

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

Vertreten durch das Moot Court Team 2:

Faton Aliu
Marco Fässler
Tobias Huber
Pascal Manhart

EINSCHREIBEN

Zürcher Handelskammer
Bleichweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, 15. Dezember 2011

Klageschrift

Fall Nr. 875964-2011

In Sachen

Bietmann Industrieanlagen AG
Otto-von-Bismarck-Allee 4A, DE-10557 Berlin

Klägerin und Widerbeklagte

Vertreten durch Moot Court Team 2

gegen

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar

Beklagte und Widerklägerin

Vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend

FORDERUNG

Sehr geehrte Frau Präsidentin Z,
Sehr geehrter Herr Schiedsrichter X,
Sehr geehrter Herr Schiedsrichter Y

Namens und mit Vollmacht der Klägerin und unter Wahrung der vom Schiedsgericht festgesetzten Frist reichen wir die Klageschrift ein und stellen folgende

Rechtsbegehren

1. *Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin sei vollumfänglich abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.*
2. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3`500`000.- zu bezahlen,*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. Aug. 2010 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. Sept. 2010 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. Okt. 2010 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. Nov. 2010 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 20. Dez. 2010 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 27. Jan. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Feb 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Mrz. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Apr. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Mai 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Jun. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Jul. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Aug. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Sept. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Okt. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;*
 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Nov. 2011 auf den Betrag von CHF 100`000.-;**etc.*
3. *Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin die ihr zustehenden Zahlungen von CHF 700`000.-, welche die Klägerin vor Vertragsbeendigung durch die Beklagte geltend gemacht hat, zu begleichen.*
4. *Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Schiedsgericht und der Klägerin folgende Dokumente (definiert durch die IBA-Rules zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom 29. Mai 2010, inkl. jede Art von Schreiben und Mitteilungen, unabhängig davon, ob sie auf Papier, durch elektronische Mittel aufgezeichnet,*

oder festgehalten werden) in ihrem Besitz im vorliegenden Schiedsverfahren vorzulegen:

- 1. den zwischen der Beklagten und einem Schrottglashändler geschlossenen Vertrag über die Lieferung von Schrottglas, welchen Herr Fuchs gemäss den Notizen zum 2. Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 erwähnt hat;*
- 2. jede E-Mail-Korrespondenz oder sonstige Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem besagten Schrotthändler, welche einen Rückschluss auf die Schrottglaszusammensetzung schliessen lassen.*
- 5. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Schiedsgericht ihren Anteil am Kostenvorschuss gemäss Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1 vom 5. September 2011 über CHF 125'000.- auf das vom Schiedsgericht in den Verfahrensbeschlüssen Nr. 1 und 2 genannte Bankkonto zu bezahlen.*
- 6. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin innert drei Tagen, nachdem die Klägerin den beklagtischen Anteil am weiteren Kostenvorschuss gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 2 vom 14. September 2011 entrichtet hat, den entsprechenden Betrag zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins nach Ablauf der dreitägigen Zahlungsfrist.*
- 7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Beklagten.*

Gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 3 vom 28. September 2011 wird sich die Klägerin in einer ersten Phase einzig zu den darin abgemachten Streitfragen (i-vi) äussern.

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	I
Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	VI
Urteilsverzeichnis	VIII
Aufbau der Klageschrift	IX
Begründung	1
I. Einleitung	1
A. Zuständigkeit	1
B. Anwendbares Recht	1
II. Prozessualer Teil	1
A. Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses	1
1. Ausgangslage	1
2. Schiedsvereinbarung	1
3. Rechtsnatur.....	2
3.1. Prozessrechtliche Natur	2
3.2. Materiell-rechtliche Natur.....	2
3.3. Wirkung	2
4. Kostenaufteilung	3
5. Fazit.....	3
B. Rückerstattungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten	3
1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	4
2. Unechter Vertrag zugunsten eines Dritten	4
3. Teilentscheid über die Rückerstattung des Kostenvorschusses	5
3.1. Teilentscheid	5
3.2. Vorsorgliche Massnahmen	5
3.2.1. Verfügungsanspruch	6
3.2.2. Verfügungsgrund.....	6
4. Fazit.....	7
C. Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten	7
1. Rechtliches	7
2. Ausgangslage	7
3. Herausgabeanspruch gemäss IBA-Rules	8

3.1. Anforderungen des Antrages	8
3.1.1. Dokumentbeschreibung.....	8
3.1.2. Relevanz der Dokumente	8
3.1.3. Besitzsphäre	8
3.2. Zwischenfazit.....	9
3.3. Einwendungen	9
3.3.1. Fehlende Relevanz	9
3.3.2. Rechtliche Hindernisse.....	9
3.3.3. Unverhältnismässiger Aufwand	9
3.3.4. Verlust oder Zerstörung der Dokumente	10
3.3.5. Verschwiegenheitspflicht	10
3.3.6. Weitere Voraussetzungen.....	11
3.4. Zwischenfazit.....	11
4. Herausgabeanspruch aus Vertrag	11
5. Fazit.....	11
III. Materieller Teil	12
A. Anspruch auf Leistung des Kaufpreises	12
1. Vorgehen	12
2. Erfüllung des Vertrages durch Herstellung des vertragsgemässen Werks.....	12
2.1. Voraussetzungen	12
2.2. Erfüllte Leistungsgarantie.....	12
2.3. Fehlendes Verschulden der Klägerin	13
2.4. Absehen von der Konventionalstrafe als Ausdruck des fehlenden Verschuldens... 13	
3. Abnahme des Werkes durch konkludentes Verhalten	14
4. Fazit.....	14
B. Kein Anspruch auf Rückzahlung der CHF 500'000.- der Beklagten	14
1. Ausgangslage	14
2. Kein Rücktritt gestützt auf Art 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR	14
2.1. Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR	14
2.1.1. Verschulden der Beklagten	14
2.1.2. Unvorhersehbarkeit der rechtzeitigen Erfüllung	15
2.1.3. Kein Verzug der Klägerin	15
2.1.4. Zwischenfazit	16
2.2. Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR	16
2.2.1. Voraussetzungen	16
2.2.2. Kein Vorliegen von Mängeln.....	16
2.2.3. Selbstverschulden der Beklagten	17

2.2.4. Zwischenfazit	18
2.3. Fazit	18
3. Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR	18
3.1. Fehlen von erheblichen Mängeln.....	18
3.2. Geltendmachung von Art. 369 OR	18
3.3. Keine substantiierte Mängelrüge	19
3.4. Fazit	19
C. Eventualbegehren	19
IV. Gesamtfazit.....	20

Literaturverzeichnis

- BERGER, BERNHARD/
KELLERHALS, FRANZ** Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit.: BERGER/KELLERHALS)
[Rz.: 5, 16, 19, 23, 24]
- FOUCHARD, PHILIPPE
GAILLARD, EMMANUEL
GOLDMAN, BERTHOLD** Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration, Den Haag 1999 (zit.: FOUCHARD/GAILLARD/
GOLDMAN)
[Rz.: 23]
- GAUCH, PETER** Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit.: GAUCH)
[Rz.: 53, 64, 66, 69, 73, 76]
- GIRSBERGER, DANIEL** Art. 357 ZPO in: SPÜHLER, KARL/TENCHIO, LUCA/INFANGER, DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zit.: GIRSBERGER, BSK-ZPO)
[Rz.: 10]
- GONZENBACH, RAINER** Art. 112 OR in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit.: GONZENBACH, BSK-OR)
[Rz.: 22]
- HUGUENIN, CLAIRE** Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.: HUGUENIN, OR AT)
[Rz.: 20, 60]
- HUGUENIN, CLAIRE** Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.: HUGUENIN, OR BT)
[Rz.: 64, 66, 69, 73, 76, 81]
- PFISTERER, STEFANIE/
SCHNYDER, ANTON K.** Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2010 (zit.: PFISTERER/SCHNYDER)
[Rz.: 5, 6, 25, 27]
- RAESCHKE-KESSLER, HILMAR** Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren in: BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Berlin/Bonn/Köln/München 2001 (zit.: RAESCHKE-KESSLER)
[Rz.: 35]
- SCHMID, JÖRG/
STÖCKLI, HUBERT** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit.: SCHMID/STÖCKLI, OR BT)
[Rz.: 66, 67, 69, 76]
- SPÜHLER, KARL
DOLGE, ANNETTE
GEHRI, MYRIAM A.** Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Bern 2010 (zit.: SPÜHLER/DOLGE/GEHRI)
[Rz.: 26]

- STACHER, MARCO** Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung; Merkmale und Wesen der verpflichtenden und der gestaltenden Elemente der Schiedsvereinbarung, Diss., Zürich/St. Gallen 2007 (zit.: STACHER)
[Rz.: 6, 7, 11, 13, 20, 21, 22]
- STACHER, MARCO** Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2009 und 2010), AJP 2011, S. 125 ff. (zit.: AJP 2011, STACHER)
[Rz.: 15]
- WENGER, WERNER/
MÜLLER, CHRISTOPH** Art. 178 IPRG in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, PETER NEDIM/SCHNYDER, ANTON K./BERTI, STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG)
[Rz.: 8, 9, 10, 23, 28]
- ZINDEL, GAUDENZ G.
PULVER, URS** Art. 367-369 OR in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit.: ZINDEL/PULVER, BSK-OR)
[Rz.: 69, 73, 81]

Urteilsverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
25. Januar 1972

BGE 98 II 113

[Rz.: 67]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
21. Januar 1974

BGE 100 II 30

[Rz.: 69]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. Mai 1981

BGE 107 II 172

[Rz.: 81]

Urteil der I zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
11. Oktober 1988

BGE 114 II 239

[Rz.: 69]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Juni 1990

BGE 116 II 441

[Rz.: 27]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. Juli 1990

BGE 116 II 450

[Rz.: 77]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. September 1990

BGE 116 II 454

[Rz.: 73]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Oktober 1994

BGE 120 II 393

[Rz.: 26]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
10. November 2010

BGE 136 III 597

[Rz.: 19]

Aufbau der Klageschrift

Der besseren Übersicht halber orientiert sich der Aufbau der Klageschrift an den zu beantwortenden Streitfragen.

Prozessualer Teil

Zunächst wird aufgezeigt, dass der Klägerin gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Zahlung des beklagtischen Anteiles am Kostenvorschuss zusteht.

Im Falle einer Abweisung wird die Klägerin aufzeigen, dass ihr ein Anspruch auf Rückerstattung der von ihr übernommen beklagtischen Vorschusskosten zusteht.

Ferner wird die Klägerin darlegen, dass die Beklagte zur Vorlegung der verlangten Dokumente verpflichtet ist.

Materieller Teil

Die Klägerin wird weiter aufzeigen, dass eine Abnahme des Werkes gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag stattgefunden hat und ihr demnach ein Anspruch auf Zahlung des Restbetrages von CHF 3`500`000 zusteht.

Schliesslich wird der Rücktrittsanspruch, den die Beklagte aus Art. 366 Abs. 1 OR respektive aus Art. 368 Abs. 1 OR ableitet von der Klägerin entkräftet, indem dargelegt wird, dass die entsprechenden Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Eventualiter beantragt die Klägerin, dass die Beklagte aufgrund von Art. 18.3 des Lieferungsvertrages, die bisher ausgestellten Rechnungen zu bezahlen hat.

Formelles

Es ist darauf hinzuweisen, dass mit Randziffern (Rz.) stets die Randziffern der vorliegenden Klageschrift gemeint sind.

Begründung

I. EINLEITUNG

A. Zuständigkeit

Im Vertrag vom 22. Oktober 2009 über Lieferungen und Leistungen (nachfolgend „Lieferungsvertrag“) ist von den Parteien eine Schiedsklausel vereinbart worden. Nach dessen Art. 12.1 sind Streitigkeiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Lieferungsvertrag, in einem Schiedsverfahren nach der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer zu entscheiden (sachliche Zuständigkeit). Art. 12.2 Lieferungsvertrag regelt sodann die örtliche Zuständigkeit. Demnach hat das Schiedsgericht seinen Sitz in Zürich. Vorliegend ist daher das von der Klägerin angerufene Schiedsgericht zuständig. Die Zuständigkeit wird denn auch von der Beklagten nicht bestritten.

B. Anwendbares Recht

Gemäss Art. 12.3 Lieferungsvertrag gilt Schweizerisches materielles Recht. Das UN-Kaufrecht wird von den Parteien ausdrücklich ausgeschlossen. Das Verfahren richtet sich nach dem 12. Kapitel des IPRG und der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer (nachfolgend „Swiss Rules“).

II. PROZESSUALER TEIL

A. Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses

Die Klägerin *hat gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Leistung des hälftigen Kostenvorschusses*.

1. Ausgangslage

Die Beklagte weigert sich mit Schreiben vom 13. September 2011, ihren Anteil am Kostenvorschuss zu leisten. Streitpunkt ist gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 3 Ziff. 7, ob die Klägerin einen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Leistung des noch ausstehenden Kostenvorschusses hat.

2. Schiedsvereinbarung

Die Parteien haben mit der Schiedsvereinbarung in Art. 12 des Lieferungsvertrages eine eigenständige, vom Hauptvertrag unabhängige Vereinbarung getroffen (PFISTERER/SCHNYDER, S. 31; BERGER/KELLERHALS, N 270).

Die Schiedsvereinbarung lässt neben der Hauptwirkung, die in der Begründung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts liegt, auch Nebenwirkungen entstehen (PFISTERER/SCHNYDER, S. 39 f.). Die Kostenvorschusspflicht ist als eine solche Nebenpflicht zu qualifizieren. Dies

erst recht, wenn die von den Parteien gewählte Schiedsordnung, i.c. Art. 41 Abs. 1 Swiss-Rules, eine solche Pflicht vorsieht (STACHER, N 325).

Da sich beide Parteien im Rahmen der Schiedsvereinbarung auf die Verfahrensordnung geeinigt haben, sind sie auch beide Adressaten des Bevorschussungsanspruches (STACHER, N 319). Deshalb fordert das Schiedsgericht im Verfahrensbeschluss Nr. 1 Ziff. 13 beide Parteien auf, den Kostenvorschuss zu gleichen Teilen zu erbringen. Diese hälftige Teilung ergibt sich ebenfalls aus dem Grundsatz von Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules. 7

3. Rechtsnatur

Entscheidend für die Ableitung von Pflichten aus der Schiedsvereinbarung ist die Bestimmung der Rechtsnatur. „Die Schiedsvereinbarung weist Elemente sowohl materiell-rechtlicher als auch verfahrensrechtlicher Natur auf“ (WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG, Art. 178 N 4). 8

3.1. Prozessrechtliche Natur

Die prozessrechtliche Natur meint das Verhältnis zwischen Rechtspflegeorgan und Rechtssubjekt (WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG, Art. 178 N 4). Prozessrechtlicher Natur ist zum Beispiel die unmittelbare Wirkung eines Urteils des Schiedsgerichtes, welches durch die staatlichen Organe vollstreckbar ist (WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG, Art. 178 N 4). 9

3.2. Materiell-rechtliche Natur

Materiell-rechtlicher Natur meint die Pflichten zwischen den zwei gleichgesetzten Rechtssubjekten, welche durch die Schiedsvereinbarung begründet werden (WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG, Art. 178 N 4). Die Parteien sind aufgrund der Schiedsvereinbarung untereinander verpflichtet, durch ihre Mitwirkung, das Schiedsgericht zu bestellen und alles Weitere, was die Durchführung des Schiedsverfahrens unnötig behindern würde, zu unterlassen (GIRSBERGER, BSK-ZPO, Art. 357 N 6). 10

3.3. Wirkung

Aus dem Abschluss der Schiedsvereinbarung entsteht somit neben der gesetzlichen Gestaltungswirkung auch eine vertragliche Verpflichtungswirkung (STACHER, N 424). 11

Beide Parteien sind daher gegenseitig verpflichtet das Schiedsgericht zu bestellen und sich an dessen Verfahrensentscheide zu halten. Dass der Beklagten grundsätzlich diese Mitwirkungspflicht bekannt ist, ergibt sich daraus, dass sie die Pflicht wahrgenommen hat, einen Schiedsrichter zu ernennen und die Einschreibegebühr zu entrichten (Schreiben vom 17. Mai 2011 Ziff. 17). 12

Es kann der Beklagten auch unterstellt werden, dass sie aufgrund der Verkehrsübung und der Zustimmung der Anwendbarkeit der Swiss Rules gewusst hat, dass das Schiedsgericht Begehren nur beurteilt, wenn die Kosten des Verfahrens sichergestellt sind. Da die Beklagte in die- 13

sem Wissen eine Widerklage erhoben hat, sich nun aber weigert, ihren Kostenanteil zu begleichen, ist ihr Verhalten widersprüchlich und somit rechtsmissbräuchlich. Denn durch die Widerklage erhöht die Beklagte bewusst den zu leistenden Kostenvorschuss (Appendix B, Ziff. 2.4 Swiss Rules), weigert sich aber, die dadurch entstehenden Konsequenzen zu tragen (s.a. STACHER, N 339).

4. Kostenaufteilung

Die Beklagte macht des Weiteren geltend, dass die Klägerin eine überhöhte Klageforderung gestellt habe, um den Streitwert und somit auch die Höhe des Kostenvorschusses künstlich hochzutreiben (Schreiben vom 13. September 2011). Dagegen kann zunächst eingewendet werden, dass die Klägerin nicht eine überhöhte, sondern vielmehr eine ihr zustehende Forderung geltend macht (vgl. Rz. 61). Ferner ist nicht einzusehen, welches Interesse die Klägerin an einem überhöhten Kostenvorschuss hätte, zumal dieser Mehrbetrag sie ebenfalls treffen würde.

Weiter führt die Beklagte aus, dass der Streitwert der Klägerin sich lediglich auf CHF 700'000 belaufen kann, da nur diese in Rechnung gestellt wurden. Dabei verkennt die Beklagte, dass für die Berechnung des Streitwerts nicht die in Rechnung gestellten Forderungen, sondern vielmehr die in der Klage genannten Beträge massgebend sind (Appendix B Ziff. 2.4 Swiss Rules; s.a. AJP 2011, STACHER, S. 138 f.).

Die Beklagte beruft sich ferner indirekt auf Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules. Die Berufung auf eine Aufteilung der Kosten gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules ist vorliegend nicht angebracht, da eine solche Aufteilung nur zum Tragen kommen soll, wenn mit der Widerklage ein überhöhter Streitwert entsteht (BERGER/KELLERHALS, N 1446). Des Weiteren steht eine solche Aufteilung des Kostenvorschusses im Ermessen des Schiedsgerichtes. Dieses hat gemäss den Verfahrensbeschlüssen Nr. 1, 2 und 3 eine solche Aufteilung nie in Betracht gezogen.

5. Fazit

Aufgrund des Gesagten sind die *Forderungen der Beklagten*, die sie in ihrem Schreiben vom 13. September 2011 geltend macht, *abzuweisen* und die *Beklagte zu verpflichten, ihrer vertraglichen Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 125'000 nachzukommen*.

B. Rückerstattungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten

Im Falle der Abweisung des Rechtsbegehrens Nr. 5 steht der Klägerin ein klagbarer *Anspruch auf Rückerstattung* der von ihr übernommenen beklagtischen Vorschusskosten zu.

Die Klägerin nimmt nachfolgend zu den von ihr gemachten Ausführungen im Schreiben vom 19. September 2011 Ziff. 10 Ergänzungen vor.

1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

Vorab wird festgehalten, dass das Schiedsgericht für die Beurteilung des Rückerstattungsanspruchs der Klägerin gegenüber der Beklagten zuständig ist (BGE 136 III 597 E. 5.2.2; BERGER/KELLERHALS, N 1479). Es ist gemäss Art. 183 Abs. 1 IPRG und Art. 374 Abs. 1 ZPO zudem auch für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zuständig. 19

2. Unechter Vertrag zugunsten eines Dritten

Der Vertrag zugunsten eines Dritten ist in Art. 112 OR geregelt. Diese Norm definiert nicht etwa einen eigenständigen Vertragstypus, vielmehr wird eine Erscheinungsform geschaffen, die bei allen Vertragstypen vorkommen kann (HUGUENIN, OR AT, N 1140). Das Charakteristikum dieser Erscheinungsform ist dabei dasjenige, dass zwischen den Parteien des Hauptvertrages vereinbart wird, eine vertragsspezifische Leistung solle nicht an die Vertragspartei, sondern vielmehr an einen am Vertrag nicht beteiligten Dritten erfolgen. Mit anderen Worten verspricht der eine Vertragspartner (Promittent) der anderen Partei (Promissarin), dass er an einen Dritten leisten werde. Vorliegend hat sich die Beklagte (Promittentin) mit Abschluss der im Lieferungsvertrag enthaltenen Schiedsvereinbarung gegenüber der Klägerin (Promissarin) verpflichtet, im Falle von Streitigkeiten oder Ansprüchen, die vor Schiedsgericht geklärt werden müssen, die Hälfte der Verfahrenskosten dem Schiedsgericht (Dritter) vorzuschüssen. In Bezug auf die Kostenvorschussforderung liegt somit ein Vertrag zugunsten eines Dritten vor (STACHER, N 334). 20

Je nachdem, ob der Dritte selbständig die Erfüllung fordern kann oder nicht, kann zwischen einem echten und einem unechten Vertrag zugunsten eines Dritten differenziert werden. Da vorliegend weder der mutmassliche Wille der Parteien, noch die Verkehrsübung dem Schiedsgericht ein eigenständiges Forderungsrecht einräumen, liegt ein unechter Vertrag zugunsten eines Dritten vor (s.a. STACHER, N 328). 21

Liegt ein unechter Vertrag zugunsten eines Dritten vor und ist die Promittentin ihrer Pflicht nicht nachgekommen, so kann der Promissar Leistung an sich selber verlangen (GONZENBACH, BSK-OR, Art. 112 N 14; STACHER, N 339). Bezahlt die Beklagte demnach ihren Anteil des Kostenvorschusses (i.c. CHF 125'000) nicht und ist die Klägerin zur Zahlung des ganzen Betrages gezwungen, um nicht eine Beendigung des Verfahrens gemäss Art. 41 Ziff. 4 Swiss Rules zu riskieren, so kann sie von der Beklagten die Leistung an sich selber verlangen. Demnach hat die Klägerin gegenüber der Beklagten einen klagbaren Anspruch auf Rückerstattung 22

der von ihr übernommenen beklagischen Vorschusskosten in der Höhe von CHF 125'000 nebst Zinsen.

3. Teilentscheid über die Rückerstattung des Kostenvorschusses

Damit die Klägerin aufgrund der Verweigerung der Beklagten ihren Kostenanteil vorzu- 23
schliessen keinen Nachteil erleidet, hat die Beklagte diese Zusatzkosten der Klägerin sofort zurückzuerstatten. In der Lehre herrscht diesbezüglich Uneinigkeit, in welcher Form die Klägerin ihren Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten fordern kann (BERGER/KELLERHALS, N 1485). Ein Teil der Lehre (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 1254; WENGER/MÜLLER, BSK-IPRG, Art. 178 N 71) vertritt die Auffassung, dass die Partei, welche zusätzlich den Anteil der säumigen Partei geleistet hat (i.c. die Klägerin) den Erlass eines vollstreckbaren Teilentscheids verlangen kann, der die säumige Partei (i.c. die Beklagte) zur sofortigen Rückerstattung verpflichtet. Andere Autoren (BERGER/KELLERHALS, N 1458) vertreten die Ansicht, dass die sofortige Rückerstattung des geleisteten Kostenvorschusses nur im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme zulässig ist. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass sowohl die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilentscheids, als auch diejenigen für die Anordnungen einer vorsorglichen Massnahme gegeben sind.

3.1. Teilentscheid

Die Beklagte könnte in ihrer Klageantwort den Einwand vorbringen, dass ein Teilentscheid 24
über den Rückerstattungsanspruch der Klägerin gar nicht ergehen kann, weil über die Kosten erst am Ende des Verfahrens endgültig entschieden wird. Diese (auch von einem Teil der Lehre, wie zum Beispiel von BERGER/KELLERHALS, N 1458 vertretene) Ansicht ist aus zweierlei Gründen abzulehnen. Zum einen verkennt diese Auffassung, dass dem Schiedsgericht gestützt auf Art. 32 Abs. 1 Swiss Rules ausdrücklich das Recht zusteht „Kostenentscheide auch vor dem endgültigen Schiedsspruch zu fällen“. Zum anderen würde nach dieser Ansicht die Regel und Pflicht zur anteilmässigen Tragung der Vorschusskosten gemäss Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules zur Farce. Denn wenn diese vertragliche Pflicht nicht durch endgültigen (Teil-) Entscheid durchgesetzt werden könnte, wäre Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules bedeutungslos. Um diese Pflicht durchzusetzen bzw. den Anspruch dieses Rechts zu gewähren, muss die Rückzahlung des Kostenvorschusses daher in Form eines endgültigen und erschöpfenden Teilentscheids ergehen.

3.2. Vorsorgliche Massnahmen

Für den Fall, dass das Schiedsgericht der Ansicht folgt, wonach die Rückerstattung nur im 25
Wege einer vorsorglichen Massnahme erfolgen kann, wird nachfolgend aufgezeigt, dass die Voraussetzungen hierzu erfüllt sind. Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bestehen je

nach anwendbarem Recht unterschiedliche Voraussetzungen. Auf internationaler Ebene ist dagegen anerkannt, dass es für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen das Vorliegen zweier Voraussetzungen bedarf (PFISTERER/SCHNYDER, S. 116). Die gesuchstellende Partei muss kumulativ einen *Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund glaubhaft machen*.

3.2.1. Verfügungsanspruch

Kann die gesuchstellende Partei glaubhaft machen, dass ihr ein Rückerstattungsanspruch zusteht und sie daher mit ihrem Antrag in der Hauptsache durchdringen wird, steht ihr der Anspruch auf Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu. Glaubhaft machen bedeutet, dass die gesuchstellende Partei nachzuweisen hat, ob eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie mit ihrem Anliegen durchdringen wird (BGE 120 II 393 E. 4c; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, S. 230 N 33). Vorliegend wurde bereits dargelegt, dass der Klägerin gestützt auf Art. 112 Abs. 1 OR ein klagbarer Anspruch auf Rückerstattung der CHF 125'000 nebst Zins zusteht (Rz. 22). Daher ist diese Voraussetzung erfüllt. 26

3.2.2. Verfügungsgrund

Die Antragstellerin hat ferner glaubhaft zu machen, dass ihr ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, wenn die Massnahme nicht sofort angeordnet wird. Der Schaden, welcher der gesuchstellenden Partei bei Nichterlass der vorsorglichen Massnahme droht, muss mithin dem Schaden, welcher der Gegenpartei bei Anordnung der Massnahme droht, deutlich überwiegen (PFISTERER/SCHNYDER, S. 116). Der Schaden definiert sich dabei als unfreiwillige Vermögenseinbusse, die aus der Verminderung der Aktiven, der Vermehrung der Passiven oder in einem entgangenem Gewinn resultiert und der „Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“, entspricht (BGE 116 II 441 E. 3a). I.c. würde der Schaden der Klägerin bei Nichtanordnung der vorsorglichen Massnahme aus dem Betrag bestehen, den sie anstelle der Beklagten vorschliessen muss, zuzüglich dafür entgangenem Zins. Nebst dem entgangenem Zinsgewinn werden ihre Aktiven demnach in einer beträchtlichen Höhe von CHF 125'000.- vermindert. Der Beklagten droht dagegen bei Anordnung der vorsorglichen Massnahme gar kein Schaden, da sie durch die Rückzahlung an die Klägerin nur verpflichtet wird, ihre bereits entstanden Verbindlichkeiten zu begleichen. Demnach werden ihre Passiven durch die Anordnung der Massnahme nicht vermehrt, da sie bereits mit Beginn der Streitigkeit entstanden sind. Vielmehr wird durch die vorsorgliche Massnahme sichergestellt, dass die Beklagte aus ihrem vertragsverletzenden Verhalten nicht noch bereichert wird, indem ihre Passiven sich nicht vermehren. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Schaden (i.c. über CHF 125'000.-), welcher 27

der Klägerin bei Nichtanordnung der vorsorglichen Massnahme droht, den nichtvorhandenen „Schaden“ der Beklagten bei weitem überwiegt.

Anzumerken ist ferner, dass der Erlass einer vorsorglichen Massnahme zugunsten der Klägerin sich auch aus dem Grund rechtfertigt, dass ihr nicht zugemutet werden kann, ihre Liquidität während dem Schiedsverfahren stärker als diejenige der Beklagten zu belasten. Die Klägerin wäre dann nämlich einem erheblich höheren Risiko ausgesetzt, wenn sie im Falle ihres Obsiegens ihren Rückerstattungsanspruch womöglich auch noch in einem beschwerlichen Vollstreckungsverfahren durchsetzen müsste (s.a. WENGER/MÜLLER; BSK-IPRG, Art. 178 N. 82). Aus dem Gesagten kann die Klägerin daher glaubhaft machen, dass ihr ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. 28

4. Fazit

Aus den genannten Gründen ist *die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin innert drei Tagen*, nachdem die Klägerin *den beklagten Anteil am weiteren Kostenvorschuss* gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 2 vom 14. September 2011 entrichtet hat, den entsprechenden Betrag *zu bezahlen*, zuzüglich 5% Zins nach Ablauf der dreitägigen Frist. 29

C. Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten

Die Beklagte ist zu *verpflichten, den Schrottglasslieferungsvertrag und die betreffenden E-Mail-Korrespondenzen* zwischen ihr und ihrem Glashändler dem Schiedsgericht und *der Klägerin vorzulegen*. 30

1. Rechtliches

Gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 1 Ziff. 7 hat das Schiedsgericht beschlossen, die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (nachfolgend „IBA-Rules“) zu berücksichtigen. 31

2. Ausgangslage

Die Klägerin ist davon überzeugt, dass das Glas, welches für die Inbetriebnahme zur Verfügung gestellt wurde, nicht den Bedingungen des Lieferungsvertrages (Annex III Ziff. 6.1) entsprach. Im Protokoll über den 2. Inbetriebnahmeversuch (Beilage B-1) versprach Herr Fuchs, die Zusammensetzung des Schrottglases aufgrund des Vertrages mit dem Glassamm- 32
lungsunternehmen, oder zumindest aufgrund der E-Mail-Korrespondenz ausfindig zu machen. Die Klägerin geht aufgrund dieses Versprechens davon aus, dass die Beklagte im Besitz solcher Beweismittel für die Schrottglasszusammensetzung ist.

3. Herausgabeanspruch gemäss IBA-Rules

Gemäss Art. 3 Ziff. 2 IBA-Rules kann jede Partei einen Antrag auf Vorlegung von Dokumenten stellen. Da sich der Schrottglasslieferungsvertrag, ebenso wie die entsprechende E-Mail-Korrespondenz im Machtbereich der Beklagten befinden, hat die Klägerin mit der Ergänzung der Einleitungsanzeige vom 19. September 2011 (Ziff. 2 ff.) einen solchen Antrag beim Schiedsgericht eingereicht. 33

3.1. Anforderungen des Antrages

Der Antrag muss gemäss Art. 3 Ziff. 3 IBA-Rules folgenden Inhalt aufweisen, damit er vom Schiedsgericht gutgeheissen und von der Beklagten nicht angefochten werden kann. 34

3.1.1. Dokumentbeschreibung

Durch die Beschreibung des vorzulegenden Dokumentes muss dessen Identifizierung möglich sein (Art. 3 Ziff. 3 lit. a sublit. i IBA-Rules). Dabei müssen üblicherweise der vermutete Urheber bzw. Empfänger des Dokumentes, der vermutete Errichtungszeitpunkt sowie der vermutete Inhalt der zu verlangenden Dokumente bezeichnet werden (s.a. RAESCHKE-KESSLER, Ziff. V.3.2.1). I.c. hat die Klägerin in ihrem Antrag gemäss Schreiben vom 19. September 2011 Ziff. 4 diese Beschreibung substantiiert vorgenommen. Sie erwähnt die Beklagte als Urheberin/Empfängerin der Dokumente. Da für die Klägerin nicht ersichtlich ist, seit wann ein Schrottglasslieferungsverhältnis mit ihrem Lieferanten besteht, wird auf das Versprechen von Herr Fuchs (Beilage B-1) Bezug genommen. Aus diesem Versprechen, die Schrottglasszusammensetzung ausfindig zu machen, kann geschlossen werden, dass der Beklagten der Errichtungszeitpunkt bekannt ist. 35

3.1.2. Relevanz der Dokumente

Weiter muss dargelegt werden, weshalb die vorzulegenden Dokumente für das Verfahren relevant sind (Art. 3 Ziff. 3 lit. b IBA-Rules). Diese Darlegung erfolgte in Ziff. 5 des Schreibens vom 19. September 2011 mit der Begründung, dass durch den Schrottglasslieferungsvertrag oder die E-Mail-Korrespondenz die fehlerhafte Glaszusammensetzung nachgewiesen werden soll. Dieser Beweis ist aus dem Grunde wichtig, weil durch die fehlerhafte Glaszusammensetzung beide Inbetriebnahmeversuche scheiterten und die Klägerin somit kein Verschulden daran trifft. 36

3.1.3. Besitzsphäre

Als letzte Voraussetzung muss der Antrag eine Erklärung enthalten, dass sich die vorzulegenden Dokumente nicht im Besitz der begehrenden Partei befinden, und weshalb es für dieselbe unverhältnismässig wäre, die Dokumente selbst zu beschaffen (Art. 3 Ziff. 3 lit. c IBA-Rules). I.c. verweist die Klägerin auf die Beilage B-1, aus welcher hervorgeht, dass die Schrottglasslie- 37

ferung durch die Beklagte erfolgt ist. Daraus kann geschlossen werden, dass sich die Dokumente über die Schrottglasslieferung im Besitz der Beklagten befinden. Dennoch hat die Klägerin vergeblich versucht, die Schrottglasszusammensetzung selbstständig in Erfahrung zu bringen. Allerdings hat das angefragte Glassammelunternehmen, welches der Beklagten das Schrottglass geliefert hatte, keine Auskunft geben können, da sie dessen Zusammenstellung intern abklären müsse (Verfahrensbeschluss Nr. 4 Ziff. 4).

3.2. Zwischenfazit

Die Klägerin hat somit durch ihr Schreiben vom 19. September 2011 Ziff. 2 ff. ihren *Antrag auf Vorlegung der verlangten Dokumente vollständig und gültig eingereicht*. 38

3.3. Einwendungen

Falls die Beklagte keine Einwendungen gegen den Antrag der Klägerin erhebt, muss sie die geforderten Dokumente vorlegen (Art. 3 Ziff. 4 IBA-Rules). Die IBA-Rules enthalten in Art. 9 Ziff. 2 einen Katalog von Einwendungsgründen bereit, welche nachfolgend vorbehandelt werden, um aufzuzeigen, dass die Beklagte keinen dieser Gründe gültig vorbringen kann. 39

3.3.1. Fehlende Relevanz (Art. 9 Ziff. 2 lit. a IBA-Rules)

Eine erste Einwendung wäre gerechtfertigt, wenn die Beklagte eine fehlende Relevanz der Dokumente für das Verfahren darlegen könnte. I.c. wurde bereits darauf hingewiesen, dass die fehlerhafte Schrottglasszusammensetzung der Hauptgrund gewesen ist, weshalb die Inbetriebnahmen nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Um diese Tatsache beweisen zu können, ist die Klägerin darauf angewiesen, die genaue Schrottglasszusammensetzung zu erfahren, um darzulegen, dass sie von der vertraglich vereinbarten Zusammensetzung abweicht. Dadurch könnte der Beklagten eine Vertragsverletzung vorgeworfen werden. 40

3.3.2. Rechtliche Hindernisse (Art. 9 Ziff. 2 lit. b IBA-Rules)

Art. 9 Ziff. 2 lit. b IBA-Rules verbietet die Herausgabe von Dokumenten, wenn rechtliche Hindernisse oder Verweigerungsrechte, die sich aus den Rechtsnormen oder berufsrechtlichen Regeln ergeben, bestehen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die geforderten Dokumente weder geheime, noch datenschutzrechtlich relevante oder sonstige brisante Daten enthalten. Es handelt sich ausschliesslich um eine vertraglich vereinbarte Schrottglasszusammensetzung zwischen zwei privaten Parteien, welcher keinerlei berufsrechtliche oder standesrechtliche Regeln entgegenstehen. 41

3.3.3. Unverhältnismässiger Aufwand (Art. 9 Ziff. 2 lit. c IBA-Rules)

Falls für die Beklagte durch die Beschaffung der Dokumente ein unverhältnismässiger Aufwand entstehen würde, könnte sie dies einwenden, um den Antrag abzuwehren. Da es sich bei der Beklagten jedoch um eine juristische Person handelt, welche als Aktiengesellschaft aus- 42

gestaltet ist, trifft sie gemäss Schweizerischem Obligationenrecht die Pflicht, jährlich einen Geschäftsbericht zu publizieren (Art. 662 Abs. 1 OR). Um diesen Geschäftsbericht zu erstellen, muss die Beklagte einen gewissen Organisationsgrad aufweisen. Da die geforderten Dokumente in das Haupttätigkeitsfeld der Beklagten gehören, ist anzunehmen, dass sie Verträge, welche die Schrottglasslieferung betreffen, sorgfältig aufbewahrt. Dies auch deshalb, weil durch eine fehlerhafte Schrottglasslieferung die Recycling-Anlage Schaden nehmen kann und die Beklagte dank des Lieferungsvertrages beweisen könnte, dass der Lieferant fehlerhafte Ware geliefert hat und so einen Schadenersatzanspruch aus Vertragsverletzung begründen könnte. Es ist somit anzunehmen, dass der Schrottglasslieferungsvertrag ohne unverhältnismässig grossen Aufwand beschafft werden kann. Bei der Suche der E-Mail-Korrespondenz kann auf technische Hilfsmittel wie beispielsweise Suchmasken zurückgegriffen werden, welche die Suche nach spezifischen E-Mail-Korrespondenzen sehr vereinfachen. Deshalb kann sich die Beklagte nicht auf den unverhältnismässigen Aufwand berufen.

3.3.4. Verlust oder Zerstörung der Dokumente (Art. 9 Ziff. 2 lit. d IBA-Rules)

Die Beklagte müsste mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beweisen, dass die verlangten Dokumente zerstört oder verloren gegangen sind. Es kann an dieser Stelle auf die schon dargelegte Relevanz der Dokumente für die Beklagte selbst hingewiesen werden (Rz. 42). Die Beklagte würde durch das Zerstören oder Verlieren der Dokumente selbst ein wichtiges Beweismittel aufgeben, wenn es zum Prozess zwischen ihr und dem Schrottglasslieferanten kommen würde. Deshalb ist anzunehmen, dass die Dokumente weder verloren gegangen noch zerstört worden sind.

43

3.3.5. Verschwiegenheitspflicht (Art. 9 Ziff. 2 lit. e IBA-Rules)

Weiter kann die Beklagte Einwendung erheben, falls wirtschaftlich oder technisch begründete Verschwiegenheitspflichten ihr die Vorlegung der Dokumente verbieten würden. Die Klägerin möchte in erster Linie die Abmessungen des gelieferten Schrottglases oder eventuelle Verbindungen zwischen Glas und Stein, Beton oder nicht magnetischen Teilen erfahren. Es handelt sich somit nur um Eigenschaften, welche weder von der Schrottglasslieferfirma noch von der Beklagten als geheim einzustufen sind, da sie für jedermann ohne weiteres ersichtlich sind. Auch technische Verschwiegenheitspflichten können nicht ins Feld geführt werden, da es nicht um die Schrottglassammlung oder eventuelle Herstellung geht, sondern nur um das gelieferte Endprodukt. Auch dass Herr Fuchs von sich aus bereit gewesen ist, die betreffenden Daten zu liefern, deutet darauf hin, dass es sich nicht um sensible Daten handeln kann.

44

3.3.6. Weitere Voraussetzungen (Art. 9 Ziff. 2 lit. f und g IBA-Rules)

Ferner können Einwendungen aus politischen oder institutionellen Geheimhaltungsinteressen vorgebracht werden. Diese Einwendung, sowie jene, dass die Prozessökonomie, die Gleichbehandlung und die Verhältnismässigkeit verletzt würden, sind vorliegend nicht einschlägig. 45

3.4. Zwischenfazit

Aus den genannten Gründen kann die Beklagte keine Einwendungen gegen die Vorlegung der verlangten Dokumente vorbringen, und ist daher gestützt auf Art. 3 Ziff. 4 i.V.m. Art. 3 Ziff. 7 Satz 4 IBA-Rules zu verpflichten, die in Rechtsbegehren Nr. 5 aufgeführten Dokumente der Klägerin und dem Schiedsgericht vorzulegen. 46

4. Herausgabeanspruch aus Vertrag

Der Klägerin steht neben dem ausgeführten Anspruch noch ein vertraglicher Anspruch auf Vorlegung der Dokumente zu. 47

Gemäss Art. 11.2 Lieferungsvertrag können nach Abschluss des Vertrages weitere Ergänzungen Vertragsinhalt werden. Dazu bedarf es lediglich der Schriftlichkeit und der Unterzeichnung durch bevollmächtigte Vertreter. Da im unterzeichneten Protokoll über die 2. Inbetriebnahme (Beilage B-1) Herr Fuchs, ein zeichnungsberechtigter Mitarbeiter der Beklagten, dem Projektleiter der Klägerin, Herrn Kummer, ein Versprechen abgibt, die Zusammensetzung des Schrottglases ausfindig zu machen, verpflichtet Herr Fuchs als direkter Stellvertreter die Beklagte auf vertraglicher Basis die verlangten Dokumente vorzulegen. Das unterzeichnete Protokoll und damit auch das Versprechen von Herrn Fuchs ist mit Unterzeichnung des Protokolls somit zum Vertragsinhalt geworden (Art. 11.2 Lieferungsvertrag). Gestützt darauf kann die Klägerin daher auf Erfüllung dieser Verpflichtung klagen und somit die Herausgabe der verlangten Dokumente erwirken. Da eine andere Erfüllung dieser Verpflichtung durch die Beklagte nicht ersichtlich ist, ist die Beklagte zu verpflichten, die verlangten Dokumente im Sinne des Rechtsbegehrens Nr. 5 vorzulegen. 48

5. Fazit

Die *Beklagte hat die verlangten Dokumente* (Schrottglasliefungsvertrag bzw. E-Mail-Korrespondenz über die Zusammensetzung des Schrottglases) gemäss Art. 3 Ziff. 4 i.V.m. Art. 3 Ziff. 7 Satz 4 IBA-Rules *der Klägerin und dem Schiedsgericht vorzulegen*. Falls das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, dass die Dokumente nicht aufgrund des eingereichten Antrages der Klägerin, gestützt auf die IBA-Rules, auszuhändigen seien, ist die Beklagte gemäss *ihrer ergänzenden vertraglichen Pflicht anzuweisen, die Schrottglaszusammensetzung offen zu legen*, wobei dies aus beweistechnischen Gründen ebenfalls mit den verlangten Dokumenten zu geschehen hat. 49

III. MATERIELLER TEIL

A. Anspruch auf Leistung des Kaufpreises

Die Klägerin hat *Anspruch auf Leistung des gesamten noch ausstehenden Kaufpreises in Höhe von CHF 3'500'000*. Dieser *Anspruch schliesst zugleich* den von der Beklagten geltend gemachten *Anspruch auf Rückleistung* der bereits bezahlten Summe von CHF 500'000 aus. 50

1. Vorgehen

Es wird nachfolgend aufgezeigt, dass die Abnahme des Werkes gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag stattgefunden hat und die Klägerin daher der Verpflichtung zur Herstellung eines Werks gemäss Art. 363 OR nachgekommen ist. Daraus folgt, dass die Beklagte zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist (Art. 372 Abs. 1 OR). Ausserdem wird aufgezeigt, dass die Beklagte aufgrund einer konkludenten Zahlung das Werk abgenommen hat. Schliesslich wird dargelegt, dass der Beklagten weder gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR, noch auf Art. 368 Abs. 1 OR ein Rücktrittsrecht zusteht. 51

Eventualiter wird die Klägerin aufzeigen, dass ihr gemäss Art. 18.3 Lieferungsvertrag die ihr bis zum Zeitpunkt der Beendigung zustehenden Zahlungen zu überweisen sind. 52

2. Erfüllung des Vertrages durch Herstellung des vertragsgemässen Werks

2.1. Voraussetzungen

Beim Werklieferungsvertrag ist, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 365 Abs. 1 OR), bei Mangelhaftigkeit des Werkes nicht Kaufrecht, sondern Werkvertragsrecht anzuwenden (GAUCH, N 123). Ein Werkvertrag gilt als erfüllt, wenn das Werk gemäss den vertraglich vereinbarten Voraussetzungen hergestellt und abgenommen worden ist (GAUCH, N 86). Die Beklagte bestreitet aufgrund der von ihr behaupteten schwerwiegenden konzeptionellen Mängel die Abnahme des erstellten Werkes. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Abnahme aus verschiedenen Gründen erfolgt ist. 53

2.2. Erfüllte Leistungsgarantie

Unbestritten ist, dass die Kalttests erfolgreich absolviert worden sind (Beilage K-2 und Beilage B-1). Art. 8.3 Lieferungsvertrag besagt, dass die Abnahme erfolgt, wenn die Leistungsgarantie gemäss Annex III erfüllt worden ist. Annex III sieht vor, dass die Leistungsgarantie bei Erbringung einer Durchschnittsleistung von 5.0 Tonnen pro Stunde erreicht wird. Aus dem Verfahrensbeschluss Nr. 4 Ziff. 5 geht hervor, dass die Maschine zwischenzeitlich eine Leistung von 5.4 Tonnen pro Stunde erbrachte. Somit ist die Leistungsgarantie gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag erreicht worden und die Abnahme als erfolgt zu betrachten. 54

Falls sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, dass auch die Einspeisung von 40 Tonnen Rohmaterial eine Leistungsgarantie darstellt, verkennt sie, dass Art. 8.3 Lieferungsvertrag 55

lediglich auf Annex III verweist, welcher wiederum nur die Leistung von 5.0 Tonnen pro Stunde als Leistungsgarantie vorsieht. Damit stellt die in Annex I Ziff. 3.3.1 genannte Einspeisung von 40 Tonnen keine zu erreichende Leistungsgarantie dar.

2.3. Fehlendes Verschulden der Klägerin

Gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag gilt die Abnahme ebenfalls als erfolgt, wenn aus Gründen, für welche die Klägerin nicht verantwortlich ist, die Leistungstests bis zum Ende der geplanten Inbetriebnahme oder innerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten dieses Vertrages nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten, je nachdem, was früher eintritt. 56

Der Lieferungsvertrag wurde am 22. Oktober 2009 geschlossen. Der erste Inbetriebnahmeversuch fand am 9. Juni 2010 statt. Dieser scheiterte aufgrund der Verwendung nicht vertragskonformen Glases (Beilage K-2). Da die Beklagte für die Lieferung des Rohmaterials zuständig ist, trifft die Klägerin kein Verschulden. In einem solchen Fall kann die Beklagte zwei weitere Inbetriebnahmeversuche verlangen (Annex III Ziff. 5.2.1). Weiter ist in einem solchen Fall die Beklagte verpflichtet, alle nötigen Schritte zu unternehmen, um die Ursachen für das Scheitern zu beheben. Dies hat die Beklagte offensichtlich nicht getan, da beim zweiten Inbetriebnahmeversuch wiederum nicht vertragskonformes Glas verwendet worden ist. Auch hier trifft die Klägerin kein Verschulden. In diesem Falle hätte die Beklagte wiederum das Recht gehabt, einen dritten und letzten Inbetriebnahmeversuch anzuordnen. Dies hat sie jedoch nicht getan, sondern ist mit Schreiben vom 7. März 2011 vom Lieferungsvertrag zurückgetreten. Daher greift Annex III Ziff. 5.2.1. Dieser besagt, dass das Werk als abgenommen gilt, wenn der letzte Inbetriebnahmeversuch aus Gründen, welche die Klägerin nicht zu vertreten hat, gescheitert ist. Da die Klägerin sich nie ein Verschulden hat zukommen lassen, gilt die Abnahme i.S.v. Art. 8.3 Lieferungsvertrag als erfolgt. 57

2.4. Absehen von der Konventionalstrafe als Ausdruck des fehlenden Verschuldens

Die Klägerin hat alle vertraglichen Leistungspflichten erfüllt. Dies zeigt sich an der fehlenden Geltendmachung der Konventionalstrafe durch die Beklagte. Art. 9.2 Lieferungsvertrag sieht nämlich vor, dass die Beklagte die Konventionalstrafe geltend machen muss, falls sie nachweisen kann, dass die Leistungsverpflichtungen aufgrund von Sachverhalten, welche der Klägerin zuzurechnen sind, nicht erreicht werden konnten. Da die Beklagte, wie bereits erwähnt, keine Konventionalstrafe geltend macht, ist anzunehmen, dass sie der Klägerin weder eine Pflichtwidrigkeit noch ein Verschulden vorwerfen kann. 58

Darüber hinaus hätte die Beklagte sowieso keine Konventionalstrafe geltend machen können, da gemäss Art. 9.4 des Lieferungsvertrages eine solche nur ausgesprochen werden kann, wenn alle Verpflichtungen von beiden Parteien vollständig erfüllt worden sind. Da die Beklagte 59

nicht vertragskonformes Glas verwendet hat, besteht von vornherein kein Anspruch auf Zahlung einer Konventionalstrafe.

3. Abnahme des Werkes durch konkludentes Verhalten

Die Annahmeerklärung kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen (HUGUENIN, 60 OR AT, N 228). Durch das vorbehaltlose Bezahlen der Rechnung vom 16. Juni 2011 (Beilage K-4, K-5) hat die Beklagte konkludent zu verstehen gegeben, dass die Inbetriebnahme beendet worden ist. Denn gemäss Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag werden die Rechnungen erst nach der Inbetriebnahme geschuldet, welche nach Art. 8 Lieferungsvertrag zu erfolgen hat. Die Einwendung der Beklagten, sie habe die Zahlung auf Ersuchen der Klägerin hin geleistet, entbehrt jeglicher Grundlage. Die Beklagte stützt ihre Behauptung durch keinen einzigen Beweis. So findet sich insbesondere in ihrer Gutschriftanzeige (Beilage K-4) kein entsprechender Zahlungsvermerk, der auf eine andere Absicht als die Zahlung einer fälligen Rate schliessen lässt. Ferner verweist die Klägerin in ihren Zahlungsaufforderungen (Beilage K-5) jeweils darauf, dass gegen die Rechnung Reklamationen innert acht Tagen nach Erhalt der Rechnung zu erfolgen haben. Die Beklagte hat solche Reklamationen in der dafür vorgesehenen Zeitspanne allerdings nie vorgebracht. Daher gilt auch deswegen das Werk als abgenommen.

4. Fazit

Da alle Kriterien aus Art. 8.3 Lieferungsvertrag erfüllt wurden, ist *die Abnahme als erfolgt* zu 61 betrachten. Die Klägerin hat ein *vertragsgemässes Werk gemäss Art. 363 OR erstellt und ist gemäss Art. 372 Abs.1 OR berechtigt die Vergütung in Höhe von CHF 3'500'000, inklusive Zins zu fordern.*

B. Kein Anspruch auf Rückzahlung der CHF 500'000.- der Beklagten

1. Ausgangslage

Die Beklagte stützt ihren Rücktrittsanspruch auf Art. 366 Abs. 1 OR bzw. Art. 368 62 Abs. 1 OR. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass der Beklagten ein solches Recht nicht zusteht.

2. Kein Rücktritt gestützt auf Art 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR

Der begründete Anspruch der Klägerin auf Leistung der Vergütung schliesst die Forderung 63 der beklagten Partei auf Rückerstattung der geleisteten Zahlungen aus. Für den Fall, dass das Gericht den Anspruch der Klägerin verneinen sollte, wird dargelegt, wieso die Beklage weder gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR noch gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR zurücktreten kann.

2.1. Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR

2.1.1. Verschulden der Beklagten

Die Beklagte macht geltend, sie habe gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR das Recht vom Vertrag 64 zurückzutreten. Dem Besteller (i.c. Beklagte) steht ein Rücktrittsrecht zu, falls der Unterneh-

mer (i.c. Klägerin) bis zum vereinbarten Abgabetermin das Werk nicht rechtzeitig fertiggestellt hat (GAUCH, N 668; HUGUENIN, OR BT, N 629). Dieser Artikel setzt jedoch voraus, dass kein Verschulden des Bestellers vorliegt, sondern der Unternehmer mit der Fertigstellung des Werkes in objektiv pflichtwidriger Weise so im Rückstand sein muss, dass die rechtzeitige Fertigstellung nicht mehr vorauszusehen ist (HUGUENIN, OR BT, N 628). Da sich i.c. die Vertragserfüllung gerade aufgrund des Umstandes verzögert, dass die Beklagte nicht vertragskonformes Glas verwendet hat, trifft sie ein Verschulden. Schon deswegen kann sich die Beklagte nicht auf Art. 366 Abs. 1 OR berufen. Alternativ werden noch die weiteren Voraussetzungen geprüft.

2.1.2. Unvorhersehbarkeit der rechtzeitigen Erfüllung

In Art. 366 Abs. 1 OR wird ferner verlangt, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes so sehr im Rückstand liegen muss, dass die rechtzeitige Vollendung des Werkes nicht mehr vorauszusehen ist. Dieses Argument macht die Beklagte hauptsächlich geltend. Sie stützt sich bezüglich der Unvorhersehbarkeit der rechtzeitigen Erfüllung auf das Vorliegen von unbehebba- ren konzeptionellen Mängeln. Gemäss Ziff. 5.2.1 des Annex III hatte die Beklagte gesamthaft gesehen einen Anspruch auf drei Testläufe. Sie hat jedoch nur von zweien Gebrauch gemacht. Es kann also keine Rede davon sein, die vertragskonforme Fertigstellung des Werkes sei nicht mehr vorauszusehen gewesen, da die Beklagte noch nicht alle Testmöglichkeiten ausgeschöpft hat. Darüber hinaus stellt sich die Frage, warum die Beklagte nicht gleich nach dem von ihr behaupteten, gescheiterten, zweiten Inbetriebnahmeversuch am 29. November 2010 den Rücktritt vom Vertrag bekannt gegeben hat, sondern erst gut drei Monate später, nämlich am 7. März 2011.

2.1.3. Kein Verzug der Klägerin

Art. 366 Abs. 1 OR gilt als Ergänzung zu den allgemeinen Verzugsbestimmungen nach Art. 107 ff. OR (HUGUENIN, OR BT, N 630; SCHMID/STÖCKLI, OR BT, N 1707). Somit muss der Besteller dem Unternehmer zuerst eine angemessene Frist ansetzen, während dieser dem Letzteren die Möglichkeit geben muss, das Werk doch noch zu vollenden (SCHMID/STÖCKLI, OR BT, N 1707; GAUCH, N 675). Die Beklagte hat jedoch der Klägerin nie offiziell eine Nachfrist gesetzt. Ausserdem besteht noch eine Möglichkeit, das Werk fertig zu stellen. Es greift Art. 3.2 des Lieferungsvertrages, welcher besagt, dass bei Verzögerungen oder sonstiger Nichteinhaltung der Verpflichtungen der Beklagten die Klägerin das Recht hat, eine Verlängerung des Terminplans zu verlangen. Da die Beklagte durch die wiederholte Verwendung von falschem Glas ihre Verpflichtungen nicht eingehalten hat, steht der Klägerin weiterhin ein Anspruch auf Verlängerung des Terminplans zu. Es liegt somit kein Verzug vor.

2.1.4. Zwischenfazit

Da all diese verschiedenen Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR nicht gegeben sind, liegt nicht etwa ein Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR, sondern vielmehr ein solcher nach Art. 377 OR vor. Dieser verpflichtet den zurücktretenden Besteller (i.c. die Beklagte) zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers (i.c. die Klägerin) (SCHMID/STÖCKLI, OR BT, N 1707; BGE 98 II 113, E. 2). Die Beklagte hat daher bezüglich dieses Punktes keinen Anspruch auf den von ihr geltend gemachten Betrag. Vielmehr steht der Klägerin eine weitere Anspruchgrundlage auf Zahlung des Kaufpreises zu.

2.2. Kein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR

2.2.1. Voraussetzungen

Die Beklagte macht geltend, ihr stehe ein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR zu. Das Rücktrittsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR ist an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Vorliegend sind insbesondere die Mangelhaftigkeit des Werkes und das Selbstverschulden der Beklagten von Bedeutung.

2.2.2. Kein Vorliegen von Mängeln

Die Beklagte kann ihr Rücktrittsrecht nur geltend machen, falls das Werk mangelhaft ist. Ein Werk ist mangelhaft, wenn im Vertrag zugesicherte, nach dem Vertrauensschutzprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen, oder sonst eine Nichtübereinstimmung des abgelieferten mit dem versprochenen Werk vorliegt. (ZINDEL/PULVER, BSK-OR, Art. 368, N 9; SCHMID/STÖCKLI, OR BT, N 1732; GAUCH, N 1355 ff.; HUGUENIN, OR BT, N 637; BGE 114 II 239 E. 5, BGE 100 II 30 E. 2). Die Beklagte begründet ihren Rücktritt jeweils mit dem Vorliegen von konzeptionellen Mängeln, welche nie konkretisiert werden. An dieser Stelle soll nachgewiesen werden, dass keine konzeptionellen Mängel vorliegen.

Die Argumentation der Beklagten erweckt den Anschein, sie habe keine Kenntnis gehabt, wie die Maschine genau beschaffen sein würde und unter welchen Gegebenheiten sie am besten funktioniere. Jedoch war sie bei jedem konzeptionellen Planungsschritt mit einbezogen. Dies geht aus dem Terminplan (Annex II) hervor, wenn es dort heisst, es benötige jeweils die Zustimmung der Beklagten *zum Entwurf, zur technischen Grobplanung und zur technischen Detailplanung*, welche von der Klägerin vorgenommen wurden. Somit war die Beklagte bezüglich Planung und Konzeption der Maschine immer auf dem neusten Stand. Sie musste zudem zu jedem dieser Schritte ihre Zustimmung geben. Falls sie also ernsthaft Zweifel an der Funktionstüchtigkeit gehabt hätte, hätte sie diese bereits viel früher vorbringen können und müssen.

Im Rahmen der Kaltinbetriebnahme wurden die einzelnen Teile des Glasbrechersystems, ihre Verbindung untereinander, sowie ihre Verbindung zu den restlichen Maschinen geprüft (Annex I, Ziff. 3.2). Das Protokoll über die Montage und die erste Inbetriebnahme bestätigt den Aufbau des Glasbrechersystems nach Plan und eine gelungene Kaltinbetriebnahme (Beilage K-2). 71

In Ziff. 4 des Schreibens vom 17. Mai 2011 behauptet die Beklagte, dass sich bei beiden Inbetriebnahmeversuchen grundlegende konzeptionelle Mängel des Glasbrechersystems gezeigt hätten. Die Probleme beim ersten Inbetriebnahmeversuch sind nachweislich darauf zurückzuführen, dass ein Glasstück eingeführt wurde, das nicht den vertraglich vereinbarten Abmessungen aus Annex III Ziff. 6.1 entsprach. Ausserdem wurde nachweislich Glas verwendet, das nicht das vertragsgemässe spezifische Gewicht aufwies (Beilage K-2). Aus dem Inbetriebnahmeprotokoll 2 (Beilage B-1) und dem Verfahrensbeschluss Nr. 4 Ziff. 5 geht hervor, dass die Maschine auch bei voller Belastung sehr gut funktioniert hat. Es kann in keiner Weise von nicht behebbaren konzeptionellen Mängeln gesprochen werden. Sämtliche während dem Test entstandenen Probleme sind auf das von der Beklagten zur Verfügung gestellte Glas zurückzuführen, welches allem Anschein nach bei beiden Inbetriebnahmeversuchen nicht den vertraglichen Anforderungen entsprach. 72

2.2.3. Selbstverschulden der Beklagten

Die Beklagte kann ihr Rücktrittsrecht nur geltend machen, wenn ihr kein Verschulden vorgeworfen werden kann (Art. 369 OR). Art. 369 OR besagt, dass die Mängelrechte des Bestellers aus Art. 368 Abs. 1 OR dahinfallen, falls er Weisungen erteilt und dadurch ausdrückliche Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung missachtet, oder auf andere Weise die Mängel selber verschuldet hat. Das Selbstverschulden i.S.v. Art 369 OR liegt dann vor, wenn die Verursachung des Werkmangels ausschliesslich dem Besteller zuzuordnen ist (HUGUENIN, OR BT, N 634; GAUCH, N 1916; ZINDEL/PULVER, BSK-OR, Art. 369, N 3; BGE 116 II 454 E. 3). Nach dem ersten Inbetriebnahmeversuch wurde festgestellt, dass das verwendete Glas nicht den Vertragsvorgaben entsprach. Da die Beklagte gemäss Art. 8.2 Lieferungsvertrag alleine für die Bereitstellung der benötigten Rohstoffe zuständig ist, kann einzig ihr das Verschulden angelastet werden. Darüber hinaus hätte die Beklagte spätestens nach dem ersten Inbetriebnahmeversuch einsichtig werden müssen, dass sie vertragskonformes Glas zu verwenden habe. Dies hat sie nachweislich nicht getan, weshalb auch der zweite Inbetriebnahmeversuch scheiterte. Somit sind die Probleme, die bei beiden Inbetriebnahmeversuchen aufgetreten sind, der Beklagten zur Last zu legen. Daher kann die Beklagte kein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR geltend machen. 73

2.2.4. Zwischenfazit

Die Beklagte kann sich aus den erwähnten Gründen nicht auf schwerwiegende konzeptionelle Mängel berufen, da solche nicht vorliegen und die Beklagte zudem ein Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR trifft. Somit kann sich die Beklagte nicht auf den Rücktritt gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR berufen. 74

2.3. Fazit

Der Beklagten steht aufgrund der gemachten Ausführungen (vgl. Rz. 67 und 74) kein Rücktrittsrecht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR und Art. 368 Abs. 1 OR zu. 75

3. Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR

3.1. Fehlen von erheblichen Mängeln

Weiter möchte die Beklagte mittels Art. 368 Abs. 1 OR eine Wandlung vornehmen. Dieses Recht steht nur zur Verfügung, falls erhebliche Mängel vorliegen, sodass die Abweichung des Werks vom Vertrag so stark ist, dass es für den Besteller unbrauchbar ist und ihm die Annahme nicht zugemutet werden kann (SCHMID/STÖCKLI, OR BT, N 1773). Um zu bestimmen, ob eine solche Unzumutbarkeit vorliegt, muss eine Abwägung der Parteiinteressen unter umfassender Würdigung der konkreten Umstände vorgenommen werden. Ausgangspunkt ist dabei die Art und das Ausmass des Mangels (HUGUENIN, OR BT, N 643; GAUCH, N 1559 ff.). Im Grundsatz vertritt die Klägerin die Ansicht, dass die Maschine mängelfrei ist und nicht vom Vertrag abweicht, sondern die aufgetretenen Probleme der Beklagten anzulasten sind. Kein Mangel bildet ein Werk, das wegen Verzugs des Unternehmers nicht fertiggestellt wurde (BGE 116 II 450 E. 2b). Da das Werk nach Meinung der Beklagten gemäss Ziff. 5.2.1 des Annex III noch nicht abgenommen ist, könnte noch ein Inbetriebnahmeversuch verlangt werden. Daher ist es streitig, ob überhaupt schon Verzug vorliegt (vgl. Rz. 66). 76

Kommt das Gericht zu einem anderen Schluss, indem es Mängel als gegeben betrachtet, ist immerhin festzustellen, dass das Glasbrechersystem im ersten Inbetriebnahmeversuch 4.0 Tonnen pro Stunde erreicht hat (Beilage K-2). Dieser Wert entspricht 80% der vertragsgemässen Leistung. Die Maschine ist also sehr wohl im Stande, die geforderte Leistung zu erbringen, wie sich auch aus dem zweiten Inbetriebnahmeversuch (Beilage B-1; Verfahrensbeschluss Nr. 4, Ziff. 5) gezeigt hat. Somit besteht mit Sicherheit kein schwerwiegender Mangel, der eine Unzumutbarkeit der Annahme begründen würde. 78

3.2. Geltendmachung von Art. 369 OR

Sollte das Gericht das Vorliegen von erheblichen Mängeln bejahen, verweist die Klägerin auf die obigen Ausführungen zu Art. 369 OR (Rz. 73). 79

3.3. Keine substantiierte Mängelrüge

Die Beklagte stützt sich hauptsächlich auf das Argument, es hätten schwerwiegende, nicht behebbar konzeptionelle Mängel an der Maschine bestanden, welche ein reibungsloses Funktionieren verunmöglicht hätten (Ziff. 4 ff. Schreiben vom 17. Mai 2011). 80

Bei einem abgelieferten Werk, muss der Besteller gemäss Art. 367 Abs. 1 OR die Sache unverzüglich auf Mängel untersuchen und Mängelrüge erheben. Falls es sich um versteckte Mängel handelt, müssen diese sofort nach deren Entdeckung der anderen Partei mitgeteilt werden (Art. 370 Abs. 3 OR). I.c. hat die Beklagte Mängel an der Maschine geltend gemacht, wie aus dem Verfahrensbeschluss Nr.4 Ziff. 11. und aus dem Kündigungsschreiben vom 7. März 2011 (Beilage B-2) zu entnehmen ist. Weiter müssen die Mängel genug substantiiert sein, d.h. sie sollten nach Umfang, Art und Ort möglichst genau beschrieben werden (HUGUENIN, OR BT, N 640; ZINDEL/PULVER, BSK-OR, Art. 367, N 18 ff.; BGE 107 II 172 E. 1a). Die Beklagte behauptet im Kündigungsschreiben vom 7. März 2011 (Beilage B-2), dass sie die Mängel genau bezeichnet habe und diese der Klägerin bekannt wären. Jedoch geht nirgends aus ihren Unterlagen hervor, welche Mängel sie genau rügen möchte. Sie pauschalisiert lediglich das Bestehen irgendwelcher Mängel. Weiter fragt sich, wieso die Beklagte so lange zugewartet hat, diese Mängel definitiv geltend zu machen, und sie als Kündigungsgrund zu verwenden. Hier kommt der Verdacht auf, dass sie einen Grund gesucht hat, um eine Kündigung plausibel erscheinen zu lassen. Das lange Warten deutet darauf hin, dass die Beklagte wusste, dass die Mängel nicht von der Klägerin verursacht worden waren, sondern durch ihr eigenes Verschulden. Da die Mängelrügen von der Beklagten nicht genug substantiiert vorgebracht worden sind, kann sie sich nicht auf deren Vorbringen bzw. Art. 368 Abs. 1 OR berufen. 81

3.4. Fazit

Die Beklagte kann gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR keine Wandelung gelten machen, da weder erhebliche Mängel vorliegen, noch eine substantiierte Mängelrüge von ihr vorgebracht worden ist. Die Berufung auf Art. 368 Abs. 1 OR ist ausserdem aufgrund von Art. 369 OR nicht zulässig, da die Beklagte ein Verschulden am Scheitern der Inbetriebnahmeversuche trifft. 82

C. Eventualbegehren

Falls das Gericht mit den oben genannten Ausführungen nicht übereinstimmt, beantragt die Klägerin, dass die Beklagte aufgrund von Art. 18.3 des Lieferungsvertrages die bisher ausgestellten Rechnungen gemäss Rechtsbegehren Nr. 3 zu bezahlen hat. 83

IV. GESAMTFAZIT

Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Beklagte zur Zahlung ihres Anteiles am Kostenvorschuss von CHF 125'000.-, gestützt auf Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules zu verpflichten ist. 84

Im Falle einer Abweisung dieses Begehrens durch das Schiedsgericht steht der Klägerin gestützt auf einen Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR) ein Rückerstattungsanspruch auf die von ihr übernommenen beklagtischen Vorschusskosten zu. 85

Des Weiteren ist die Beklagte zur Vorlegung, der von der Klägerin verlangten Dokumente (Schrottglasslieferungsvertrag, E-Mail-Korrespondenz) verpflichtet. Dies ergibt sich aus Art. 3 Ziff. 4 i.V.m. Art. 3 Ziff. 7 Satz 4 IBA-Rules und aus der ergänzenden vertraglichen Verpflichtung der Beklagten (vgl. Art. 11.2 Lieferungsvertrag i.V.m. Beilage B-1). 86

Weiter ist festzuhalten, dass die Klägerin den Lieferungsvertrag erfüllt hat, das Werk von der Beklagten abgenommen worden ist und ihr deshalb eine Vergütung von CHF 3'500'000.- gemäss Art. 372 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 363 OR zusteht. Darüber hinaus hat die Beklagte aufgrund ihres Rücktrittes vom Lieferungsvertrag die Klägerin gemäss Art. 377 OR vollständig schadlos zu halten. 87

Die Beklagte kann ihren Rücktritt nicht auf Art. 366 Abs. 1 OR und Art. 368 Abs. 1 OR stützen, da die entsprechenden Voraussetzungen nicht gegeben sind, sie insbesondere ein Selbstverschulden am Scheitern der beiden Inbetriebnahmeversuche trifft. Deswegen kann sie die geforderten CHF 500'000.- nicht geltend machen. 88

Letztlich steht der Beklagten kein Wandelungsrecht gemäss Art. 368 Abs. 1 OR zu, weil sie ein Selbstverschulden trifft und die Mängel nicht substantiiert gerügt hat. 89

Abschliessend bitten wir Sie höflich, uns zur Verhandlung vorzuladen und verbleiben mit vorzüglicher Hochachtung

[Unterschrift]