

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

Vertreten durch Moot Court Team 3  
Cagri Demir  
Johanna Hug  
Andreas Mikos  
Thomas Schoch

**per E-Mail**  
Zürcher Handelskammer  
Bleicherweg 5  
Postfach 3058  
CH-8022 Zürich  
lst.huguenin@rwi.uzh.ch

15. Dezember 2011

## **Klageschrift**

**Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011**

In Sachen

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

vertreten durch das Moot Court Team 3

**Klägerin**

gegen

**Brunner Recycling AG**  
Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

vertreten durch das Moot Court Team [...]

**Beklagte**

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Frist folgende

## **Rechtsbegehren**

- "1. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'500'000.- zu bezahlen,*
  - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. August 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
  - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. September 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
  - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. Oktober 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
  - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 19. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
  - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 20. Dezember 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-;*
  - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 27. Januar 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-; und*
  - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Februar 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.-.*
  
2. *Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die ausstehenden Raten unter dem Vertrag über Lieferungen und Leistung vom 22. Oktober 2009 jeweils nach deren monatlicher Fälligkeit wie folgt zu begleichen:*
  - *CHF 100'000.- am 21. März 2011;*
  - *CHF 100'000.- am 21. April 2011;*
  - *CHF 100'000.- am 21. Mai 2011;*
  - *CHF 100'000.- am 21. Juni 2011;*
  - *CHF 100'000.- am 22. Juli 2011;*
  - *CHF 100'000.- am 21. August 2011;*
  - *CHF 100'000.- am 21. September 2011,*

*etc.*

3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*
4. *Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.*
5. *Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Schiedsgericht und der Klägerin folgende Dokumente (definiert durch die IBA-Regeln 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 Schrotthändler geschlossene Vertrag über die Lieferung von Schrottglase, 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.*
6. *Die Beklagte sei dazu zu verurteilen, dem Schiedsgericht innert einer von ihm zu bestimmenden Frist 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 Nr. 2 genannte Bankkonto zu bezahlen.*
7. *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.*
8. *Der Klägerin sei vorab, d.h. bis zum Entscheid über die zusätzlichen Rechtsbegehren Nr. 6 und Nr. 7, die Frist gemäss Ziffer 5 von Verfahrensbeschluss Nr. 2 zur Bezahlung des beklagtischen Kostenvorschussanteils von CHF 125'000.- abzunehmen."*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Rechtsbegehren.....</b>	<b>I</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>V</b>
<b>Entscheidverzeichnis.....</b>	<b>IX</b>
<b>Materialienverzeichnis.....</b>	<b>XII</b>
<b>1. Anspruch auf Leistung des Kostenvorschussanteils .....</b>	<b>1</b>
1.1. Ausgangslage.....	1
1.2. Kostenvorschuss .....	1
1.2.1. Höhe und Aufteilung des Kostenvorschusses .....	1
1.2.2. Häufige Teilung des Kostenvorschusses.....	2
1.3. Klage auf Leistung des Kostenvorschussanteils.....	3
<b>2. Rückerstattungsanspruch auf den Kostenvorschussanteil.....</b>	<b>4</b>
2.1. Ausgangslage.....	4
2.2. Entstehung einer Obligation .....	4
2.3. Rechtsvergleich .....	5
2.4. Analoge Anwendung von Art. 112 OR .....	5
<b>3. Vorlegungspflicht des Vertrages und der E-Mail-Korrespondenz.....</b>	<b>6</b>
3.1. Ausgangslage.....	6
3.2. Anwendung der IBA Rules.....	6
3.2.1. Vorlegen des Vertrages .....	6
3.2.2. Vorlegen des sämtlichen E-Mail-Verkehrs .....	8
3.3. Ausschliessliche Anwendung der Swiss Rules .....	10
3.3.1. Allgemein übliche Prinzipien.....	10
3.3.2. Vorlegen des Vertrages .....	11
3.3.3. Vorlegen des sämtlichen E-Mail-Verkehrs .....	11
3.3.4. Anspruch aus Vertrag.....	12
3.3.5. Anspruch auf rechtliches Gehör und Gleichbehandlung der Parteien .....	12

<b>4. Anspruch der Klägerin auf Leistung des Kaufpreises.....</b>	<b>12</b>
4.1. Ausgangslage .....	12
4.2. Anspruch gemäss Art. 365 Abs. 1 OR.....	13
4.2.1. Protokoll über Montage und Inbetriebnahme.....	14
4.2.2. Protokoll über 2. Inbetriebnahmeversuch .....	15
4.2.3. Einhaltung des Terminplanes .....	15
4.2.4. Beginn der Ratenzahlungen nach Montageende .....	16
4.2.5. Antizipierter Vertragsbruch.....	17
<b>5. Nichtbestehen des Rücktrittsrechts der Beklagten .....</b>	<b>18</b>
5.1. Ausgangslage .....	18
5.2. Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR .....	18
5.3. Gewährleistungspflichten .....	19
5.3.1. Vor Ablieferung des Werkes.....	19
5.3.2. Nach Ablieferung des Werkes.....	20
5.4. Beendigungsmöglichkeiten laut Lieferungsvertrag.....	20

## Literaturverzeichnis

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

[Rz. 2, 11, 43]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and domestic arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Bern 2010 (zit. BERGER/KELLERHALS, International and domestic arbitration).

[Rz. 15]

CRAIG W. LAURENCE/PARK WILLIAM W./PAULSSON JAN, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. Aufl., New York 2000 (zit. CRAIG/PARK/PAULSSON).

[Rz. 5, 11]

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

[Rz. 18]

FOUCHARD PHILIPPE/GAILLARD EMMANUEL/GOLDMAN BERTHOLD; Traité de l'arbitrage commercial international, Paris 1996 (zit. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN).

[Rz. 11]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH).

[Rz. 53, 57, 71]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 9. Aufl., Zürich 2009 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMENEGGER).

[Rz. 67]

HIRSCH ALAIN, Sentences arbitrales et actes de la procédure arbitrale, Extract of ICC Interim Award, 26 March 2002, ASA Bulletin 2003, 802-809 ff. (zit. HIRSCH).

[Rz. 18]

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Obligationenrecht Art. 1-529, Basel 2008 (zit. KK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 19, 60, 66, 74]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN)

[Rz. 10, 11]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN).

[Rz. 52, 56, 71, 74]

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

[Rz. 19, 67]

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

[Rz. 77]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. CHK-BEARBEITER/IN).

[Rz. 19, 72, 75]

KOSTKIEWICZ JOLANTA K./NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), OR  
Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Ulm 2009 (zit. OR  
Kommentar-BEARBEITER/IN).

[Rz. 73]

LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005 (zit. LIONNET/LIONNET).

[Rz. 12]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. POUDRET/BESSON).

[Rz. 15]

RAESCHKE-KESSLER HILMAR, Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren, in: BÖCKSTIEGEL (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Schriftenreihe der deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 14, Köln/Berlin/Bonn/München 2001 (zit. BÖCKSTIEGEL).

[Rz. 24, 31]

SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. SCHMID/STÖCKLI).

[Rz. 51]

SCHÜTZE A. ROLF (Hrsg.), Kommentar Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit 2. Aufl., Köln 2011 (zit. BEARBEITER/IN in SCHÜTZE).

[Rz. 18, 40, 43]

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

[Rz. 6]



TIEF JULIA, Discovery und Informationspflichten der Parteien in der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in: Labes (Hrsg.), Schriftenreihe der August Maria Berges Stiftung für Arbitrales Recht, Band 6, Frankfurt am Main 2000 (zit. TIEF).  
[Rz. 30]

TORGLER HELLWIG, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Wien 2007 (zit. BEARBEITER/IN in TORGLER).  
[Rz. 12]

VARGA ISTVAN, Beweiserhebung in transatlantischen Schiedsverfahren, Schriften des Rechtszentrums für Europäische und Internationale Zusammenarbeit Band 28, Baden-Baden 2006 (zit. VARGA).  
[Rz. 24]

WEIDT HEINZ, Antizipierter Vertragsbruch, Tübingen 2008 (zit. WEIDT).  
[Rz. 67]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. BEARBEITER/IN in ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER).  
[Rz. 5, 16, 40, 42, 43]

## Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
12. März 2003

BGer 4P.2/2003

[Rz. 5, 15]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
10. Juni 2003

BGer 4P.263/2002

[Rz. 7]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
08. November 1985

BGE 111 Ia 259

[Rz. 10]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
18. Februar 1983

BGE 109 Ia 81

[Rz. 10]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
10. Mai 1982

BGE 108 Ia 197

[Rz. 10]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
2. Juni 2004

BGer 4P.64/2004

[Rz. 48]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
7. Dezember 2010  
BGer 4A\_494/2010  
[Rz. 53]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
4. Februar 2004  
BGer 4C.301/2003  
[Rz. 60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
23. November 1989  
BGE 115 II 456  
[Rz. 60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
29. April 1987  
BGE 113 II 264  
[Rz. 60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
23. Juni 2004  
BGer 4C.58/2004  
[Rz. 67]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
11. Januar 2001  
BGer 4C.279/2000  
[Rz. 67]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
28. Juli 2000  
BGer 4C.159/1999  
[Rz. 73]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
20. Februar 2006  
BGer 4C.217/2005  
[Rz. 77]

Teilentscheid im ICC-Verfahren vom  
27. März 2001  
N. 10526  
[Rz. 11]

## **Materialienverzeichnis**

1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (zit. IBA Working Party & Subcommittee).

[Rz. 30]

## **1. Anspruch auf Leistung des Kostenvorschussanteils**

### 1.1. Ausgangslage

- 1 Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit zwischen der Bietmann Industrieanlagen AG (nachfolgend „Klägerin“) mit Sitz in Berlin (Deutschland) und der Brunner Recycling AG (nachfolgend „Beklagte“) mit Sitz in Baar/ZG (Schweiz). Die Streitigkeit bezieht sich auf den „Vertrag BRAG 22102009 über Lieferungen und Leistungen“ (nachfolgend „Lieferungsvertrag, Beilage K-1), welchen die Parteien am 22. Oktober 2009 miteinander abgeschlossen haben. Art. 12.1 des Lieferungsvertrages (K-1) erklärt die Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern vom 1. Januar 2004 (nachfolgend „SchO“) für anwendbar. Nach Art. 1 Abs. 2 IPRG gehen Staatsverträge dem nationalen Recht grundsätzlich vor. Sowohl Deutschland als auch die Schweiz sind Parteien des Lugano-Übereinkommens. Da dieses nach Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 LugÜ jedoch nicht auf die Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar ist, kommt gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. e IPRG trotzdem das 12. Kapitel des IPRG zur Anwendung.

### 1.2. Kostenvorschuss

- 2 Es ist üblich, dass das Schiedsgericht die Parteien zu Beginn des Verfahrens auffordert, für die Honorare und Auslagen seiner Mitglieder einschliesslich der Kosten für Expertisen und andere in Anspruch genommene Unterstützung (Verfahrenskosten) angemessene Vorschüsse zu leisten (BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit, N 1443). Dies hat das Schiedsgericht vorliegend auch getan (Ziff. 12 des Konstituierungsbeschlusses und Verfahrensbeschlusses Nr. 1). Die Kompetenz des Schiedsgerichts für diese Einforderung ergibt sich aus der SchO, da die Parteien diese in Art. 12.1 des Lieferungsvertrages (K-1) für anwendbar erklärt haben [Rz. 1] (vgl. BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit, N 1444).

#### 1.2.1. Höhe und Aufteilung des Kostenvorschusses

- 3 Nach Art. 41 Abs. 1 SchO soll das Schiedsgericht, „nachdem es gebildet worden ist, jede Partei auffordern, einen gleichen Betrag als Vorschuss für die Kosten nach Artikel 38, Buchstaben a), b), c) und f) zu hinterlegen. [...]“. Die Höhe des Kostenvorschusses ergibt sich somit aus Art. 38 i.V.m. Art. 39 SchO und muss sich im Rahmen der Kostenordnung gemäss Appendix B halten.
- 4 In der Einleitungsanzeige vom 11. März 2011 macht die Klägerin den fälligen Betrag von CHF 3'500'000.- gegenüber der Beklagten geltend (Rechtsbegehren Nr. 1). Die Beklagte wiederum macht in der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage vom 17. Mai 2011 einen Betrag von CHF 500'000.- geltend. Der Streitwert beträgt in casu gemäss Abschnitt 2.4 i.V.m. Abschnitt 2.5 Appendix B CHF 4'000'000.- (vgl. Ziff. 4 Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1). Zählt man die Verwaltungskosten i.S.v. Art. 38 Abs. 1 Bst. f) und die

Schiedsgerichtshonorare i.S.v. Art. 38 Abs. 1 Bst. a) SchO zusammen, resultiert nach Appendix C ein Kostenrahmen von CHF 102'000.- bis CHF 383'000.-.

#### 1.2.2. Häufigte Teilung des Kostenvorschusses

- 5 Das Schiedsgericht hat einen Kostenvorschuss von CHF 250'000.- festgesetzt (Ziff. 12 des Konstituierungsbeschlusses und Verfahrensbeschlusses Nr. 1). Dieser Betrag erscheint im Lichte des oben aufgeführten Kostenrahmens [Rz. 4] gerechtfertigt. Die Beklagte bestreitet die Höhe und die Aufteilung des Kostenvorschusses auf die Parteien (Schreiben vom 13. September 2011). Aus dem gleichen Schreiben geht hervor, dass sie aufgrund dessen nicht bereit ist, ihren Kostenvorschussanteil in der Höhe von CHF 125'000.- zu bezahlen. Die Unterzeichnung des Liefervertrages (K-1), welcher in Art. 12.1 ausdrücklich auf die SchO verweist, gilt jedoch als Zustimmung zur hälftigen Kostenvorschussteilung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 SchO (vgl. STACHER in ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 41 N 8; vgl. CRAIG/PARK/PAULSSON, §14.02, S. 263). Gemäss Art. 182 Abs. 3 IPRG muss das Schiedsgericht unabhängig vom gewählten Verfahren „in allen Fällen die Gleichbehandlung der Parteien [...] gewährleisten“. An diesen unumstrittenen Grundsatz hat sich das Schiedsgericht auch in seiner Entscheidungskompetenz bezüglich dem Konzept der Bevorschussung der Tätigkeit der Schiedsrichter zu halten (vgl. BGer vom 12.03.2003, 4P.2/2003 E. 3.2).
- 6 Des Weiteren wird eine hälftige Teilung des Kostenvorschusses auch im Schweizerischen Zivilprozessrecht als Ausfluss des Gleichbehandlungsgrundsatzes i.S.v. Art. 373 Abs. 4 ZPO (ZPO Kommentar-MÜLLER, Art. 378 N 13) verstanden.
- 7 Das Bundesgericht hat in BGer 4P.263/2002 E. 5.4 festgehalten, dass „dans la procédure arbitrale, les avances de frais ne servent pas à assurer les intérêts des parties comme devant les tribunaux étatiques, mais visent essentiellement à garantir les honoraires des arbitres [...]“. Die Beklagte kann darum nicht erwarten, dass die unterschiedlichen Streitwerte (der Klage bzw. der Widerklage) berücksichtigt werden, wie von ihr im Schreiben vom 13. September 2011 beantragt wurde, da der Kostenvorschuss nicht den Interessen der Parteien zu dienen hat. Überdies geht aus der Nichtbeachtung (Verfahrensbeschluss Nr. 2 und Nr. 3) des Antrags der Beklagten (im Schreiben vom 13. September 2011) um Änderung der Kostenaufteilung durch das Schiedsgericht hervor, dass an der hälftigen Teilung des Kostenvorschusses i.S.v. Art. 41 Abs. 1 SchO festgehalten wird. Damit erübrigt sich eine Rechtfertigung der Nichtanwendung von Art. 41 Abs. 2 SchO, da diese im freien Ermessen des Schiedsgerichts liegt. Dieses hat sich durch die Nichtbeachtung des Antrags klar gegen eine solche anderweitige Aufteilung entschieden.

8 Ausserdem ist eine hälftige Kostenvorschusstragung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 SchO auch in anderen Schiedsgerichtsordnungen vorgesehen (vgl. Art. 41 Ziff. 1 UNCITRAL Rules, Art. 30 Ziff. 3 ICC Rules und Art. 70 lit. a WIPO). Aufgrund dessen kann die Aufteilung des Kostenvorschusses im vorliegenden Fall als allgemeingültig in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit angesehen werden.

### 1.3. Klage auf Leistung des Kostenvorschussanteils

9 Entgegen der Ansicht der Beklagten wurde der Kostenvorschuss daher weder künstlich hochgetrieben noch unrechtmässig aufgeteilt, sondern resultiert in diesem Umfang aus der rechtmässigen Anwendung der SchO und dem pflichtgemässen Ermessen des Schiedsgerichts [vgl. Rz. 3-8]. Die Klägerin bringt abgesehen von der Höhe und der Aufteilung des Kostenvorschusses keine anderen Gründe für das Unterlassen der Bezahlung ihres Kostenvorschussanteils hervor. Infolgedessen wird nun aufgezeigt, weshalb die Klägerin gegenüber der Beklagten einen klagbaren Anspruch auf Leistung ihres Anteils am Kostenvorschuss an das Schiedsgericht hat.

10 Laut Rechtsprechung des Bundesgerichts ist „[...] l'un des buts de l'arbitrage est de permettre une solution rapide des litiges, de sorte que les parties sont tenues par les règles de la bonne foi d'éviter tout ce qui pourrait retarder sans nécessité absolue le déroulement normal de la procédure arbitrale [...]“ (BGE 111 Ia 259 S. 262 E. 2a; 109 Ia 81 S. 83 E. 2a; 108 Ia 197 S. 201 E.3). Indem die Beklagte sich weigert, ihren Anteil des Kostenvorschusses zu bezahlen, handelt sie also pflichtwidrig, da sie nach dem Prinzip von Treu und Glauben alles zu unterlassen hat, was den „déroulement normal de la procédure arbitrale“ unnötig hemmen könnte. Ausserdem besteht die Pflicht, die Schiedsgerichtskosten anteilmässig zu finanzieren nicht nur dem Schiedsgericht gegenüber, sondern auch implizit im Verhältnis zwischen den Parteien selbst (vgl. BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 82).

11 Daher ist nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin ihre Liquidität während dem Schiedsverfahren stärker als die Beklagte zur Verfügung stellen und in höherem Masse als die Beklagte das Risiko tragen sollte, im Falle des Obsiegens ihren Rückerstattungsanspruch in einem beschwerlichen Vollstreckungsverfahren durchsetzen zu müssen (vgl. BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 82). Das Schiedsgericht soll vorweg mittels eines Teilscheids die Nichtbezahlung des Vorschusses beurteilen, da diese eine Verletzung einer eigenständigen vertraglichen Pflicht darstellt (vgl. BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit, N 1458; vgl. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, N 1254; vgl. Teilscheid im ICC-Verfahren Nr. 10526, ASA Bulletin 2001, 288 ff.). Der provisorische Charakter der Bevorschussung ist irrelevant: Indem sich die Beklagte weigerte, ihren Kostenvorschussanteil zu bezahlen, hat sie eine vertragliche Pflicht verletzt (vgl.



CRAIG/PARK/PAULSSON, §14.04, S. 268). Die Begleichung des Kostenvorschussanteils der Beklagten durch die Klägerin stellt für die letztere einen Schaden dar, der sich zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung durch die Beklagte bemessen lässt (CHF 125'000.-). Daher ist es belanglos, dass über die definitive Verteilung der Kosten erst nach Kenntnis des Ausgangs des Verfahrens entschieden wird (vgl. CRAIG/PARK/PAULSSON, §14.04, S. 268; vgl. BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit, N 1458).

- 12 In Deutschland wurde die Mitfinanzierung des Verfahrens im Sinne einer Prozessförderungspflicht durch die Unterzeichnung der Schiedsklausel schon gutgeheissen (vgl. HAHNKAMPER in TORGLER, S. 130 N 57). Nach deutschem Recht würde der Klägerin somit eine Klage gegen die Beklagte auf Zahlung des Kostenvorschussanteils vor einem staatlichen Gericht zustehen (vgl. LIONNET/LIONNET, S. 176).
- 13 *Ein klagbarer Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten muss im Lichte der Rechtsprechung, der Lehrmeinungen, des Rechtsvergleichs sowie der oben genannten Gründe bejaht werden.*

## **2. Rückerstattungsanspruch auf den Kostenvorschussanteil**

### 2.1. Ausgangslage

- 14 Besteht kein klagbarer Anspruch der Klägerin [Rz. 9 ff.], sieht sich die Klägerin dazu genötigt, den ganzen Kostenvorschuss zu bezahlen, um so eine Unterbrechung oder Einstellung des Schiedsverfahrens i.S.v. Art. 41 Abs. 4 SchO zu verhindern. Daher sei eventualiter festzustellen, dass die Klägerin bei einer Begleichung des beklagtischen Kostenvorschusses die Rückerstattung des bezahlten Anteils auf dem Klageweg zurückfordern kann. Der Klägerin wurde gemäss Ziff. 5 des Verfahrensbeschlusses Nr. 3 die Frist zur Bezahlung des beklagtischen Kostenvorschusses abgenommen.

### 2.2. Entstehung einer Obligation

- 15 Die Regelung über die Folgen der Nichtleistung von Kostenvorschüssen steht in der Autonomie der Parteien (BGer vom 12.03.2003, 4P.2/2003 E. 3.2.). Eine solche kann sich alsdann aus dem Verweis auf eine Schiedsordnung ergeben (BERGER/KELLERHALS, International and domestic arbitration, N 1449; vgl. POUURET/BESSON, N 593). Wie erwähnt [Rz. 1], haben die Parteien in Art. 12.1 des Lieferungsvertrages (K-1) auf die SchO verwiesen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 55 aSchO (heutiger Art. 41 SchO) „aus dem erörterten Sinn und Zweck der Vorschrift so zu verstehen, dass das Schiedsgericht darüber befinden kann, welche Folgen es der nicht fristgerechten Leistung eines Kostenvorschusses gibt.“ (BGer vom 12.03.2003, 4P.2/2003 E. 3.3).

16 Das Schiedsgericht hat in Ziff. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 2 (Kostenvorschuss) die Klägerin aufgefordert, auch den Kostenvorschussanteil der Beklagten zu bezahlen. Somit hat das Schiedsgericht die Bezahlung des gesamten Kostenvorschusses durch die Klägerin als Folge der Nichtbezahlung der Beklagten bestimmt. Die Beklagte wird dadurch aber nicht von ihrer Verpflichtung befreit, ihren Anteil des Vorschusses zu bezahlen (vgl. STACHER in ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 41 N 19). Vielmehr entsteht durch die Bezahlung des gesamten Kostenvorschusses eine Klage auf Rückerstattung („claim for reimbursement“). Die Zustimmung der Klägerin zur Schiedsvereinbarung gilt dabei als Grundlage der Klage. Die Bezahlung der weiteren CHF 125'000.- kann nicht als verfahrensrechtliche Pflicht oder Obliegenheit angesehen werden, sondern gilt vielmehr als eine Obligation zwischen den Parteien. Deswegen kann die Klägerin beim Schiedsgericht eine Rückerstattung beantragen („request“). Das Schiedsgericht ist für einen solchen Entscheid zuständig, welcher keine vorläufige Massnahme, sondern einen Schiedsspruch („award“) darstellt (vgl. STACHER in ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 41 N 20).

### 2.3. Rechtsvergleich

17 Ein Blick in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit untermauert einen solchen Regressanspruch, wie z.B. Art. 24 Ziff. 3 LCIA Rules: „In such circumstances, the party paying the substitute payment shall be entitled to recover that amount as a debt immediately due from the defaulting party.“

18 Auch gemäss den ICC Rules hat das Schiedsgericht die Möglichkeit, einen solchen Regressanspruch als vorläufigen Schiedsspruch zu erlassen (KONRAD/HUNTER in SCHÜTZE, VI. Kapitel: LCIA-Schiedsregeln IV. Einzelcommentierungen Art. 24; vgl. FAVRE-BULLE, ASA Bulletin 2001, 232). Solche vorläufigen Schiedssprüche werden regelmässig erlassen (KONRAD/HUNTER in SCHÜTZE, VI. Kapitel: LCIA-Schiedsregeln IV. Einzelcommentierungen Art. 24; vgl. HIRSCH, ASA Bulletin 2003, 807 ff.).

### 2.4. Analoge Anwendung von Art. 112 OR

19 Die Klägerin und die Beklagte haben im Art. 12.1 des Lieferungsvertrages (K-1) eine verbindliche Schiedsklausel eingefügt, welche bei „Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüchen aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag [...] durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern zu entscheiden ist“. Aufgrund dieser Schiedsvereinbarung entsteht durch die gesamte Kostenvorschusspflicht der Klägerin nach Art. 112 Abs. 1 OR ein unechter Vertrag zugunsten Dritter. Beim Vertrag zugunsten Dritter verspricht der Promittent dem Promissar eine Leistung an einen Dritten, wobei beim unechten Vertrag zugunsten Dritter einzig dem Promissar (Klägerin) – und nicht auch dem Dritten (Schiedsgericht) – ein Forderungsrecht bzw. Erfüllung der

Forderung zusteht (HUGUENIN, OR AT, N 1145). Da der Promissar frei über die Forderung verfügen kann, steht ihm u.a. die Möglichkeit offen, die Drittbegünstigung durch formfreie Mitteilung an den Promittenten (Beklagte) zu widerrufen und *die Leistung an sich selber zu verlangen* (CHK- REETZ/GRABER, Art. 112 N 21). Im Falle der Nichterfüllung stehen dem Promissar Schadensersatzansprüche gegenüber dem Promittenten zu (KK OR-LARDI/VANOTTI, Art. 112 N 5). Die gänzliche Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Klägerin liegt im Interesse beider Parteien, da die Klägerin dadurch eine Unterbrechung oder eine Einstellung des Schiedsverfahrens i.S.v. Art. 41 Abs. 4 SchO abwendet.

- 20 *Für den Fall, dass das Schiedsgericht das Rechtsbegehren Nr. 6 ablehnt, sei eventualiter ein Rückerstattungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten aus Obligation und aus unechtem Vertrag zugunsten Dritter festzustellen.*

### **3. Vorlegungspflicht des Vertrages und der E-Mail-Korrespondenz**

#### 3.1. Ausgangslage

- 21 Gemäss dem Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (Beilage K-2) hat die Beklagte für den Leistungstest eine falsche Glaszusammensetzung verwendet, welche zur Beschädigung des Dosierrichters führte. Die Frage nach der erneut falschen Glaszusammensetzung kann nur mit dem Vertrag zwischen der Beklagten und dem Glassammelungsunternehmen bzw. deren E-Mail-Korrespondenz beantwortet werden.

#### 3.2. Anwendung der IBA Rules

- 22 Das Schiedsgericht berücksichtigt die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (nachfolgend „IBA Rules“), sofern das IPRG und die Swiss Rules keine Bestimmungen zur Beweisaufnahme enthalten. Eine Abweichung von den IBA Rules hält sich das Schiedsgericht in Ziff. 7 des Konstituierungsbeschlusses und Verfahrensbeschlusses Nr. 1 ausdrücklich offen.

##### 3.2.1. Vorlegen des Vertrages

- 23 Die IBA Rules sehen in Art. 3 ff. ausführliche Regeln vor, wie vorzugehen ist, wenn eine Partei von der Gegenpartei ein Dokument herausverlangt, welches als Beweismittel dienen soll. Gemäss Art. 3 Ziff. 2 IBA Rules kann die Klägerin das Vorlegen des Vertrages zwischen der Beklagten und dem Glassammelungsunternehmen beantragen. Nach den Begriffsbestimmungen der IBA Rules ist ein Dokument "jede Art von Schreiben", worunter selbstverständlich auch ein Vertrag fällt.
- 24 Die Voraussetzungen für einen solchen Antrag sind in Art. 3 Ziff. 3 IBA Rules statuiert. Demnach muss der Antrag auf Vorlegung des (Beweis-)Dokumentes laut Art. 3 Ziff. 3 (a) (i) IBA Rules die Identifizierung des Dokumentes ermöglichen. Die Identifizierung eines einzel-

nen Dokumentes dürfte in der Regel gegeben sein, wenn der vermutete Urheber, der vermutete Errichtungszeitpunkt und der vermutete Inhalt des Dokumentes angegeben und die Existenz des Dokumentes glaubhaft gemacht werden (VARGA, S. 144). Gemäss Art. 3 Ziff. 3 (a) (ii) IBA Rules ist der vermutete Vertrag als individuell bestimmtes Dokument zu kategorisieren, da dieser keine Kette gleichartiger oder gleicher Dokumente darstellt, die sich inhaltlich auf das gleiche Thema beziehen (e contrario in BÖCKSTIEGEL, S. 51).

- 25 Die Klägerin vermutet als Urheber des Vertrages die Beklagte und das mehrfach genannte Glassammlungsunternehmen. Da laut dem Protokoll über 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) und Ziff. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4 seit unbestimmter Zeit eine Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Unternehmen besteht, liegt der vermutete Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon mehrere Jahre zurück.
- 26 Bezüglich des Vertragsinhalts geht die Klägerin davon aus, dass es sich um die Lieferung von Schrottglass handelt, welches die Beklagte seit mehreren Jahren unter den immer gleichen Bedingungen von demselben Glassammlungsunternehmen bezieht. Ziff. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4 bestätigt diese Vermutung. Weder die Klägerin noch die Beklagte wissen jedoch, wie diese Glaszusammensetzung genau festgelegt wurde. Die Klägerin kann somit keine genaueren Aussagen treffen als die Beklagte selbst. Trotzdem ist die Identifizierung des Dokumentes aufgrund der gemachten Ausführungen [Rz. 25 f.] einwandfrei möglich.
- 27 Weiter muss gemäss Art. 3 Ziff. 3 (b) IBA Rules das verlangte Dokument für die Entscheidung der Sache relevant sein. Der von der Klägerin zur Edition verlangte Vertrag ist von immenser Wichtigkeit für den Ausgang des Falles, weil allein die Beklagte für das behauptete Nichtfunktionieren der Glasbrecheranlage verantwortlich ist. Aus dem Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (K-2) geht hervor, dass die Glaszusammensetzung nicht den vertraglich vereinbarten Bestimmungen (Art. 6.1 Annex III) entsprach. Da gemäss Art. 11.1 des Lieferungsvertrages (K-1) der Vertrag als Summe der Vertragsdokumente definiert ist, wurde durch die Unterschrift des bevollmächtigten Vertreters (Art. 32 OR) der Beklagten, Herrn Fuchs, dieses Dokument laut Art. 11.2 des Lieferungsvertrages (K-1) Bestandteil des Vertrages.
- 28 Aus dem Wissen, dass die Beklagte ihr Schrottglass schon seit mehreren Jahren vom gleichen Glassammlungsunternehmen bezieht [Rz. 26], ist davon auszugehen, dass auch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch kein vertragskonformes Glas verwendet wurde. Dies führte dazu, dass die Glasbrecheranlage die Leistungsgarantien gemäss Art. 6.2 Annex II nicht erreichen konnte, obwohl sie während der Anwesenheit von Herrn Kummer überdurchschnittliche Leistungen erbracht hatte (B-1). Von Seiten des Glassammlungsunternehmens wurde ausserdem bestätigt, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass gewisse Glasteile die vertraglich ver-

einbarten Bedingungen in geringem Masse überschreiten können und dass jedes Glassamm-  
lungsunternehmen damit rechnen müsse (Ziff. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4). Durch  
diese Aussage wird die Vermutung der Klägerin zusätzlich verstärkt. Somit ist das Dokument  
für die Entscheidung i.S.v. Art. 3 Ziff. 3 (b) IBA Rules relevant.

- 29 Gemäss Art. 3 Ziff. 3 (c) IBA Rules ist es der Klägerin nicht möglich, den fraglichen Vertrag  
vorzulegen, weil dieser zwischen der Beklagten und dem besagten Glassamm-  
lungsunternehmen abgeschlossen wurde und im Besitz dieser beiden Parteien ist. Das Dokument liegt aus-  
serhalb der Verfügungsmacht der Klägerin, weshalb es ist ihr nicht möglich ist, dieses selbst  
vorzulegen.
- 30 Gestützt auf Art. 3 Ziff. 3 IBA Rules steht der Klägerin somit ein Recht auf Herausgabe des  
Vertrages zwischen der Beklagten und dem Glassamm-  
lungsunternehmen zu. Allfällige Ein-  
wendungen der Beklagten nach Art. 9 Ziff. 2 IBA Rules sind aus den nachfolgenden Gründen  
abzuweisen: Die in Art. 9 Ziff. 2 (a) IBA Rules verlangte Relevanz wurde schon ausführlich  
dargelegt [Rz. 27 f.] und ist deshalb vorhanden. Ein Verweigerungsrecht nach (b) ist nicht  
gegeben, da es sich weder um eine rechtliche Verschwiegenheitspflicht noch um eine zu hü-  
tende anwaltliche Korrespondenz und somit auch nicht um ein klassisches "privilege" handelt  
(TIEF, S.26). Es wurde der Klägerin sogar versprochen, die Glaszusammensetzung ausfindig  
zu machen (B-1). Es kann sich somit nicht um ein Dokument handeln, welches nicht preisge-  
geben werden kann (vgl. Art. 9 Ziff.2 (b), IBA Working Party & Subcommittee). (c) Anhalts-  
punkte die auf einen unverhältnismässigen Aufwand zur Beschaffung schliessen, gibt es  
nicht. (d) Da die Beklagte nie behauptet hat, dass der Vertrag sich nicht mehr in ihrem Ge-  
wahrsam befände, erübrigt sich dieser Weigerungsgrund. (e) Falls der Vertrag technische Ge-  
heimnisse enthält, überwiegt trotzdem das Interesse der Wahrheitsfindung, weil es für die  
Beklagte die einzige Möglichkeit darstellt, ihre Vermutungen [Rz. 28] zu beweisen. (f) Politi-  
sche oder institutionelle Geheimhaltungsinteressen sind vorliegend nicht vorhanden. Würde  
das Schiedsgericht zum Schluss kommen, dass die Interessen der Beklagten überwiegen, er-  
sucht die Klägerin das Schiedsgericht, die geeigneten Massnahmen i.S.v. Art. 9 Ziff. 4 IBA  
Rules zu treffen, damit der Vertrag als Beweismittel unter geeignetem Vertraulichkeitsschutz  
vorgelegt werden kann. (g) Die genannten Grundsätze sind vor allem dann gewahrt, wenn die  
Beklagte das verlangte Dokument als Beweismittel vorlegt. Ansonsten wären das rechtliche  
Gehör und die Waffengleichheit der Parteien nach Art. 15 SchO verletzt.

### 3.2.2. Vorlegen des sämtlichen E-Mail-Verkehrs

- 31 Wie schon beschrieben [Rz. 23 f.], ist neben dem Editionsbegehren eines einzelnen Doku-  
mentes auch ein solches einer "narrow and specific category of documents" möglich, wie es  
ausdrücklich in Art. 3 Ziff. 3 (a) (ii) IBA Rules heisst. Verlangt wird eine Kette gleicher oder

gleichartiger Dokumente, denen gemeinsam ist, dass sie sich inhaltlich auf das gleiche Thema beziehen, das der Antragssteller beweisen möchte. Des Weiteren soll der Antragssteller den vermuteten Urheber und/oder Empfänger der Dokumente, das Datum oder den Zeitraum, in dem sie vermutlich errichtet worden sind und den vermuteten Inhalt angeben (BÖCKSTIEGEL, S.51).

- 32 Herr Fuchs bestätigte, dass die streitige Glaszusammensetzung, falls nicht schon im Vertrag, sicherlich in der E-Mail-Korrespondenz zwischen ihm und dem Glassammlungsunternehmen erwähnt sei (B-1). Es steht also fest, dass ein solcher E-Mail-Verkehr existiert und der Inhalt dieser E-Mail-Kommunikation u.a. die Glaszusammensetzung ist.
- 33 Die vermuteten Urheber und Empfänger der Dokumente sind die Beklagte selbst und das genannte Glassammlungsunternehmen, was ebenfalls aus der Beilage B-1 hervorgeht. Der Zeitraum der vermuteten E-Mail-Korrespondenz wird schon einige Jahre zurückliegen [Rz. 25 f.]. Folglich handelt es sich um mehrere gleichartige Dokumente, die sich inhaltlich auf das gleiche Thema beziehen, wie dies Art. 3 Ziff. 3 (a) (ii) IBA Rules verlangt.
- 34 Die Relevanz und Wichtigkeit des ganzen E-Mail-Verkehrs als Beweismittel i.S.v. Art. 3 Ziff. 3 (b) IBA Rules sind aus den schon erwähnten Gründen [Rz. 28] gegeben. Hinzuzufügen ist, dass weder die Beklagte noch die Klägerin wissen, ob die Glaszusammensetzung im Vertrag und/oder im E-Mail-Verkehr erwähnt wird und es folglich für die Klägerin unausweichlich ist, auch den E-Mail-Verkehr herauszuverlangen, um sicher zu gehen, dass die streitige Frage, welches Glas verwendet wurde, geklärt wird. Ein unerlaubter Ausforschungsbeweis („fishing expedition“) liegt dementsprechend nicht vor, weil die Klägerin lediglich an der Glaszusammensetzung interessiert ist.
- 35 An dieser Stelle soll noch einmal betont werden, dass die genannten Dokumente (Vertrag und E-Mail-Korrespondenz) *die einzigen Beweismittel sind*, mit denen sich aufzeigen lässt, dass die Beklagte eine Glaszusammensetzung verwendet hat, welche nicht den vertraglich vereinbarten Bestimmungen entspricht.
- 36 Für die Voraussetzungen in Art. 3 Ziff. 2 (c) IBA Rules sind auf die obigen Ausführungen hinsichtlich des Editionsbegehrens des Vertrages zu verweisen [Rz. 29]
- 37 Gegen mögliche Einwände nach Art. 9 Ziff. 2 (a), (b), (d), (g) IBA Rules wird ebenfalls auf die Darstellung der Einwände gegen ein Vorlegen des Vertrages verwiesen [Rz. 30]. Macht die Beklagte einen unverhältnismässigen Aufwand zur Beschaffung i.S.v. Art. 9 Ziff. 2 (c) IBA Rules geltend, so soll dieser abgelehnt werden, da mit der heutigen modernen Technik das Beschaffen von E-Mails i.d.R. keine grossen Probleme darstellt.

38 Sofern ein schützenswertes Geschäftsgeheimnis der Beklagten oder des Glassammlungsunternehmens Teil der verlangten E-Mail-Korrespondenz ist, so ist auf die Ausführungen in [Rz. 30] zu verweisen.

### 3.3. Ausschliessliche Anwendung der Swiss Rules

39 Das Schiedsgericht hält sich jedoch ausdrücklich vor, nicht an die IBA Rules gebunden zu sein, was zu einer Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der Swiss Rules und des 12. Kapitels des IPRG führen würde.

40 In casu ist Art. 24 Ziff. 3 SchO von Relevanz, da es in dieser Bestimmung um das Vorlegen von Beweisstücken geht. Obwohl es dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist, kann das Schiedsgericht auch auf Anfrage einer Partei das Vorlegen von Beweismitteln der anderen Partei beantragen (NATER-BASS in ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 24 N 11). Wann jedoch das Schiedsgericht das Vorlegen von Beweisen beantragen soll, oder ob es auf ein Gesuch einer Partei einzutreten hat, wird in den Swiss Rules nicht näher beschrieben. Deshalb entsprechen die vor schweizerischen internationalen Schiedsgerichten durchgeführten Verfahren im Grossen und Ganzen dem Verfahren gemäss IBA Rules (KARRER in SCHÜTZE, V. Kapitel: Rules IV. Einzelkommentierungen Art. 24).

41 Falls sich das Gericht nicht an die IBA Rules halten sollte, erfolgt das Beweisverfahren anhand der nachstehend aufgeführten allgemein üblichen Prinzipien.

#### 3.3.1. Allgemein übliche Prinzipien

42 Es ist *allgemein üblich*, ein Dokument nur zu verlangen, wenn (i) es genügend bestimmt ist oder in einem genügenden Masse bestimmbar ist, (ii) das Schiedsgericht überzeugt ist, dass die besagte Partei das Dokument besitzt oder es ohne grossen Aufwand auftreiben kann und (iii) das Dokument von Relevanz ist für den Ausgang des Falles. Ziel dieser Voraussetzungen ist es, Ausforschungsbeweise zu verhindern (NATER-BASS in ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 24 N 18).

43 Legt man Art. 24 Ziff. 3 SchO strikt nach dem Wortlaut aus, ist das Schiedsgericht nicht befugt, Dritte zum Vorlegen von Beweisen anzuhalten. Dies wird für Schiedsgerichte in der Schweiz durch Art. 184 Abs. 1 IPRG relativiert, welcher den Schiedsgerichten die Entscheidungsfreiheit bezüglich der Beweisabnahme einräumt (NATER-BASS in ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 24 N 18). Demnach kann eine Partei laut Art. 24 Ziff. 3 SchO, obwohl dies dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist, einen Antrag beim Schiedsgericht stellen, um das Vorlegen eines Dokumentes durch die Gegenpartei zu bewirken, welches als Beweismittel dienen soll. Ob das Schiedsgericht darauf einzutreten hat und aufgrund welcher Kriterien dies zu entscheiden ist, liegt im Ermessen des Schiedsgerichtes (vgl. BER-

GER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit, N 1212; KARRER in SCHÜTZE, V. Kapitel: Rules IV. Einzelcommentierungen Art. 24).

### 3.3.2. Vorlegen des Vertrages

44 Unter Anwendung der in der Schiedsgerichtsbarkeit üblichen Praxis bezüglich dem Vorlegen von Dokumenten, verlangt die Klägerin zu Recht die Herausgabe des Vertrages zwischen der Beklagten und dem Glassammelunternehmen: (i) Der Klägerin ist es möglich, den Vertrag genügend genau zu umschreiben und zu spezifizieren. Es handelt sich um den Vertrag zwischen der Beklagten und einem konkreten Glassammelunternehmen, mit welchem die Beklagte schon seit mehreren Jahren dieselbe Geschäftsbeziehung pflegt. (ii) Gemäss Beilage B-1 hat Herr Fuchs als Verantwortlicher der Beklagten versprochen, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen und gegenüber der Klägerin bestätigt, dass diese vermutlich im Vertrag mit dem Glassammelunternehmen beschrieben ist [Rz. 30]. Folglich muss sich mindestens ein Exemplar des Vertrages in den Händen der Beklagten befinden, da dies bei Verträgen üblich ist. Die Beschaffung dieses Dokumentes kann somit kein Problem darstellen. (iii) Falls die Glaszusammensetzung, wie von Herr Fuchs in Beilage B-1 geäussert, im Vertrag enthalten wäre und diese Glaszusammensetzung nicht der Glaszusammensetzung entspräche, wie Annex III zum Lieferungsvertrag (K-1) zwischen der Klägerin und der Beklagten festhält, wäre dies von grosser Relevanz für die Beklagte. Dadurch kann die Klägerin nämlich beweisen, dass aufgrund des beklaglichen Verhaltens die Leistungsgarantien beim zweiten Inbetriebnahmeversuch nicht aufrecht erhalten werden konnten.

### 3.3.3. Vorlegen des sämtlichen E-Mail-Verkehrs

45 Gestützt auf die allgemein üblichen Prinzipien der Schweizer Schiedsgerichte besteht aus folgenden Gründen eine Vorlagepflicht des sämtlichen E-Mail-Verkehrs zwischen der Beklagten und dem Glassammelunternehmen: (i) Die Klägerin kann die Dokumente insoweit benennen, als es sich um die E-Mail-Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glassammelunternehmen handelt, in welcher die Glaszusammensetzung laut Herrn Fuchs (B-1) sicherlich erwähnt worden ist [Rz. 30]. Die Klägerin strebt auch hier keinen Ausforschungsbeweis an, sondern möchte lediglich, dass die Glaszusammensetzung ausfindig gemacht wird.

46 (ii) Aus den der Klägerin vorhandenen Unterlagen (B-1) geht hervor, dass sich der besagte E-Mail-Verkehr im Besitz der Beklagten befindet. Dies umso mehr, als Herr Fuchs der Klägerin versprach die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen (B-1) und dies bis heute nicht geschehen ist. (iii) Da die Beklagte beim ersten Inbetriebnahmeversuch nachweislich nicht vertragskonformes Glas in die Maschine eingeführt hat (K-2), gibt es für die Klägerin keinen Anlass zur Annahme, dass sich dies beim zweiten Inbetriebnahmeversuch geändert hat. Aus dem Gesagten wird die Relevanz der Vorlegung des sämtlichen E-Mail-Verkehrs klar ersicht-



lich und bietet für die Klägerin die einzige Möglichkeit, die angenommene falsche Glaszusammensetzung zu beweisen und somit das Verfehlen der Leistungsgarantien (B-1) zu erklären.

#### 3.3.4. Anspruch aus Vertrag

47 Des Weiteren steht der Klägerin gemäss Art. 8.1 des Lieferungsvertrages (K-1) ein vertraglicher Anspruch auf die Vorlage des E-Mail-Verkehrs zu. Dort heisst es, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer alle Daten und Informationen der Anlage, besonders jene von Annex III zur Verfügung zu stellen hat. Wie schon erläutert [Rz. 27, 44], wird in Art. 6.1 Annex III auch die vertraglich zugelassene Glaszusammensetzung spezifiziert.

Gemäss Art. 8.1 des Lieferungsvertrages (K-1) i.V.m Art. 6.1 Annex III hat die Klägerin einen Anspruch auf die relevanten Daten bezüglich der Glaszusammensetzung, unabhängig davon, ob diese in einem Vertrag mit einer Drittpartei oder in einer E-Mail-Korrespondenz festgehalten sind.

#### 3.3.5. Anspruch auf rechtliches Gehör und Gleichbehandlung der Parteien

48 Die Klägerin verlangt ferner aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 182 Abs. 3 und 190 Abs. 2 lit. d IPRG i.V.m. Art. 15 SchO, dass der sämtliche E-Mail-Verkehr und der Vertrag zwischen der Beklagten und dem Glassammlungsunternehmen als Beweismittel zu editieren sind. Dies erfolgt gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach jede Partei das Recht hat, sich zu den relevanten Fakten, die entscheidend für den Ausgang des Falles sind, zu äussern, ihre Argumente vorzubringen und die relevanten Beweise einzubringen (BGer vom 02.06.2004, 4P.64/2004 E. 3.1).

49 Wie schon erläutert [Rz. 29], liegen die für die Klägerin relevanten Beweise ausserhalb ihres Verfügungsbereiches und sollen deshalb zur Wahrung der genannten Prinzipien von der Beklagten vorgelegt werden müssen.

50 *Die Beklagte ist sowohl nach IBA Rules als auch nach Swiss Rules zum Vorlegen des Vertrages und der E-Mail-Korrespondenz zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen zu verpflichten. Dieser Anspruch wird zusätzlich im Lieferungsvertrag (K-1) festgehalten.*

### **4. Anspruch der Klägerin auf Leistung des Kaufpreises**

#### 4.1. Ausgangslage

51 Der Lieferungsvertrag (K-1) ist als Werklieferungsvertrag i.S.v. Art. 365 Abs. 1 OR zu qualifizieren, da die Klägerin die Glasbrecheranlage auf das spezielle Umfeld der Beklagten angepasst hat. Die dazu nötigen Stoffe hat die Klägerin bei Dritten eingekauft wie auch teilweise selbst hergestellt (vgl. SCHMID/STÖCKLI, N 1666).

#### 4.2. Anspruch gemäss Art. 365 Abs. 1 OR

- 52 Die Vergütungspflicht des Bestellers stellt neben der Herstellung eines Werkes durch den Unternehmer das zweite Essentialium des Werkvertrages dar (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 4). Die vertraglich vereinbarte Kaufpreisbestimmung wird durch die Beklagte im Wesentlichen nicht bestritten. Sie behauptet vielmehr, die Klägerin hätte mangels Ablieferung und Abnahme des Werkes a priori keinen Anspruch auf Ratenzahlungen.
- 53 Die Beklagte behauptet in Ziff. 4 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage, dass die Glasbrecheranlage gravierende konzeptionelle Mängel aufweise. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Dem Besteller eines Werkes obliegen immer sogenannte Mitwirkungspflichten, welche aus Vorbereitungs- oder anderen für die Ausführung des Werkes erforderlichen Handlungen bestehen (GAUCH, N 1328 f.; vgl. BGer vom 07.12.2010, 4A\_494/2010 E. 4.1 f.). In casu bestehen diese Mitwirkungspflichten u.a. darin, dass der Auftraggeber bzw. die Beklagte für „die erforderlichen Leistungen, Ausrüstungen, Werkstoffe und Medien, welche im Leistungs- und Lieferungsumfang des Auftragnehmers [bzw. die Klägerin] nicht enthalten sind“ sowie für „alle sonstigen Lieferungen, Leistungen, Werkstoffe, Medien, die in diesem Vertrag aufgeführt sind“ (Art. 3.1, K-1) verantwortlich ist. Diese Verantwortlichkeit wird in Art. 8 des Lieferungsvertrages (K-1) für die Inbetriebnahme, Leistungstests und Abnahme bestätigt und ist essentiell, da nur so ein einwandfreies Funktionieren der Anlage gewährleistet werden kann. Die Haftung und Verantwortlichkeit des Auftragnehmers für Leistungsgarantien ist nur unter der Voraussetzung der rechtzeitigen und vollständigen Erfüllung aller Verpflichtungen gültig. Dies setzt u.a. voraus, dass „alle Energien und Rohstoffe sowie die Bedienungs- und Prüfverfahren zu jeder Zeit den Spezifikationen und Anweisungen des Auftragnehmers entsprechen“ (Art. 9.4, K-1).
- 54 Zusätzlich wird der Auftragnehmer von seiner Haftung zur Bezahlung der Konventionalstrafe befreit, wenn „die Garantiewerte aufgrund von Sachverhalten, die dem Auftragnehmer nicht zugerechnet werden können, nicht erreicht werden [...]“ (Art. 9.2, K-1). Art. 5.2.1 Annex III sieht vor, dass „falls der letzte Test aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, scheitert, hat der Auftragnehmer seine vertraglichen Pflichten erfüllt“. Art. 5.2.2 Annex III besagt weiter, dass der Auftraggeber „für die Bereitstellung des für die Produktionslinie notwendigen Materials in der Qualität, Menge und zu der Zeit, wie für die Produktion benötigt, um das Leistungs-Testprogramm durchzuführen“ sorgt. Ebenfalls stellt der Auftraggeber dem Auftragnehmer „kostenlos ausreichende Mengen an Rohmaterial und Medien gemäss technischer Spezifikation zur Verfügung, um einen Betrieb aller Teile der Recycling-Anlage zu gewährleisten“. Die vereinbarte Glaszusammensetzung ist schliesslich in Art. 6.1 Annex III festgehalten [Rz. 27, 44, 47].

#### 4.2.1. Protokoll über Montage und Inbetriebnahme

- 55 Das Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (K-2) belegt, dass die auf der Anlage vorhandene Glaszusammensetzung nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach (spezifisches Gewicht von durchschnittlich nicht über 0.55 Tonnen / Kubikmeter anstatt 0.8 Tonnen / Kubikmeter). Weiter erfolgte der Abbruch des Inbetriebnahmeversuches, weil ein grosses, sperriges Eisenglasstück (1,6 x 0,3 x 0,3 m anstelle 1,5 x 0,5 x 0,2 m) den Dosiertrichter so verstopfte, dass der Trichtereingang blockiert und verbeult wurde. Die Glaszusammensetzung ist ein wichtiger und integraler Bestandteil des Vertrages. Die Behauptung der Beklagten, dass unabhängig davon, mit welchen anderen Materialien die Glaszusammensetzung auch verbunden sein mag, die neue Glasbrecheranlage eine Verarbeitungsleistung von 5,0 Tonnen pro Stunde erreicht (Ziff. 1 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage), ist schlichtweg falsch und haltlos. Der Vertragswortlaut in Art. 6.1 Annex III kann klarer kaum sein: „Die Glasstücke dürfen kein Stein, Beton oder nicht magnetisches Metall enthalten“. Ohne Erfüllung der Vorlagen kann ein vertraglich zugesicherter Leistungsdurchschnitt von 5,0 Tonnen pro Stunde (Art. 6.2 Annex III) nicht erreicht werden. Zudem handelt es sich bei der Bereitstellung der richtigen Glaszusammensetzung für die Leistungstests um eine vertragliche Vorbedingung (Art. 5.2.2 Annex III).
- 56 Obwohl die Beklagte sich über die vertragliche Vereinbarung im Klaren war, hat ihr Vertreter, Herr Stephan Fuchs, das Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (K-2) unterschrieben [vgl. Rz. 27]. Diese Unterschrift kommt einem Fehlereingeständnis gleich. Da die Beklagte ihre Mitwirkungspflichten missachtet hat, ist die Verzögerung ihrem Risikobereich zuzurechnen (vgl. BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 12).
- 57 Es stellt sich somit die Frage, ob die Anlage nach dem ersten Inbetriebnahmeversuch trotzdem schon als abgenommen gilt. Ablieferung bedeutet, dass die Glasbrecheranlage vollendet ist, d.h. dass sämtliche vertraglichen Arbeiten ausgeführt worden sein müssen (GAUCH, N 101). Art. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1) hält fest, dass die Abnahme der Maschine erfolgt, „wenn der Inbetriebnahmezeitraum laut Artikel 8.1 abgelaufen ist [...] oder wenn aus Gründen, für die der Auftragnehmer 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“. Die Anwendung des besagten Artikels fällt hier aber noch ausser Betracht, da die acht monatige Frist noch nicht abgelaufen ist (Vertragsabschluss am 22. Oktober 2009 und erster Inbetriebnahmeversuch am 9. Juni 2010). Sie wird jedoch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch zu berücksichtigen sein.

#### 4.2.2. Protokoll über 2. Inbetriebnahmeversuch

- 58 Wie in Beilage B-1 festgehalten, äusserte Herr Kummer erneut die Vermutung, dass die Glaszusammensetzung wieder nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach. Die Glaszusammensetzung konnte aber nicht nachgewiesen werden, weil das gesamte Schrottglass schon verarbeitet war. Herr Fuchs versprach jedoch, die Zusammensetzung des Schrottglasses ausfindig zu machen (B-1). Auf Anfrage der Klägerin bestätigte das in Beilage B-1 genannte Glas-sammelungsunternehmen, dass es sich seit Jahren immer an die mit der Beklagten vertraglich vereinbarten Glasbedingungen halte (Ziff. 4 des Verfahrensbeschlusses Nr. 4). Deswegen muss davon ausgegangen werden, dass auch beim zweiten Inbetriebnahmeversuch die Glas-zusammensetzung nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach [vgl. hierzu Rz. 28].
- 59 Im Verfahrensbeschluss Nr. 4 wird unter Ziff. 5 festgehalten, dass während der Anwesenheit von Herrn Kummer beim zweiten Inbetriebnahmeversuch die Anlage die Leistungsgarantien nicht nur erfüllt, sondern sogar übertroffen hat (zwischenzeitliche Leistung von 5,4 Tonnen pro Stunde). Als Herr Kummer nach vier Stunden die Recyclinganlage verliess, lag der Durchschnitt noch bei 5,1 Tonnen pro Stunde und somit immer noch über der vertraglich vereinbarten Verarbeitungsleistung von 5,0 Tonnen pro Stunde (Art. 6.2 Annex III). Aufgrund dieser exzellenten Werte beschloss Herr Fuchs die Anlage selbst zu fahren und Herrn Kummer von seinen Aufgaben zu entbinden. Diese Dienstentbindung kommt einer konkludenten Abnahme der Anlage gleich, indem die Beklagte „die Anlage oder Teile davon in Betrieb gesetzt und die Anlage oder andere Teile davon für andere Zwecke als für die Inbetriebnahme“ genutzt hat (Art. 8.3, K-1), denn gemäss Art. 8.2 des Lieferungsvertrages (K-1) gelten die Leistungsgarantien als erfüllt, auch wenn kein Leistungstest durchgeführt wurde.
- 60 Eine Abnahme kann auch stillschweigend dadurch erfolgen, indem das Werk gemäss seinem Zweck gebraucht wird (KK-LEHMANN, Art. 370 N 3). Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist nicht erforderlich (vgl. BGer vom 04.02.2004, 4C.301/2003 E. 4.1; BGE 115 II 456, S. 459; 113 II 264 S. 267 E. b). Des Weiteren wurde die Entbindung im Protokoll über den 2. Inbetriebnahmeversuch (B-1) festgehalten.
- 61 Aufgrund des vertragsbrüchigen Verhaltens der Beklagten erfolgte die Abnahme gemäss Art. 8.3 des Lieferungsvertrages (K-1) nach dem zweiten Inbetriebnahmeversuch am 28. November 2010.

#### 4.2.3. Einhaltung des Terminplanes

- 62 Die Beklagte wirft der Klägerin in Ziff. 8 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage vor, dass sie den Projektzeitplan gemäss Art. 5 des Lieferungsvertrages (K-1) und Annex II nicht eingehalten hätte. Dem Terminplan in Annex II zufolge sollte der erste Inbetriebnahme-

versuch anfangs Juni 2010 stattfinden. Die Klägerin hat den ersten Inbetriebnahmeversuch am 9. Juni 2010 durchgeführt, wodurch sie den vertraglich vereinbarten Zeitplan eingehalten hat.

63 Obwohl der Dosiertrichter beim ersten Inbetriebnahmeversuch (K-2) aufgrund der falschen Glaszusammensetzung beschädigt wurde, hat sich die Klägerin sofort zur Reparatur desselben bereit erklärt. Diese Bereitschaft ist nicht selbstverständlich, denn nach Art. 2.1 des Lieferungsvertrages (K-1) erbringt die Auftragnehmerin „die Arbeit gemäss den Bedingungen dieses Vertrages unter Berücksichtigung [...] der Voraussetzung der Erfüllung der in Artikel 3 angeführten Verpflichtungen des Auftraggebers“. Diese Verpflichtungen [vgl. Rz. 53 f.] der Beklagten sind (Vertrags-)Voraussetzungen für die Einhaltung des Terminplans. Da die Beklagte ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen ist [Rz. 55], mussten Reparaturen getätigt werden. Aus diesem Grund konnte der Terminplan nicht eingehalten werden. Art. 3.2 des Lieferungsvertrages (K-1) statuiert, dass „bei Verzögerungen oder sonstiger Nichteinhaltung der Verpflichtungen des Auftraggebers der Auftragnehmer [...] zusätzlich zu seinen anderen Rechten und Rechtsmitteln das Recht auf Verlängerung des Terminplans um die Dauer der Verzögerung und auf Rückerstattung seiner zusätzlichen Kosten und Ausgaben“ hat. Die Verzögerung entspricht in casu dem Zeitraum vom 9. Juni 2010 (erster Inbetriebnahmeversuch) bis zum 28. November 2010 (zweiter Inbetriebnahmeversuch). Der Terminplan verlängert sich also entsprechend dieser Verzögerungsdauer. Aufgrund dessen befand sich die Klägerin nicht – wie von der Beklagten in Ziff. 8 der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage behauptet wird – im Verzug.

#### 4.2.4. Beginn der Ratenzahlungen nach Montageende

64 Wie vorangehend festgestellt wurde [Rz. 62 f.], ist die Klägerin ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen. Die Beklagte führt unter Ziff. 3 ihrer Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage aus, dass die erste Rate gemäss Vertragswortlaut "zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme gemäss Artikel 8 des Lieferungsvertrages" zu begleichen sei, wobei als die Inbetriebnahme "die Zeit zwischen Montageende und Abnahme" bezeichnet wird. Diese Bestimmung ist nicht gesondert von den Vertragstexten zu lesen, sondern muss zwingend in Verbindung mit dem Terminplan (Annex II) gedeutet werden [vgl. Rz. 27]. Der „eingezeichnete Pfeil“ in Annex II mit der Bemerkung „Beginn der monatlichen Ratenzahlungen“ deutet darauf hin, dass es der gegenseitige Parteiwillen war, direkt nach Montageende mit den Ratenzahlungen zu beginnen. Art. 5.1 des Lieferungsvertrages (K-1) besagt, dass sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer verpflichtet ist, seine jeweiligen Verpflichtungen gemäss dem Terminplan zu erfüllen.

65 Aus der Beilage K-2 geht hervor, dass das Montageende vor dem 9. Juni 2010 erfolgte, da ohne beendete Montage gar kein Inbetriebnahmeversuch hätte stattfinden können. Die Rech-

nungsstellung für die erste monatliche Rate am 16. Juni 2010 entspricht also dem vertraglich vereinbarten Zahlungsmodus. Die besagte Rate wurde gemäss Art. 4.2.2 des Lieferungsvertrages (K-1) erst zum Ende des auf die Inbetriebnahme folgenden Monats geschuldet und war daher im Juli 2010 fällig (Beilage K-3). Die Begleichung der 1. Ratenzahlung erfolgte mit beträchtlicher Verspätung am 8. November 2010. Die restlichen Ratenzahlungen blieben sogar gänzlich aus, so dass sich die Beklagte seit der 2. Ratenzahlung vom 19. Juli 2010 (Beilage K-4) i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR im Verzug befindet.

#### 4.2.5. Antizipierter Vertragsbruch

- 66 Die Beklagte macht in Ziff. 9 ihrer Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage geltend, „dass die Klägerin angesichts der konzeptionellen Mängel des Glasbrechersystems nie in der Lage sein würde, vertragsgemäss zu erfüllen“, weshalb sie im Schreiben vom 7. März 2011 (B-2) den Vertragsrücktritt erklärt hat. Die Beklagte will vom Werklieferungsvertrag zurücktreten, obwohl, wie vorangehend geschildert [Rz. 62 f.], die Klägerin vertragsgemäss erfüllt hat. Der Klägerin stehen daher nach der In-Verzug-Setzung der Beklagten gemäss Art. 102 OR zwei alternative Möglichkeiten zur Verfügung (KK-THIER, Art. 107 N 6): Entweder kann sie auf der tatsächlichen Abwicklung des Werkvertrages (namentlich auf der Bezahlung der Werkausführung) beharren oder sie kann die Beklagte, welche ernsthaft und definitiv erklärt, dass sie den Vertrag nicht halten wolle, bei dieser Erklärung behaften, indem sie den Vertrag (wirksam) auflöst (Art. 107 Abs. 2 OR). In casu entscheidet sich die Klägerin für die erste Möglichkeit, weshalb die Wahlmöglichkeit zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrag entfällt.
- 67 Im Verhalten der Beklagten könnte ein „antizipierter Vertragsbruch“ zu sehen sein. Ein antizipierter Vertragsbruch setzt die Kundgabe eines Nichterfüllungswillens nach aussen sowie die Unumstösslichkeit des geäusserten Entscheides voraus (WEIDT, S. 115). Zusätzlich muss die Erfüllungsverweigerung endgültig sein, d.h. der Schuldner muss unzweifelhaft erklären, bei Fälligkeit nicht leisten zu wollen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMENEGGER, N 2651). Diese zweifelsfreie Erklärung erfolgte schon im Rahmen des Gespräches vom 31. Dezember 2010 mit den Vertretern der Beklagten, in welchem die Geschäftsleiterin der Beklagten, Frau Anne-Sophie Abderhalden, zu verstehen gab, dass man seitens der Beklagten nun plötzlich eine Alternative zur neuen Glasbrecheranlage bevorzugen würde und deshalb die Auflösung des Vertrages anstrebe. Im darauf folgenden Telefonat zwischen Herrn Kummer (für die Klägerin) und Herrn Fuchs (für die Beklagte) vom 7. Januar 2011 machte Herr Fuchs noch einmal klar, dass man den Vertrag sofort auflösen wolle. Da die Klägerin vertragsgemäss erfüllt hat [Rz. 62 f.] und die Beklagte deutlich zu verstehen gab, ihren Teil des Vertrages nicht erfüllen zu wollen, ist ihr Verhalten als antizipierter Vertragsbruch zu qualifizieren.

Die vorzeitige Leistungsverweigerung ersetzt die *Fälligkeit zukünftiger Forderungen*, so dass die Klägerin in Analogie zu Art. 102 Abs. 2 und Art. 108 Ziff. 1 OR ohne Mahnung und Nachfrist in Verzug zu setzen ist (BGer vom 23.06.2004, 4C.58/2004 E. 3.1; vom 11.01.2001, 4C.279/2000 E. 3; vgl. HUGUENIN, OR AT, N 669). Die Beklagte liegt folglich bereits seit sieben Ratenzahlungen in Verzug. Zu diesen Ratenzahlungen kommen die 28 Ratenzahlungen aufgrund des antizipierten Vertragsbruches hinzu, weshalb die Klägerin einen Anspruch auf die fällige Gesamtpreiszahlung von CHF 3'500'000.- hat.

68 *Der Anspruch der Klägerin ist zu bejahen und die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin den bezifferten Kaufpreis zu bezahlen.*

## **5. Nichtbestehen des Rücktrittsrechts der Beklagten**

### 5.1. Ausgangslage

69 Im Folgenden soll das Nichtbestehen des Anspruches der Beklagten auf Rückleistung der bezahlten Raten des Gesamtvertragspreises aufgezeigt werden.

### 5.2. Rücktritt nach Art. 366 Abs. 1 OR

70 Die Beklagte behauptet, dass sich die widerklageweise eingeklagte Pflicht der Klägerin zur Rückzahlung der bereits geleisteten Zahlungen von CHF 500'000.-, wie sie aus dem Schreiben vom 7. März 2011 (B-2) hervorgeht, in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 resp. Art. 368 Abs. 1 OR, ergebe.

71 Art. 366 OR räumt dem Besteller für die Fälle, dass der Unternehmer sich mit der Werkausführung in einem qualifizierten Verzug befindet (Rücktritt nach Abs. 1) oder eine vertragsgemässe Werkausführung schuldhaft verunmöglicht hat, (Ersatzvornahme nach Abs. 2) besondere Rücktrittsbehelfe vor Eintritt des Ablieferungstermins ein (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 1). Ergänzend zu Art. 366 Abs. 1 OR müssen die Voraussetzungen von Art. 102-109 OR (Mahnung und Nachfristansetzung durch den Besteller) erfüllt sein, wobei kein Verschulden vom Unternehmer verlangt wird. Die Verzögerung muss ihm aber objektiv pflichtwidrig zugerechnet werden können (GAUCH, N 675 ff.). In casu ist nur Art. 366 Abs. 1 OR einschlägig, da die Beklagte vom Vertrag zurücktreten und keine Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR möchte.

72 Dem Besteller steht nach Art. 366 Abs. 1 OR ein Rücktrittsrecht infolge nicht rechtzeitigem Beginn der Werkausführung, vertragswidriger Verzögerung der Werkausführung oder wenn ein so erheblicher Rückstand in der Werkausführung vorliegt, dass die rechtzeitige Vollen- dung des Werkes „nicht mehr vorauszusehen ist“ zu (CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 366 N 2 ff.). Im Folgenden sind die beiden letzteren Fälle genauer zu prüfen.

- 73 Eine vertragswidrige Verzögerung der Werkausführung liegt etwa vor, wenn der Unternehmer ein im Vertrag festgelegtes Zeitprogramm nicht einhält oder vereinbarte Zwischentermine verpasst (OR Kommentar-HUBER/SCHWENDENER, Art. 366 N 4). Wie bereits dargelegt [Rz. 62 f.], ist das Nichterreichen der Leistungsgarantien während des zweiten Inbetriebnahmeversuches nicht der Klägerin anzulasten, weshalb vorliegend von keiner vertragswidrigen Verzögerung der Werkausführung die Rede sein kann (vgl. BGer vom 28.07.2000, 4C.159/1999 E. 5). Anzumerken ist, dass die Beklagte keinen weiteren Testlauf verlangt hat, obwohl sie gemäss Art. 5.2.1 Annex III einen weiteren hätte verlangen können. Da die beiden Testläufe aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten gescheitert sind [Rz. 55 ff.], darf dies die Klägerin in guten Treuen als stillschweigende Genehmigung des Werkes werten.
- 74 Eine rechtzeitige Vollendung des Werkes ist nicht erst dann „nicht mehr vorauszusehen“, wenn die verspätete Vollendung unvermeidlich ist. Vielmehr genügen klare Anzeichen dafür, dass der Unternehmer mit der Werkausführung in der bisherigen, ungenügenden Weise fortfahren wird. Die Ausführungsverzögerung darf nicht dem Risikobereich des Bestellers zuzurechnen sein. Dem Besteller anzulasten ist eine Verzögerung etwa dann, wenn er eine ihm zufallende Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlung nicht oder nicht rechtzeitig vornimmt (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 11 f.). Es liegen keine Anzeichen vor, dass die Klägerin bisher ungenügend vorgegangen ist. Vielmehr lag die Ausführungsverzögerung im Risikobereich der Beklagten, indem sie die ihr zufallenden Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vorgenommen hatte [Rz. 55]. Folglich müssen die weiteren Voraussetzungen (Mahnung und Angemessenheit der Nachfrist) nicht mehr geprüft werden (e contrario in KK-LEHMANN, Art. 366 N 5).

### 5.3. Gewährleistungspflichten

#### 5.3.1. Vor Ablieferung des Werkes

- 75 Vor der Ablieferung des Werkes richten sich die Ansprüche aus Sorgfaltspflichtverletzungen, die einer Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages gleichkommen, nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 97 ff. OR und nicht nach den Sachgewährleistungsbestimmungen von Art. 368 OR. Negativ ist sodann vorausgesetzt, dass der Besteller die Werkmängel nicht selbst verschuldet hat (CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 368 N 3). Die Glasbrecheranlage wurde, wie vorangehend geschildert [Rz. 61], erst nach dem zweiten Inbetriebnahmeversuch abgenommen. Somit steht fest, dass die Beklagte ihr Rücktrittsrecht allenfalls auch nicht auf die allgemeine Bestimmung von Art. 97 ff. OR stützen könnte, da das Werk bereits abgeliefert wurde und sie die Werkmängel ohnehin selbst verschuldet hat.



### 5.3.2. Nach Ablieferung des Werkes

- 76 Die Sachgewährleistungsbestimmungen nach erfolgter Abnahme richten sich nach Art. 368 OR. In Frage kommt nur eine allfällige Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR, da die Beklagte mit ihrem Rücktrittsschreiben (B-2) deutlich gemacht hat, kein Interesse an einer Minderung oder Nachbesserung gemäss Abs. 2 zu haben.
- 77 Dem Besteller sollen die Mängelrechte verwehrt sein, wenn die Verursachung der Mängel vollumfänglich ihm selbst zuzurechnen ist (HUGENIN, OR BT, N 634). In casu kommt die Gewährleistungsbestimmung von Art. 368 Abs. 1 OR nicht zur Anwendung, da die Beklagte entgegen ausdrücklicher Abmahnung der Klägerin gehandelt und die Mängel an der Glasbrecheranlage i.S.v. Art. 369 OR selbst verschuldet hat (vgl. BGer vom 20.02.2006, 4C.217/2005 E. 3.2.1). Des Weiteren kann Art. 368 OR nicht zum Zuge kommen, da die Beklagte gemäss der Beilage B-2 die Glasbrecheranlage ohne Vorwarnung vorzeitig abgebaut und für den Rücktransport verpackt hat.

### 5.4. Beendigungsmöglichkeiten laut Lieferungsvertrag

- 78 Nach Art. 18.1 des Lieferungsvertrages (K-1) kann jede Partei diesen Vertrag nur im Falle von „wesentlichen Vertragsverletzungen durch die andere Partei, die trotz schriftlicher Aufforderung nicht rechtzeitig wiedergutmacht wurden“ beenden. Eine wesentliche Vertragsverletzung seitens der Klägerin ist, wie dargelegt [Rz. 62 f.], nicht ersichtlich.
- 79 *Die Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht der Beklagten sind nicht erfüllt und ihr Anspruch auf Rückleistung der bezahlten Raten des Gesamtvertragspreises ist zu verneinen.*

Aus den dargelegten Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Schiedsrichter, antragsgemäss zu entscheiden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

[Ohne Unterschrift]

Moot Court Team 3