass Art. 8.3 Abs. 2 BRAG ausdrücklich festhält, dass die Gewährleistungspflicht der Klägerin weiterbesteht. Allenfalls wären durch Art. 9 BRAG andere vertragliche Haftungen wie die Hilfspersonenhaftung oder eine Verspätungsschadenshaftung ausgeschlossen, doch diese stehen hier nicht zur Debatte. Insofern kann offenbleiben, ob Art. 9 BRAG tatsächlich Teil des Vertrags ist, oder ob er nur eine versehentlich stehengelassene „Altlast“ aus der Vertragsvorlage ist.

6.6.4. Widersprüchliches Verhalten

92. Im Übrigen stehen dem auch die Lehrmeinung und die Rechtsprechung entgegen (BSK-OR-HONSELL, Art. 199, N 3). Zugesicherte Eigenschaften können nicht von der Gewährleistung ausgenommen werden. Der Unternehmer kann nicht eine Eigenschaft zusichern und sie dann wegbedingen. Ein solcher Widerspruch wäre mit dem Grundsatz von Treu und Glaube nicht zu vereinbaren (vgl. dazu BGE 109 II 24; BGE 73 II 220, 223; BK-WEBER, Art. 100, N 40). Ein Haftungsausschluss für zugesicherte Eigenschaften müsste nach Meinung des Bundesgerichtes schon explizit und unmissverständlich formuliert sein. Angesichts des Widerspruchs zwischen Art. 8.3 Abs. 2 BRAG und 9.2 Abs. 1 BRAG, sowie den grundsätzlichen Verständnisschwierigkeiten mit dem Art. 9 BRAG, kann davon aber nicht die Rede sein. Im Zweifel sind Freizeichnungsklauseln zugunsten des Bestellers auszulegen (BGE 118 II 145; BGer 4C.190/2003; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1230a; GAUCH, N 2555).

6.6.5. Ergebnis

93. Der Klägerin steht keine Beschränkung der Gewährleistungspflicht zu. Dem präzisen Wortlaut von Art. 8.3 Abs. 2 BRAG ist vor dem unklaren und umstrittenen Art. 9.2 Abs. 1 BRAG Vorzug zu geben. Die Beklagte hat weiterhin alle Gewährleistungsrechte von Art. 368 OR.