

Moot Court Team 5
Michèle Anderhub
Simonah Braunschweig
Basil Kirby
Sara Zermatten

EINSCHREIBEN
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3085
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, Deutschland

Vertreten durch Moot Court Team 5

Klägerin und Widerbeklagte

gegen

Brunner Recycling AG
Grenchenbachstrasse 34, CH – 6340 Baar, Schweiz

Beklagte und Widerklägerin

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. Z, sehr geehrter Herr Dr. X, sehr geehrter Herr Dr. Y

Unter Wahrung der angesetzten Frist stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin 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.-;*

etc.

 - *zuzüglich Zins zu 12% seit dem 21. Oktober 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. November 2011;*
 - *CHF 100‘000.- am 21. Dezember 2011;*
 - *CHF 100‘000.- am 21. Januar 2011;*
 - *CHF 100‘000.- am 21. Februar 2011;*
 - *CHF 100‘000.- am 21. März 2011;*

etc.

 - *CHF 100‘000.- am 21. Juni 2013;*

3. *Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*

4. *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 Schrottgläsern, 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.*

5. *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.*

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 zulasten der Beklagten.“*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	I
Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Urteilsverzeichnis	IX
A. Leistung des Kostenvorschusses	1
I. Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses von CHF 125'000.-	1
1. Kompetenz des Schiedsgerichts in Sachen Kostenvorschuss	1
2. Festlegung des Kostenvorschusses.....	1
2.1 Streitwertzusammensetzung und Streitwerthöhe	1
2.2 Begründeter Streitwert	1
3. Anspruch auf Kostenvorschuss	2
3.1 Anspruch aus Schiedsvereinbarung.....	2
3.2 Anspruch aus Gesetz gemäss Art. 2 ZGB	3
II. Eventualiter hypothetischer Rückerstattungsanspruch	3
1. Unechter Vertrag zugunsten eines Dritten gemäss Art. 112 OR.....	3
2. Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht gemäss Art. 97 Abs. 1 OR	4
3. Eventualiter Anspruch aus culpa in contrahendo	5
B. Beweisvorlage	5
I. Anspruch auf Vorlegung des Vertrages und jeder relevanten Korrespondenz	5
1. Ausgangslage	5
2. Anwendbares Recht.....	6
3. Ansprüche der Klägerin	6
3.1 Anspruch aus Vertrag.....	6
3.2 Ansprüche aus Gesetz und den IBA – Rules.....	6
3.3 Eventualiter Anspruch auf Vorlegen des Vertrages	9
II. Folgen bei Verweigerung der Vorlage durch die Beklagte	9
1. Adverse inference bei Nichtvorweisen.....	9
2. Androhung vorsorglicher Massnahmen	9

C. Anspruch auf den Gesamtvertragspreis zuzüglich Zinsen.....	10
I. Vertraglicher Anspruch	10
1. Entstehung des Vergütungsanspruchs	10
2. Fälligkeit.....	10
2.1 Fälligkeit der gestellten Ratenrechnungen	10
2.2 Fälligkeit des restlichen Gesamtvertragspreises	11
II. Gesetzlicher Anspruch.....	12
1. Vergütungsanspruch gemäss Art. 363 i.V.m. Art. 372 OR.....	12
2. Schadenersatzanspruch gemäss Art. 97 Abs. 1 OR	12
2.1 Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung.....	12
2.2 Rechtsfolgen des antizipierten Vertragsbruchs gemäss Art. 107 Abs. 2 OR.....	14
2.3 Fälligkeit des Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung.....	15
III. Vertraglicher Zinsanspruch	15
1. Voraussetzungen des Schuldnerverzugs	15
2. Höhe der geschuldeten Verzugszinsen.....	16
D. Abweisung der Widerklage	16
I. Vertragliche Beendigungsgründe.....	16
II. Gesetzliche Beendigungsgründe	17
1. Grundlegende konzeptionelle Mängel	17
1.1 Einwandfreie Funktion der Bestandteile	17
1.2 Rücktritt gemäss Art. 368 Abs. 1 OR analog.....	17
2. Verzug der Klägerin	19
2.1 Rechtzeitige Erfüllung.....	19
2.2 Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR.....	19
3. Allgemeines Rücktrittsrecht gemäss Art. 377 OR	19
4. Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB.....	20
E. Anhang.....	21
I. Art. 3 Abs. 3 IBA – Rules	21
II. Leistung der Glasbrecheranlage.....	22

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC / BREITSCHMID PETER / FURRER ANDREAS / GRISBERGER DANIEL / HUGUENIN CLAIRE / MÜLLER-CHEN MARKUS / ROBERTO VITO / RUMO-JUNGO ALEXANDRA / SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007.
(zit. CHK – BEARBEITER/IN, Art. x OR, N z)
[Rz. 14 f., 73]
- BERGER BERNHARD / KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006.
(zit. BERGER/KELLERHALS, S. y, N z)
[Rz. 42]
- BOOG CHRISTOPHER, Die Durchsetzung einstweiliger Massnahmen in internationalen Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010.
(zit. BOOG, S. y, N z)
[Rz. 48 f.]
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011.
(zit. GAUCH, N z)
[Rz. 61]
- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008.
(zit. GAUCH/SCHLUEP, N z)
[Rz. 24, 67 f., 70, 76, 78 f.]
- GIRSBERGER DANIEL / VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland, Zürich/Basel/Genf 2008.
(zit. GIRSBERGER/VOSER, S. y, N z)
[Rz. 28]

- HABEGGER PHILIPP, Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement No. 676, Paris 2006, <<http://www.walderwyss.com/publications/414.pdf>> (besucht am: 17. November 2011).
(zit. ICC – B, HABEGGER, S. y, N z)
[Rz. 29 f., 48]
- HABEGGER PHILIPP, New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, NewsLetter No. 23, Zürich 2000, <<http://www.walderwyss.com/publications/258.pdf>> (besucht am: 17. November 2011).
(zit. NEWSLETTER, HABEGGER)
[Rz. 30]
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 1 – 529 OR, 1. Aufl., Basel 2008.
(zit. KK OR – BEARBEITER/IN, Art. x OR, N z)
[Rz. 18, 20 f.]
- HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. / BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007.
(zit. BSK IPRG – BEARBEITER/IN, Art. x IPRG, N z)
[Rz. 43, 48]
- HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Aufl., Basel/Bern/Zürich 2007.
(zit. BSK OR I – BEARBEITER/IN, Art. x OR, N z)
[Rz. 17 f., 20, 22, 66 f., 71, 78, 92]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008.
(zit. HUGUENIN, N z)
[Rz. 15, 20, 24, 79]

- JARVIN SIGVARD, Wenn die beklagte ihren Anteil des Kostenvorschusses nicht bezahlt, in: PLANTEY ALAIN / BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ / BREDOW JENS (Hrsg.), Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994.
(zit. JARVIN, S. y)
[Rz. 7, 12]
- KARRER PIERRE A., Schweizerische Schiedsordnung, in: SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 2. Aufl., Köln 2011.
(zit. KARRER, S. y, N z)
[Rz. 6]
- KRAPFL CLAUDIA, Die Dokumentenvorlage im internationalen Schiedsverfahren, Band 18, in: LABES HUBERTUS W. (Hrsg.), Schriftenreihe der August Maia Berges Stiftung für Arbitrales Recht, Frankfurt am Main 2007.
(zit. KRAPFL, S. y)
[Rz. 42]
- LAZOPOULOS MICHAEL / ROHNER THOMAS, Resonpent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, in: ASA Bulletin, vol. 29 No. 3, Alphen aan den Rijn 2011.
(zit. LAZOPOULOS/ROHNER, S. y)
[Rz. 10, 19]
- RESCHKE-KESSLER HILMAR, Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Band 14, in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.), Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Köln/Berlin/Bonn/München 2001.
(zit. RESCHKE-KESSLER, S. y, N z)
[Rz. 48]
- SCHWAB KARL H. / WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar, 7. Aufl., Bern 2005.
(zit. SCHWAB/WALTER, S. y, N z)
[Rz. 48]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009.
(zit. SCHWENZER, N z)
[Rz. 83]

- SIEBER PHILIPP, Respondent's Refusal to Pay the Advance on Costs: the Contractual and the Procedural Approach, in: FAVALLI DANIELE / FAVRE-BULLE XAVIER / FURRER ANDREAS / GIRSBERGER DANIEL / HABEGGER PHILIPP / KILLIAS LAURENT / MÜLLER CHRISTOPH / PATOCCHI MICHELE / WEBER-STECHER URS (Hrsg.), Selected Papers on International Arbitration 2009/2010, Bern 2011.
(zit. SIEBER, N z)
[Rz. 5, 12]
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97 – 109 OR, Bern 2000.
(zit. BKB – BEARBEITER/IN, Art. x, N z)
[Rz. 18]
- WENGER WERNER, zu Art. 178, in: BERTI STEPHEN V. / HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176 – 194 of the Swiss Private International Law Statute, Den Haag 2000.
(zit. WENGER, S. y, N z)
[Rz. 10 f.]
- WYSS LUKAS F., Vorsorgliche Massnahmen und Beweisaufnahme – die Rolle des staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren, German Arbitration Journal, 9. Jahrgang, Heft 4, Juli/August 2011.
(zit.: SCHIEDSVZ, WYSS, S. y)
[Rz. 30]
- ZUBERBÜHER TOBIAS / MÜLLER CHRISTOPH / HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration Commentary, Zürich/Basel/Genf 2005.
(zit. SR – C, BEARBEITER/IN, S. y, N z)
[Rz. 48]

Urteilsverzeichnis

- BGE 48 II 220 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 4. April 1922.
[Rz. 73]
- BGE 54 II 30 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 7. Februar 1928.
[Rz. 73]
- BGE 69 II 243 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 29. Juni 1943.
[Rz. 64]
- BGE 76 II 300 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 24. Oktober 1950.
[Rz. 73]
- BGE 90 II 428 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. Oktober 1964.
[Rz. 75]
- BGE 98 II 118 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 11. April 1972.
[Rz. 92]
- BGE 106 II 170 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 22. Juli 1980.
[Rz. 44]
- BGE 108 Ia 197 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 10. Mai 1982.
[Rz. 12]

BGE 110 II 141	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 14. Mai 1984. [Rz. 70]
BGE 117 II 273	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. Juni 1991. [Rz. 102]
BGE 117 II 550	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 10. Dezember 1991. [Rz. 85]
BGE 130 III 66	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 21. November 2003. [Rz. 22]
BGer 4P.253/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 25. März 2004. [Rz. 22]
BGer 4C.58/2004	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 23. Juni 2004. [Rz. 70]
BGE 133 III 639	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 18. September 2007. [Rz. 49]
BGer 5A.171/2009	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 15. Oktober 2009. [Rz. 49]

- BGE 136 III 200 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. April 2010.
[Rz. 50]
- BGer 4A.290/2010 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 10. Dezember 2010.
[Rz. 49]
- ZR 1951 Nr. 12 Züricher Obergericht, Urteil der II. Zivilkammer vom 26. Mai 1951.
[Rz. 40]

A. Leistung des Kostenvorschusses

I. Anspruch auf Bezahlung des Kostenvorschusses von CHF 125'000.-

1. Kompetenz des Schiedsgerichts in Sachen Kostenvorschuss

- 1 Der Vertrag BRAG 22102009 über Lieferungen und Leistungen (LV) statuiert in Art. 12.1 eine Schiedsklausel, welche die Zuständigkeit der Schweizerischen Handelskammer begründet. Darin haben die Parteien die Swiss Rules (SR) als deren anwendbare Schiedsordnung erklärt. Die Kompetenz des Schiedsgerichts zur Einforderung des Kostenvorschusses ergibt sich aus Art. 41 Abs. 1 SR. Beide Parteien haben die Anwendbarkeit der Schiedsklausel auf die vorliegende Streitigkeit akzeptiert (vgl. Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage (WK), N 16).
- 2 *Somit ist die Schweizer Handelskammer i.c. zuständig und kompetent, Kostenvorschüsse einzufordern.*

2. Festlegung des Kostenvorschusses

2.1 Streitwertzusammensetzung und Streitwerthöhe

- 3 Die Festlegung des Streitwerts ist für das Zustandekommen des Kostenvorschusses wesentlich, da dieser dessen Höhe bestimmt. Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 187 Abs. 1 IPRG wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt.
- 4 Die Klägerin fordert in ihrer Einleitungsanzeige CHF 3'500'000.-. Wird Widerklage erhoben, bestimmt Appendix B 2.4 SR, dass Klage und Widerklage zusammengezählt werden. Da die Beklagte in ihrer Widerklage CHF 500'000.- fordert, treibt sie den Streitwert auf CHF 4'000'000.- hinauf.

2.2 Begründeter Streitwert

- 5 Die Beklagte behauptet, die Klageforderung sei überhöht und ungerechtfertigt, obwohl es weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung Richtlinien dafür gibt, ab wann ein Streitwert als überhöht gilt (SIEBER, N 56). Angesichts dessen, rechtfertigt sich ein solcher Vorwurf erst bei offensichtlich unbegründeten Klageforderungen, die an Willkür grenzen. I.c. fordert die Klägerin lediglich die restlichen CHF 3'500'000.- des vereinbarten Gesamtvertragspreises, so dass dieses Rechtsbegehren nicht willkürlich sein kann. Die Beklagte kann nicht auf einen Streitwert von höchstens CHF 700'000.- beharren, da das Schiedsgericht, ohne sich der Sache genau angenommen zu haben, nicht über die Höhe des Rechtsbegehrens entscheidet (SIEBER, N 106).

- 6 Die Beklagte ist sich des Inhaltes von Appendix B SR bewusst, da sie daraus ihre Einschreibebühren korrekt ablesen konnte (vgl. WK N 18). Somit kann ihr zugemutet werden, die Bestimmung in Appendix B 2.4 SR bezüglich der Streitwertzusammensetzung zu kennen. Mit Hilfe der Tabelle in Appendix B 2.3 SR hätte die Beklagte den Kostenvorschuss von CHF 125'000.- abschätzen können. Wenn ihr das zu mühsam gewesen wäre, hätte sie dies auch problemlos unter www.swissarbitration.ch/costs.htm (besucht am: 17. November 2011, KARRER, S. 349, N 2) mit dem Kalkulator ausrechnen können. Damit lässt sich ein Durchschnittswert von CHF 124'250.- pro Person berechnen, welcher nahezu identisch mit dem vom Schiedsgericht verlangten Betrag ist.
- 7 Im Schreiben vom 13. September 2011 verlangt die Beklagte eine proportionale Aufteilung des Kostenvorschusses im Verhältnis zu den eingeklagten Forderungen. Somit widersetzt sie sich der vom Schiedsgericht angeordneten hälftigen Teilung des Kostenvorschusses und macht sich zum Richter in eigener Sache (JARVIN, S. 158). Dadurch verletzt sie ein elementares Prinzip im Schiedsverfahren. Des Weiteren ist anzumerken, dass das Schiedsgericht in Art. 41 Abs. 2 SR dazu ermächtigt wird, bei einer Widerklage nach freiem Ermessen die Kostenvorschüsse separat festzusetzen. Dies hat es weder nach Einreichung der Widerklage noch nach dem Schreiben vom 13. September 2011 getan, weshalb die hälftige Teilung verbindlich ist.
- 8 In Art. 41 Abs. 5 SR ist festgehalten, dass allfällige Restbeträge am Ende des Verfahrens den Parteien zurückzuzahlen sind. Wenn sich die Beklagte so sicher ist, dass der Streitwert überhöht ist, sollte sie sich keine Sorgen machen, da sie den Restbetrag am Ende des Verfahrens wieder zurückerstattet bekommt.
- 9 *Die Analyse des Streitwerts zeigt, dass dieser begründet und korrekt zu Stande gekommen ist. Eventualiter hätte die Beklagte allfällige Einwendungen bereits in der Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage vorbringen müssen.*

3. Anspruch auf Kostenvorschuss

3.1 Anspruch aus Schiedsvereinbarung

- 10 Die Schiedsklausel in Art. 12.1 LV verweist auf die SR. Sie ist demnach Bestandteil des Vertrages (LAZOPOULOS/ROHNER, S. 553). Schiedsvereinbarungen enthalten sowohl materiell-rechtliche als auch prozessuale Elemente. Theorien welche sich nur auf eine der beiden Elemente stützen, sind überholt (WENGER, S. 330, N 4).

- 11 Der Kostenvorschuss ist ein materiell-rechtliches Element, da sich die Parteien mit der Schiedsvereinbarung gegenseitig verpflichten, diesen dem Schiedsgericht zu bezahlen (WENGER, S. 330, N 4). Art. 41 Abs. 1 SR sieht hierfür die hälftige Teilung des Kostenvorschusses vor.

3.2 Anspruch aus Gesetz gemäss Art. 2 ZGB

- 12 Treu und Glauben ist ein fundamentales Prinzip im internationalen Schiedsverfahren (JARVIN, S. 155). Die Parteien haben alles zu unterlassen, was die reibungslose Durchführung des Schiedsverfahrens verzögern könnte (BGE 108 Ia 197, 201, E. 3). Sie können nicht die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren, ohne dafür zu sorgen, dass das Verfahren ordnungsgemäss abgehalten werden kann. Folglich verletzt die Beklagte durch ihre Zahlungsverweigerung sowohl das Prinzip *pacta sunt servanda* als auch das Verbot *venire contra factum proprium* (SIEBER, N 97). Die Klägerin durfte in guten Treuen darauf vertrauen, dass die Beklagte den Kostenvorschuss bezahlt, da ansonsten die Durchführung des Schiedsverfahrens gefährdet wird (vgl. Art. 41 Abs. 4 SR).
- 13 *Es ist somit festzuhalten, dass die Beklagte zur Bezahlung ihres Kostenvorschusses verpflichtet ist. Dies ergibt sich einerseits aus der materiell-rechtlichen Natur der Pflicht zur Kostenvorschussbezahlung. Andererseits basiert der klägerische Anspruch auf dem Gebot von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB.*

II. Eventualiter hypothetischer Rückerstattungsanspruch

1. Unechter Vertrag zugunsten eines Dritten gemäss Art. 112 OR

- 14 Damit ein Vertrag gemäss Art. 112 OR zustande kommt, müssen die Willensäusserungen der Parteien darauf ausgerichtet sein *zugunsten eines Dritten* zu leisten, wobei diese Leistung auf Rechnung des Promissars erfolgt (CHK – REETZ/GRABER, Art. 112 OR, N 18). Die Verpflichtung an den Dritten zu leisten kann dabei ausdrücklich oder konkludent vom Promittent geäussert werden (CHK – REETZ/GRABER, Art. 112 OR, N 16). Eine weitere Voraussetzung von Art. 112 OR ist, dass Angaben zur Person des Dritten erfolgen (CHK – REETZ/GRABER, Art. 112 OR, N 19). In Art. 41 Abs. 1 SR verpflichten sich die Parteien, den Kostenvorschuss an das Schiedsgericht zu leisten. Diese Bestimmung begünstigt einen Dritten und wurde von beiden Parteien mit Unterzeichnung der Schiedsklausel akzeptiert (vgl. Rz. 1).
- 15 Beim *unechten* Vertrag zugunsten Dritter hat der Begünstigte kein Forderungsrecht (HUGUENIN, N 1145). Der Promissar kann jederzeit die Drittbegünstigung widerrufen und die Leistung an sich selbst verlangen (CHK – REETZ/GRABER, Art. 112 OR, N 21). Das Schiedsgericht kann die Bezahlung des Kostenvorschusses nicht erzwingen; sie ist die Begünstigte.

Wenn die Klägerin den Kostenvorschuss der Beklagten leistet, wäre sie Promissarin und könnte somit die Leistung an sich selbst verlangen.

- 16 *Die Schiedsvereinbarung wird als Vertrag zugunsten Dritter qualifiziert. Bei einer allfälligen Bezahlung des Kostenvorschusses der Beklagten hätte die Klägerin einen Rückerstattungsanspruch von CHF 125'000.-.*

2. Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht gemäss Art. 97 Abs. 1 OR

- 17 Vertragliche Nebenpflichten können unterteilt werden in erzwingbare leistungsbegleitende Pflichten und in nicht erzwingbare Verhaltenspflichten (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97 OR, N 32). Leistungsbegleitende Pflichten stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der vertraglichen Hauptpflicht (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97 OR, N 33). Die Nebenpflicht zur Leistung des Kostenvorschusses weist einen engen Konnex mit der Hauptpflicht zur Durchführung des Schiedsverfahrens auf und ist somit als erzwingbare leistungsbegleitende Pflicht zu qualifizieren. Die Beklagte verletzt somit eine erzwingbare Nebenpflicht.
- 18 Der Schaden stellt eine unfreiwillige Vermögensminderung dar und wird anhand der Differenztheorie ermittelt (vgl. BKB – WEBER, Art. 97 OR, N 153). Demnach ergibt er sich aus der Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand und der hypothetischen Vermögenssituation, die ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses bestehen würde (KK OR – THIER, Art. 97 OR, N 18). Die Vermögenseinbusse kann durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder durch entgangenen Gewinn entstehen (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97 OR, N 38).
- 19 Für die Geltendmachung des Schadens ist es irrelevant, dass die endgültige Kostenverteilung erst am Ende des Schiedsverfahrens erfolgt. Es genügt, dass die Klägerin vorübergehend eine Vermögenseinbusse erleidet (LAZOPOULUS/ROHNER, S. 560). Wenn die Klägerin den Kostenvorschuss der Beklagten bezahlt, vermindern sich ihre Aktiven und es entsteht ihr ein Vermögensschaden in der Höhe von CHF 125'000.-.
- 20 Die Kausalität ist der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Schaden (KK OR – THIER, Art. 97 OR, N 19). Kann die schädigende Ursache nicht hinweggedacht werden ohne dass der Schaden ebenfalls entfiere, liegt ein natürlicher Kausalzusammenhang vor (vgl. HUGUENIN, N 626). Die adäquate Kausalität ist gegeben, wenn die schädigende Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung dazu geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97 OR, N 41). Die Zahlungsverweigerung durch die Beklagte ist der Grund dafür, dass der Klägerin ein Schaden im Wert von CHF 125'000.- entsteht, falls sie den Kostenvorschuss der Beklagten leistet.

- 21 Das Verschulden der Beklagten wird vermutet und muss nicht bewiesen werden (KK OR – THIER, Art. 97 OR, N 20).
- 22 Art. 97 OR ist auf alle Verbindlichkeiten anwendbar, so dass auch wenn die Schiedsvereinbarung in Bezug auf den Kostenvorschuss nicht als Vertrag qualifiziert werden würde, Art. 97 OR dennoch anwendbar wäre (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97 OR, N 3). Da eine Schiedsvereinbarung den verbindlichen Willen zwei oder mehreren Parteien aufzeigt, Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht zu regeln, ist sie unter Art. 97 OR zu subsumieren (BGE 130 III 66, E. 3.1; BGer 4P.253/2003, E. 5.1).
- 23 *Die Klägerin hat aus Art. 97 Abs. 1 OR einen Anspruch auf Schadenersatz in der Höhe von CHF 125'000.- wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht. Ergo ist ein Rückerstattungsanspruchs des Kostenvorschusses gegeben.*

3. Eventualiter Anspruch aus culpa in contrahendo

- 24 Verstösst eine Partei gegen Treu und Glauben, kann sie aus culpa in contrahendo zur Verantwortung gezogen werden, sofern ein rechtliches Sonderverhältnis und ein schutzwürdiges Interesse gegeben ist (GAUCH/SCHLUEP, N 963; HUGUENIN, N 956 ff.).
- 25 I.c. ist ein rechtliches Sonderverhältnis durch die Schiedsvereinbarung geschaffen worden. Die Parteien dürfen sich nach Treu und Glauben darauf verlassen, dass bei Streitigkeiten das Schiedsgericht angerufen, und alles reibungslos ablaufen wird. Dadurch, dass die Beklagte sich weigert, ihren Anteil des vom Gericht festgelegten Kostenvorschusses über CHF 125'000.- zu leisten, verletzt sie das schutzwürdige Vertrauen der Klägerin.
- 26 Zudem werden Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden gemäss Art. 97 Abs. 1 OR ebenfalls vorausgesetzt. Diese sind, wie in Rz. 18 ff. dargelegt, gegeben.
- 27 *Denselben Rückerstattungsanspruch kann die Klägerin auch gestützt auf culpa in contrahendo geltend machen.*

B. Beweisvorlage

I. Anspruch auf Vorlegung des Vertrages und jeder relevanten Korrespondenz

1. Ausgangslage

- 28 Um beweisen zu können, dass die Glaszusammensetzung, welche die Beklagte zur Speisung der Maschine benutzte, nicht den vertraglichen Vorbedingungen entsprach, braucht es den Vertrag sowie jede erforderliche Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glasliefer-

ranten. Mit der Bezeichnung „Dokument“ stützt sich die Beklagte auf die Begriffsbestimmungen der IBA – Rules (vgl. GIRSBERGER/VOSER, S. 214, N 734).

- 29 Die Klägerin stützt sich dabei auf ihr Recht, Beweise nicht bloss hervorbringen zu können, sondern auch Beweise anzufordern (ICC – B, HABEGGER, S. 24, N 13). Dies ergibt sich aus der Garantie des rechtlichen Gehörs in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV).

2. Anwendbares Recht

- 30 Die Verfahrensgarantie des rechtlichen Gehörs in Art. 29 Abs. 2 BV beinhaltet das Recht der Parteien, Beweise hervorbringen zu können, um ihre Ansichten darzulegen (ICC – B, HABEGGER, S. 24, N 13). Die anwendbaren Regeln im Beweisverfahren und die Frage der Zulässigkeit von Beweismitteln bestimmen sich nach lex fori (SCHIEDSVZ, WYSS, S. 201), ergo ist Art. 182 Abs. 1 IPRG anzuwenden. Art. 182 Abs. 1 IPRG verweist auf das von den Parteien bezeichnete anwendbare Recht. I.c. sind dies, wie in Art. 12.1 LV festgehalten, die SR. Zudem sind die IBA – Regeln, gemäss Punkt 7 des Konstituierung- und Verfahrensbeschlusses Nr. 1 vom 5. September 2011, zu berücksichtigen. Diese geben vor, dass die Kompetenz zur Beweisanforderung und die Bestimmung der Zulässigkeit der Beweismittel alleine beim Schiedsgericht liegen (NEWSLETTER, HABEGGER).

3. Ansprüche der Klägerin

3.1 Anspruch aus Vertrag

- 31 Die Verpflichtung zur Vorlage der Dokumente ergibt sich aus Art. 8.1 LV, wo ausdrücklich festgehalten wird, dass die Beklagte „alle Daten und Informationen der Anlage zur Verfügung zu stellen hat“ insbesondere diejenigen von Annex III. In Annex III 5.2.2 verpflichtet sich der Auftraggeber für „die Bereitstellung des für die Produktionslinie notwendigen Materials in Qualität und Menge wie für die Produktion benötigt“ und in Annex III 6.1 steht die genau verlangte Glaszusammensetzung.
- 32 Die Beklagte hat sich zudem im 2. Protokoll über die Inbetriebnahme vom 29. November 2010 (B – 1) schriftlich dazu verpflichtet, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen.
- 33 *Die Beklagte ist verpflichtet, die Glaszusammensetzung ausfindig zu machen und der Klägerin vorzulegen.*

3.2 Ansprüche aus Gesetz und den IBA – Rules

- 34 Laut Art. 184 Abs. 1 IPRG nimmt das Schiedsgericht die Beweise selber ab. Die Klägerin ersucht das Schiedsgericht die Beklagte zur Vorlage der nachstehend definierten Dokumente i.S.v. Art. 24 Abs. 3 SR aufzufordern. Die Klägerin stützt ihren Antrag zur Vorlegung der

Dokumente auf Art. 3 Abs. 3 IBA – Rules, welcher vorgibt, was im Antrag enthalten sein muss. Es empfiehlt sich den folgenden Abschnitt zusammen mit Art. 3 Abs. 3 IBA – Rules (siehe Anhang I) zu lesen, da nachstehend lediglich seine Subsumtion erfolgt.

- 35 • Art. 3 Abs. 3 lit. a:
- i) Der Vertrag zwischen der Beklagten und dem Glaslieferungsunternehmen, welcher Herr Fuchs in B – 1 erwähnte. Des Weiteren stellt die Klägerin das Begehren zur Vorlage jeder E-Mail-Korrespondenz die zwischen der Beklagten und dem besagtem Schrotthändler nach Inkrafttreten des Vertrages der bezeichneten Parteien stattgefunden hat.
- 36 - ii) Die Klägerin verlangt zudem Einsicht in jede weitere Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem Glaslieferanten, sofern diese die Glaszusammensetzung zum Inhalt haben. Zeitlich beschränkt sich die Vorlage auf alle Korrespondenzen, die nach Inkrafttreten des Glaslieferungsvertrages entstanden sind. Für die Existenz dieser weiteren Korrespondenzen bestehen genügende Anhaltspunkte, da sich die Beklagte in mehreren Gesprächen mit der Klägerin darüber äusserte.
- Um die Dokumentensuche zu erleichtern, sind vor allem schriftliche Korrespondenzen, in concreto Briefe, zu beachten. Als Suchbegriff zur Auffindung weiterer elektronischen Daten eignet sich der Name des Glaslieferunternehmens.
- Frau Abderhalden oder Herr Fuchs dürften wohl am besten über weitere Korrespondenzen informiert sein.
- 37 • Art. 3 Abs. 3 lit. b: Das Glaslieferungsunternehmen hat das Glas geliefert, welches nach Erachten der Klägerin der Grund dafür war, dass die Maschine nachdem Herrn Kummer die Anlage verlassen hat, erneut nicht funktionierte. Diese Vermutung wurde von der Klägerin bereits mehrfach geäussert, es bedarf jedoch der Vorlage des Vertrages, um dies endgültig beweisen zu können. Da im Vertrag die vereinbarte Glaszusammensetzung von der Brunner Recycling AG und dem Schrotthändler vermutet wird, könnte die Klägerin damit beweisen, dass die Fehler, welche sich über Nacht ergaben, bei der Beklagten lagen und nicht an einem grundlegenden konzeptionellen Mangel der Maschine.
- 38 Auch bei dem Begehren auf Vorlegung der E-Mail-Korrespondenzen stützt sich die Klägerin auf die Aussage von Herrn Fuchs, die Glaszusammensetzung sei sicherlich in der E-Mail-Korrespondenz festgehalten. Diese Aussage ist auch in B – 1 festgehalten. Dass auch diese Dokumente vorgelegt werden, ist von Bedeutung, falls die entsprechende Glaszusammensetzung nicht im Vertrag erwähnt ist. Aber auch wenn die Zusammensetzung

bereits im Vertrag steht ist es von Vorteil, trotzdem die E-Mail-Korrespondenzen anzuschauen. Für den Fall, dass die beiden Parteien in der Zwischenzeit etwas anderes vereinbart haben.

39 Jede weitere Korrespondenz ist von Bedeutung, um Sicherzustellen, dass die Glaszusammensetzung nicht geändert wurde.

40 • Art. 3 Abs. 3 lit. c:

- i) Die vorzulegenden Dokumente befinden sich im Besitz der Beklagten. Gemäss Rechtsprechung des Kantons Zürichs genügt es, wenn eine Partei behauptet, dass sich die Dokumente in der Gewalt der Gegenpartei befinden (ZR 1951 Nr.12).

41 - ii) Dieser Abschnitt des Artikels findet i.c. keine Anwendung.

42 Einwendungen, welche die Beklagte nach Art. 9 Abs. 2 IBA – Rules vorbringen könnte, sind nicht ersichtlich. Für die Herausgabe aller aufgezeigten Dokumente spricht der Grundsatz der IBA – Rules, nämlich die Effizienz und Wirtschaftlichkeit bei der Beweiserhebung im internationalen Schiedsverfahren (KRAPFL, S. 253). Wobei das Gesuch auf eine detaillierte Kategorie von Dokumenten, was hier der Fall ist, durchaus möglich ist und von der Klägerin auch verlangt werden kann (BERGER/KELLERHALS, S. 429, N 1216).

43 Das Verlangen von parteiinternen Unterlagen ist gemäss IBA – Rules erlaubt (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 IPRG, N 19). Die Kooperationspflicht ergibt sich aus Treu und Glauben, gemäss Art. 2 ZGB, und stellt einen weiteren Grund dar, weshalb die Dokumente vorzulegen sind (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 IPRG, N 54).

44 Die Rechtsprechung besagt, dass Beweise abzunehmen sind, sofern die Beweisanforderung frist- und formgemäss erfolgt ist und eine Rolle bei der Entscheidfällung spielt (BGE 106 II 170, E. 6b). I.c. wurde die Klägerin diesen Anforderungen gerecht. Die Klägerin beruft sich nochmals explizit auf das rechtliche Gehör, welches auch in Art. 182 Abs. 3 IPRG festgehalten wird.

45 Es ist noch anzumerken, dass die Klägerin keinesfalls allfällige Verschwiegenheits- oder sonstige Geheimhaltungspflichten der Beklagten nach Art. 9 Abs. 2 IBA – Rules verletzen möchte. Die von einem Geheimhaltungsinteresse betroffenen Stellen können selbstverständlich zensiert werden. Einzig die Passagen betreffend die Glaszusammensetzung und allfällige Abmachungen darüber müssen sichtbar sein.

46 *Die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 3 IBA – Rules liegen vor, womit die Klägerin einen Anspruch auf Vorlage der Dokumente hat. Der Beklagten stehen keine Einwendungen aus Art. 9 Abs. 2 IBA-Rules zu, da ihre Geschäftsinteressen bestens gewahrt werden.*

3.3 Eventualiter Anspruch auf Vorlegen des Vertrages

- 47 Falls das Schiedsgericht die bezeichneten Dokumente als ungenügend definiert oder als nicht relevant erachtet, ist zumindest dem Begehren, dass nur der Vertrag vorzuweisen sei, statt zu geben. Der Vertrag ist aus den oben genannten Gründen von grosser Bedeutung. Er ist das wichtigste Beweismittel, da davon auszugehen ist, dass in diesem Vertrag die Glaszusammensetzung festgehalten ist.

II. Folgen bei Verweigerung der Vorlage durch die Beklagte

1. Adverse inference bei Nichtvorweisen

- 48 Für den Fall des Nichtvorlegens der Dokumente seitens der Beklagten, ersucht die Klägerin das Gericht, sie auf Art. 28 Abs. 3 SR und Art. 9 Abs. 5 IBA – Rules zu verweisen (vgl. BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 IPRG, N 21). Bei Vereitelung der Beweisvorlage rechtfertigen sich beweisrechtliche Konsequenzen bis hin zur Umkehr der Beweislast (SCHWAB/WALTER, S. 162, N 12). Danach kann das Schiedsgericht davon ausgehen, dass das Dokument den Interessen der verweigernden Partei zuwiderläuft (RESCHKE/KESSLER, S. 58, N 8). Dieser nachteilige Rückschluss steht dem Schiedsgericht zu, sofern die Gegenpartei keine triftigen Gründe gegen das Vorbringen der Dokumente hervorbringt oder wenn sie das Vorbringen unterlässt, ohne Einwendungen dagegen erhoben zu haben (SR – C, NATER-BASS, S. 215, N 20; BOOG, S. 79, N 164). Das Schiedsgericht darf in einem solchen Fall die Behauptung der Antragstellerin als wahr erachten (ICC – B, HABEGGER, S. 27, N 27).

2. Androhung vorsorglicher Massnahmen

- 49 Das schweizerische Recht räumt dem Schiedsgericht eine weitgehende Befugnis zur Anordnung einstweiliger Massnahmen ein (vgl. Art. 183 Abs. 1 IPRG; BOOG, S. 32, N 57 f.). Die Kompetenz des Schiedsgerichts zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus der Schiedsvereinbarung oder aus den institutionellen Schiedsordnungen, auf welche die Schiedsvereinbarung explizit verweist (BOOG, S. 31, N 53). I.c. ergibt sich die Kompetenz aus Art. 26 Abs. 1 SR. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen bei der Beweisführung wurde von der Rechtsprechung mehrfach bestätigt (BGE 133 III 639, E. 2; BGer 5A.171/2009, E. 1.6).
- 50 Sollte sich die Beklagte weiterhin weigern, die Dokumente herauszugeben, bittet die Klägerin das Schiedsgericht vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 26 Abs. 1 SR anzudrohen. Der Artikel räumt dem Schiedsgericht die Kompetenz zur Erlassung einer solchen Massnahme ein. Wie in der Rechtsprechung festgehalten, darf man damit auch zu einem Tun verpflichten mit sogenannten Leistungsmassnahmen (BGE 136 III 200, E. 2.3.2).

C. Anspruch auf den Gesamtvertragspreis zuzüglich Zinsen

I. Vertraglicher Anspruch

1. Entstehung des Vergütungsanspruchs

51 Die Bietmann Industrieanlagen AG und die Brunner Recycling AG haben im Art. 4.1 LV einen Gesamtvertragspreis von CHF 4'000'000.- vereinbart. Dieser Vertrag wurde am 22. Oktober 2009 gültig abgeschlossen, trat gemäss Art. 19 LV am selben Tag in Kraft, so dass der Vergütungsanspruch der Klägerin mit Vertragsschluss entstand.

2. Fälligkeit

2.1 Fälligkeit der gestellten Ratenrechnungen

52 Der Gesamtvertragspreis soll gemäss Art. 4.2 LV, abgesehen von zwei Anzahlungen in der Höhe von je CHF 200'000.- (vgl. Art. 4.2.1 LV), in 36 monatlichen Raten à CHF 100'000.- beglichen werden (vgl. Art. 4.2.2 LV). Dabei soll die erste Ratenzahlung zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme fällig werden (Art. 4.2.2 i.V.m. Art. 8 LV). Der Vertrag definiert die Inbetriebnahme als Zeitraum zwischen Montageende und Abnahme (Art. 8.1 LV).

53 Sind die Montagearbeiten soweit fortgeschritten, dass der Kalttest erfolgreich abgeschlossen wurde, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber das Ende der Montage anzuzeigen (Art. 7.1 LV). Falls die anschliessende gemeinsame Prüfung der Anlage zeigt, dass die Glasbrechermaschine für die Inbetriebnahme bereit ist, wird das Montageende zertifiziert (vgl. Art. 7.2 LV). Die Parteien haben am 9. Juni 2010 unter Punkt 1 und 2 des 1. Protokolls über Montage und Inbetriebnahme (K – 2) die Inbetriebnahmebereitschaft der Anlage attestiert und das Montageende zertifiziert. Als Montageende gilt gemäss Art. 7.3 LV der Tag der Anzeige. Somit begann die Inbetriebnahme unmittelbar nach Anzeige des Montageendes, welche zwingend vor dem 9. Juni 2010 erfolgte (vgl. Art. 7.3 i.V.m. Art. 8.1 LV).

54 Die Abnahme erfolgt unter anderem, wenn aus Gründen, für die der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist, die Leistungstests innerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten (vgl. Art. 8.3 LV). Leistungstests gelten als erfüllt, wenn während ihrer Durchführung die Leistungsgarantie erreicht wird (vgl. Annex III 5.2.1 i.V.m. 6.2). Laut K – 2 verlief der Leistungstest gut, bis ein „grosses, sperriges Eisenglasstück (1.6 x 0.3 x 0.3 m)“ die Warminbetriebnahme zum Erliegen brachte. Davor erreichte die Glasbrecheranlage einen Leistungsdurchschnitt von 4 Tonnen pro Stunde (vgl. K – 2). Die in Annex III 6.2 vereinbarte durchschnittliche Leistungsgarantie von 5 Tonnen pro Stunde wur-

de nicht erreicht, weil das spezifische Mindestgewicht der Glasstücke lediglich einen Durchschnitt von 0.55 Tonnen pro Kubikmeter aufwies (vgl. K – 2). Somit scheiterte der Leistungstest, weil die Glaszusammensetzung nicht den vertraglichen Vorgaben gemäss Annex III 6.1 entsprach, wonach Glasstücke eine maximale Grösse von 1.5 x 0.5 x 0.2 m aufweisen dürfen und ein spezifisches Mindestgewicht von 0.8 Tonnen pro Kubikmeter erreichen müssen. Mit der vorgeschriebenen Glaszusammensetzung wären die Leistungsgarantien erfüllt worden (siehe Anhang II).

- 55 Der Auftraggeber ist gemäss Art. 3.1 LV für die Bereitstellung aller erforderlichen Medien verantwortlich, die nicht im Leistungs- und Lieferumfang des Auftragnehmers liegen. Laut Art. 2.1 LV liegt die Hauptpflicht des Auftragnehmers in der Erbringung vertragskonformer Arbeitsleistungen. Glas ist unter anderem ein notwendiges Medium zur Erfüllung des Warmtests (vgl. Annex I 3.3.1 i.V.m. Art. 8.2 LV). Folglich liegt die Glaszusammensetzung in der Verantwortung der Beklagten (vgl. Annex III 5.2.2).
- 56 Wie bereits erwähnt wird der Inbetriebnahmezeitraum mit der Abnahme beendet. Diese gilt als erfolgt, wenn innerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten des LV die Leistungstests nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnte und der Auftraggeber das Scheitern zu verantworten hat (vgl. Art. 8.3 i.V.m. Art. 8.1 LV). Der LV trat gemäss Art. 19 LV mit Unterzeichnung am 22. Oktober 2009 in Kraft, so dass es spätestens am 23. Juni 2010 zur Abnahme kam (vgl. Art. 5.2 LV i.V.m. Art. 132 Abs. 1 OR). Somit wurde die erste Rate im Juli 2010 fällig (vgl. Art. 4.2.2 LV).
- 57 *Die Beklagte trägt die Schuld am Scheitern des Leistungstests, weshalb die Abnahme 8 Monate nach Inkrafttreten des Vertrages erfolgte. Abschliessend kann festgehalten werden, dass die Klägerin am 23. Juni 2010 mit der Abnahme des Werkes vertragskonform erfüllt hat und dadurch von all ihren Verpflichtungen befreit wurde (vgl. Art. 8.3 LV).*

2.2 Fälligkeit des restlichen Gesamtvertragspreises

- 58 Gemäss Art. 4.2.2 LV haben die Parteien für 90 % des Gesamtvertragspreises Ratenzahlungen vereinbart. Diese Zahlungsmodalität ist ein Privileg, welches die Klägerin der Beklagten einräumt. Im Gegenzug verpflichtet sich die Beklagte die monatlichen Raten gemäss Art. 4.2.3 LV ab dem dritten Monat nach Inbetriebnahme um den durch den Betrieb der modernisierten Anlage eingesparten Betrag zu erhöhen. Folglich besteht zwischen dem Betrieb der modernisierten Anlage und den vereinbarten Zahlungsbestimmungen ein Konnex. Im Hinblick auf das Telefonat am 7. Januar 2011, in dem die Beklagte ausdrücklich die Abholung der von ihr bereits demontierten Glasbrechermaschine verlangte, ist der weitere Betrieb der Anlage nicht mehr möglich.

- 59 Ergo können wegen der Beklagten keine monatlichen Einsparungen mehr erzielt werden, so dass Art. 4.2.3 LV gegenstandslos wird und die privilegierte Zahlungsmodalität stossend erscheint.
- 60 *In Anbetracht der veränderten Konstellation befriedigt eine sofortige Fälligkeit des Gesamtvertragspreises das Gerechtigkeitsgefühl mehr als ein penibles Beharren auf eine zwar vereinbarte, aber nicht mehr durchführbare Zahlungsmodalität.*

II. Gesetzlicher Anspruch

1. Vergütungsanspruch gemäss Art. 363 i.V.m. Art. 372 OR

- 61 Der LV wurde von der Beklagten zu Recht als Werklieferungsvertrag im Sinne von Art. 363 OR qualifiziert (vgl. WK N 12). Gemäss Art. 363 OR verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Bezahlung des Werklohns, wobei der Vergütungsanspruch bei Vertragsschluss entsteht. Fällig wird der Werklohn erst bei Ablieferung des Werkes (Art. 372 Abs. 1 OR). Die gesetzliche Fälligkeitsregelung in Art. 372 OR enthält dispositives Recht (GAUCH, N 1162).
- 62 *Somit hat die Klägerin gemäss Art. 363 OR einen gesetzlichen Vergütungsanspruch, dessen Fälligkeit sich aber nach Art. 4.2.2 i.V.m. Art. 4.2.4 LV richtet.*

2. Schadenersatzanspruch gemäss Art. 97 Abs. 1 OR

2.1 Voraussetzungen der positiven Vertragsverletzung

- 63 Am 31. Dezember 2010, anlässlich eines Gesprächs mit den Vertretern der Brunner Recycling AG, erklärte die Geschäftsleiterin der Beklagten, dass sie die Auflösung des Vertrags anstreben und sich deshalb weigern werden, weitere Zahlungen zu leisten. Zudem verlangt die Beklagte am 7. Januar 2011 infolge eines Telefonats die Abholung der bereits demontierten Glasbrecheranlage. Mit diesem Verhalten verstösst die Beklagte gegen Art. 2.2 LV, wonach die erfolgreiche und termingerechte Fertigstellung der Anlage das Ergebnis der Bemühungen beider Parteien sein soll.
- 64 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung formuliert dieses Vereitelungsverbot wie folgt: „Jede Vertragspartei hat die allgemeine Pflicht, alle Handlungen zu unterlassen, die geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln“ (BGE 69 II 244, E. 4). Gibt der Vertragspartner vor Fälligkeit eindeutig zu verstehen, dass er die Erfüllung verweigern werde, vereitelt er dadurch nicht nur den Vertragszweck, sondern zerstört auch das Vertrauen in die Vertragstreue der Gegenpartei (BGE 69 II 244, E. 4). Dieses treuwidrige Verhalten stellt ein antizipierter Vertragsbruch dar, der gemäss Lehre und Rechtsprechung den positiven Vertragsverletzungen unterstellt wird (BGE 4C.58/2004, E. 3.3). Im vorliegenden Fall waren am

31. Dezember 2010 bereits fünf fällige Ratenzahlungen ausstehend, wobei 30 Ratenzahlungen noch bevorstanden, so dass der gesamte Vertragspreis erst im Juli 2013 fällig wäre. Dennoch gab die Beklagte im Dezember 2010 und Januar 2011 unmissverständlich zu verstehen, dass sie die weiteren Ratenzahlungen verweigern werde. Somit hat die Beklagte vor der Fälligkeit des Gesamtvertragspreises die Vertragserfüllung verweigert und einen antizipierten Vertragsbruch begangen.

- 65 Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR wird der Schuldner schadenersatzpflichtig, wenn er nichtgehörig erfüllt und dadurch einen kausalen Schaden verursacht für den er verantwortlich ist. I.c. wird der Tatbestand der nichtgehörigen Erfüllung durch die positive Vertragsverletzung in Form eines antizipierten Vertragsbruchs erfüllt.
- 66 Der Schaden ist per Definition eine unfreiwillige Vermögensminderung und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen und dem hypothetischen Vermögensstand, den das Vermögen ohne die schädigende Handlung hätte (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97, N 38). Der Vermögensschaden der Klägerin beläuft sich auf CHF 3'500'000.- nebst Zinsen, aufgrund nichtvergüteter Lieferungen und getätigten Arbeitsaufwendungen.
- 67 Die Schadenersatzpflicht wird nur ausgelöst, wenn zwischen der nichtgehörigen Erfüllung und dem verursachten Schaden ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht (GAUCH/SCHLUEP, N 2621). Ist eine Ursache *conditio sine qua non* für den Erfolg und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet den entstandenen Schaden herbeizuführen, kann der natürliche und der adäquate Kausalzusammenhang bejaht werden (BSK OR I – WIEGAND, Art. 97 OR, N 41). Der antizipierte Vertragsbruch ist i.c. natürlich kausal für den Vermögensschaden, denn er kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete Schaden ebenfalls entfiel. Zudem sind antizipierte Vertragsbrüche objektiv und generell geeignet Schädigungen auszulösen, so dass im vorliegenden Fall zwischen dem Verhalten der Beklagten und dem Vermögensschaden der Klägerin eine adäquate Kausalität besteht.
- 68 Schliesslich muss die positive Vertragsverletzung in der Verantwortung des Schuldners liegen, wobei sein Verschulden vermutet wird (GAUCH/SCHLUEP, N 2622). Die Beklagte hat trotz Kenntnis ihrer allgemeinen und vertraglichen Pflichten willentlich einen antizipierten Vertragsbruch begangen.
- 69 *Folglich hat die Beklagte schuldhaft einen widerrechtlichen Vermögensschaden bei der Klägerin verursacht, in dem sie die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflicht vorzeitig verweigert.*

2.2 Rechtsfolgen des antizipierten Vertragsbruchs gemäss Art. 107 Abs. 2 OR

- 70 Sind alle Tatbestandselemente von Art. 97 Abs. 1 OR kumulativ gegeben, trifft den Schuldner eine Schadenersatzpflicht. Beim Vorliegen einer qualifizierten positiven Vertragsverletzung kann der Gläubiger zudem die in Art. 107 ff. OR statuierten Rechtsbefehle geltend machen (GAUCH/SCHLUEP, N 2624). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird dem antizipierten Vertragsbruch eine solche Qualifizierung zugesprochen (BGE 110 II 143, E. 1b). Des Weiteren muss ein synallagmatischer Vertrag betroffen sein (vgl. Art. 107 Abs. 1 OR). I.c. haben die Parteien einen Werklieferungsvertrag geschlossen, so dass ein vollkommen zweiseitiges Vertragsverhältnis vorliegt. Folglich kann sich die Klägerin auf die Rechtsbefehle in Art. 107 ff. OR berufen (BGer 4C.58/2004, E. 3.3). Diese Rechte stehen ihr auch aus Verzug der Beklagten gemäss Art. 102 ff. OR zu (vgl. Rz. 78 ff.).
- 71 Bevor die Gläubiger von ihren Wahlrechten Gebrauch machen kann, muss sie dem Schuldner noch eine letzte Opportunität gewähren, um allenfalls doch noch zu leisten (vgl. Art. 107 Abs. 1 OR). Ausnahmsweise muss die Gläubigerin dem Schuldner keine Nachfrist gewähren und zwar wenn aus dessen Verhalten hervorgeht, dass eine solche sich als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Die antizipierte Leistungsverweigerung begründet die Entbehrlichkeit einer Nachfrist (BSK OR I – WIEGAND, Art. 108 OR, N 2), so dass die Klägerin nicht verpflichtet ist der Beklagten eine Nachfrist zu gewähren.
- 72 Die Gläubigerin kann in analoger Anwendung der Verzugsbestimmungen gemäss Art. 107 Abs. 2 OR entweder auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung beharren oder auf nachträgliche Leistung verzichten. Wenn die Gläubigerin auf die nachträgliche Leistung verzichtet, kann sie, unter Aufrechterhaltung des Vertrags, Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR). Die Klägerin verzichtet auf die nachträgliche Leistung und verlangt von der Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR).
- 73 Die unverzügliche Verzichtserklärung, wie sie Art. 107 Abs. 2 OR vorsieht, ist laut Bundesgericht entbehrlich, wenn der Entschliessung mangels Wahlmöglichkeit praktisch keine Bedeutung zukommt (BGE 54 II 30, 32). Das Erfordernis der unverzüglichen Verzichtserklärung setzt somit voraus, dass der Gläubiger zwischen den ihm offenstehenden Rechtsbefehlen wählen kann (BGE 76 II 305, E. 2). Hat der Schuldner einen antizipierten Vertragsbruch begangen, kann der Gläubiger seinetwegen quasi nicht mehr frei wählen, so dass die Einrede des Schuldners, der Gläubiger habe den Verzicht nicht unverzüglich erklärt, in sich widersprüchlich ist und gegen Treu und Glauben verstösst (BGE 48 II 225, E. 2). Ein solches Verhalten ist

nicht schützenswert, weshalb die Verzichtserklärung nicht unverzüglich erfolgen muss (CHK – A. FURRER/R. WEY, Art. 109 OR, N 23).

- 74 *Folglich kann die Klägerin hiermit die Leistungsverweigerungserklärung gemäss Art. 107 Abs. 2 OR abgeben, ohne dass die Beklagte ihr die Einrede des verspäteten Vorbringens entgegenhalten kann. Die Klägerin hat somit einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung.*

2.3 Fälligkeit des Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung

- 75 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden Forderungen aus nicht gehöriger Erfüllung im Zeitpunkt der Vertragsverletzung fällig (BGE 90 II 428, E. 9). I.c. erfolgte der antizipierte Vertragsbruch am 31. Dezember 2010 eventualiter spätestens am 7. Januar 2011, so dass der Anspruch der Klägerin bereits fällig ist.
- 76 Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung entspricht dem Erfüllungsinteresse, wonach der Schuldner den Gläubiger so stellen muss, wie wenn er den Vertrag korrekt erfüllt hätte (GAUCH/SCHLUEP, N 2900). Somit beläuft sich der klägerische Anspruch im vorliegenden Fall auf CHF 3'500'000.- nebst Verzugszinsen in der Höhe von 12 % (vgl. Art. 4.2.2 i.V.m. 4.3 LV).
- 77 *Die Klägerin wandelt im Rahmen ihrer Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ihre primäre Forderung auf Vertragserfüllung in eine sekundäre Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung, welche spätestens im Januar 2011 fällig wurde.*

III. Vertraglicher Zinsanspruch

1. Voraussetzungen des Schuldnerverzugs

- 78 Beim Schuldnerverzug gemäss Art. 102 OR wird die versprochene Leistung nicht zum geschuldeten Zeitpunkt erbracht, obwohl sie noch möglich wäre (vgl. BSK OR – WIEGAND, Vormerkung zu Art. 102 – 109, N 2). Vorausgesetzt wird somit die pflichtwidrige Nichtleistung, obwohl der Schuldner für diese fällige und durchsetzbare Forderung in Verzug gesetzt wurde (GAUCH/SCHLUEP, N 2657).
- 79 Pflichtwidriges Nichtleisten liegt vor, wenn die Forderung trotz Leistungsmöglichkeit nicht rechtzeitig erfüllt wird (GAUCH/SCHLUEP, N 2661). I.c. schuldet die Beklagte eine Geldforderung, weshalb keine Leistungsunmöglichkeit denkbar ist (vgl. Art. 4.2 LV). Laut Vertrag werden die einzelnen Raten innerhalb 30 Tagen nach Rechnungsdatum fällig (vgl. Art. 4.2.2 i.V.m. 4.2.4 LV). Die erste monatliche Ratenrechnung erfolgte im Juni 2010, so dass alle Abschlagszahlungen inklusiv derjenigen im Oktober 2011 bereits fällig sind. Forderungen sind durchsetzbar, wenn dem Schuldner kein Leistungsverweigerungsrecht zukommt (vgl.

Art. 82 OR; HUGUENIN, N 654 ff.). Die Nichtbezahlung der fälligen Raten begründet somit die Pflichtwidrigkeit.

80 Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR wird zudem verlangt, dass der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt wird. Wurde aber für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (vgl. Art. 102 Abs. 2 OR). I.c. wurde der Verfallstag für jede Ratenzahlung separat festgelegt, so dass die Beklagte ohne Mahnung in Verzug geraten ist (vgl. Art. 4.2.4 LV).

81 Eine Nachfrist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 OR ist entbehrlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sich eine solche als unnütz erweisen würde (vgl. Art. 108 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Die Beklagte teilte der Klägerin Ende Dezember 2010 und Anfangs Januar 2011 mit, dass sie die Vertragsauflösung anstrebe. Demzufolge ist mit der Bezahlung der weiteren Raten nicht mehr zu rechnen, weshalb sich die Nachfristansetzung erübrigt (vgl. Rz. 64 f., 71).

82 *Somit liegt seitens der Beklagten Schuldnerverzug gemäss Art. 102 ff. OR vor.*

2. Höhe der geschuldeten Verzugszinsen

83 Laut Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit einer Geldzahlung in Verzug geraten ist, Zinsen in der Höhe von 5 % zu entrichten, unabhängig von einem allfälligen Verschulden (SCHWENZER, N 66.08 ff.). Gemäss Art. 104 Abs. 2 OR können vertraglich höhere Verzugszinsen vereinbart werden. Die Parteien haben in Art. 4.3 LV einen Zinssatz von 12 % ausgemacht für den Fall, dass die Beklagte mit den Zahlungen in Verzug kommt.

84 *Folglich schuldet die Beklagte der Klägerin 12 % Zinsen auf die jeweiligen fälligen Raten (vgl. Rechtsbegehren).*

D. Abweisung der Widerklage

I. Vertragliche Beendigungsgründe

85 Jeder Partei kann nach Art. 18.1 LV den Vertrag beenden, wenn wesentliche Vertragsverletzungen, Konkurs oder Insolvenz vorliegen. Für Konkurs und Insolvenz liegen keine Anhaltspunkte vor. Da der LV die wesentliche Vertragsverletzung nicht definiert, wird der Begriff analog zu Art. 97 OR ausgelegt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fallen Verzug und Gewährleistung nicht darunter (BGE 117 II 550, E. 4b).

- 86 Die Beklagte stützt ihr Rücktrittsrecht auf Verspätung im Zeitplan sowie die Lieferung eines mangelhaften Werkes. Diese fallen unter die Bestimmungen über den Verzug und die Gewährleistung.
- 87 *Die Vorwürfe der Beklagten können nicht unter wesentliche Vertragsverletzungen subsumiert werden, so dass sie gemäss Art. 18.1 LV nicht zum Rücktritt berechtigt ist.*

II. Gesetzliche Beendigungsgründe

1. Grundlegende konzeptionelle Mängel

1.1 Einwandfreie Funktion der Bestandteile

- 88 Ein grundlegender konzeptioneller und nicht behebbarer Mangel impliziert die Unbrauchbarkeit der Glasbrecheranlage. Mit Hilfe des Kalttests wird die einwandfreie Funktion der einzelnen Elemente, sowie deren korrekte Zusammensetzung überprüft (Annex I 3.1). Ziel ist es dabei die Inbetriebnahmebereitschaft der Maschine zu attestieren. Wenn ein erfolgreicher Kalttest abgeschlossen wurde, kann kein grundlegender Mangel am Konzept der Maschine vorliegen. Die Unterzeichnung des Protokolls K – 2 bestätigt, dass der Kalttest erfolgreich abgeschlossen wurde und die Anlage für die Warminbetriebnahme bereit war. Folglich kann *kein grundlegend konzeptioneller* Mangel vorliegen.
- 89 Die Beschädigung des Trichters erfolgte aufgrund der Einspeisung eines nicht vertragskonformen Glasstückes und ist von der Beklagten verschuldet (vgl. Rz. 55 f.). Der durch dieses Verhalten verursachte „Mangel“ an der Anlage wurde von der Klägerin durch Reparaturen behoben. Es kann somit mitnichten von einem *unbehebaren* Mangel die Rede sein (vgl. WK N 1).
- 90 Eventualiter hätte die Beklagte einen allfälligen Mangel mit der Begleichung der ersten Abschlagzahlung vom 16. Juni 2010 oder spätestens mit Abnahme des Werkes am 23. Juni 2010 hingenommen.
- 91 *Der erfolgreiche Kalttest bestätigt die einwandfreie Funktion der Bestandteile und die Inbetriebnahmebereitschaft der Anlage. Die Nichterreicherung der vereinbarten Leistungsgarantien kann somit nicht auf einen grundlegenden konzeptionellen und nicht behebbaren Mangel zurückgeführt werden.*

1.2 Rücktritt gemäss Art. 368 Abs. 1 OR analog

- 92 Die Gewährleistung durch die Klägerin setzt ein mangelhaftes Werk voraus. Art. 368 Abs. 1 OR berechtigt zur Wandelung sofern das Werk derart erhebliche Mängel aufweist, dass dem Besteller die Abnahme des Werkes, aufgrund dessen Unbrauchbarkeit, nicht zugemutet werden kann. Die Unzumutbarkeit der Abnahme wird mittels Interessenab-

wägung ermittelt (BGer 4A_290/2010, E. 2.3; BGE 98 II 118, E. 4a; BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 OR, N 15). I.c. liegt keine Unbrauchbarkeit vor, da die Glasbrecheranlage trotz falscher Glaszusammensetzung im Stande war, 4 Tonnen pro Stunde zu verarbeiten (vgl. K – 2). Zudem findet Art. 368 OR keine Anwendung, da die Abnahme zumutbar war und bereits im Juni 2010 erfolgte (vgl. Rz. 53 ff.).

- 93 Sollte das Gericht jedoch zum Schluss kommen, dass die Abnahme nicht erfolgt ist und ein Mangel vorliegt, wäre dieser selbstverschuldet, da die Glasmischung in der Verantwortung der Beklagten liegt (vgl. Art. 369 OR). Jegliche Gewährleistungsrechte würden dadurch ausgeschlossen werden.
- 94 Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe versprochen, dass das neue Glasbrechsystem unabhängig davon mit welchen anderen Materialien das Glas auch verbunden sei, 5.0 Tonnen Glas pro Stunde verarbeite (vgl. WK N 1). Die Voraussetzungen der Glasmischung sind in Annex III 6.1 aufgelistet. Darin ist ersichtlich, dass es keineswegs irrelevant ist, mit welchen Materialien das Glas verbunden ist. Ausserdem ist die Beschädigung des Dosierrichters auf die falsche Grösse des eingespiesenen Glases zurückzuführen und nicht auf die Materialzusammensetzung.
- 95 Des Weiteren wirft die Beklagte der Klägerin vor, dass der Sinn und Zweck des Glasbrechersystems, namentlich die Leistungssteigerung, bei Weitem nicht erfüllt wurde (vgl. WK N 7). Dieser Vorwurf ist angesichts der während des ersten Leistungstests vom 9. Juni 2010 erreichten Leistungssteigerung von 33.33 % trotz falscher Glasmischung ungerichtlich. Während des zweiten Leistungstests vom 28. November 2010 verarbeitete die Anlage zwischenzeitlich 5.4 Tonnen Glas pro Stunde (vgl. 4. Verfahrensbeschluss Nr. 5). Somit fand sehr wohl eine Leistungssteigerung statt, wenn man bedenkt, dass die alte Anlage höchstens 3 Tonnen pro Stunde verarbeitete und neu bis zu 5.4 Tonnen Glas pro Stunde verarbeitet werden können. Der vereinbarte Durchschnittswert von 5 Tonnen pro Stunde, konnte lediglich deshalb nicht protokolliert werden, weil die Beklagte, nachdem Herr Krummer die Anlage verlassen hatte, erneut nicht vertragskonformes Glas verwendete (vgl. K – 2 und B – 1).
- 96 Subeventualiter wäre dieser allfällige von der Klägerin verursachte Mangel nicht dermassen erheblich, dass er gemäss Art. 368 Abs. 1 OR zur Wandelung berechtigen würde (vgl. BGer 4A_290/2010, E. 2.1). In diesem Fall würde höchstens die Minderung zur Verfügung stehen (Art. 368 Abs. 2 OR). Zudem ist die Minderung das einzige Hilfsmittel, welches der Beklagten i.c. zur Verfügung steht, da es sich beim Glasbrechersystem um ein Werk handelt, dass

auf Grund und Boden des Bestellers errichtet wurde und nur mit unverhältnismässigem Nachteil entfernt werden kann (vgl. Art. 368 Abs. 3 OR).

- 97 *Ein Rücktritt gemäss Art. 368 Abs. 1 OR ist nicht möglich, da kein Mangel vorliegt und die Abnahme bereits erfolgt ist. Selbst wenn ein solcher vorläge, würde dieser mangels Erheblichkeit nicht zur Wandelung berechtigen.*

2. Verzug der Klägerin

2.1 Rechtzeitige Erfüllung

- 98 Das rechtzeitige Ende der Montage wurde von beiden Parteien zertifiziert (vgl. K – 2 i.V.m. Annex II) und die Abnahme erfolgte plangemäss innerhalb von 8 Monaten seit Inkrafttreten des Vertrags (vgl. Rz. 54 ff.). Danach verlangte die Beklagte die Reparatur der Anlage, um einen weiteren Leistungstest durchführen zu können (vgl. B – 1). Dieses Recht stand ihr zu, da sie gemäss Annex III 5.2.1 zwei zusätzliche Leistungstests verlangen kann, „wenn diese aus Gründen die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, scheitern“.

2.2 Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR

- 99 Der Rücktritt gemäss Art. 366 Abs. 1 OR setzt den Verzug des Auftragnehmers voraus. Wie bereits dargelegt, hat die Klägerin plangemäss erfüllt (Rz. 54 ff.). Zudem darf für die Anwendung von Art. 366 Abs. 1 OR die Abnahme noch nicht erfolgt sein. I.c. wurde das Werk bereits abgenommen, weshalb kein Fall von Art. 366 Abs. 1 OR vorliegt.
- 100 Falls das Gericht zum Schluss kommt, dass die Abnahme nicht im Juni 2010 erfolgt ist und die Klägerin somit nicht rechtzeitig erfüllt hat, ist Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 102 ff. OR nur anwendbar, wenn der Verzug verschuldet ist. Der Auftragnehmer gerät schuldhaft in Verzug, wenn dieser nichtrechtzeitig mit den Werkarbeiten beginnt, die Ausführung vertragswidrig verzögert sowie wenn eine rechtzeitige Vollendung des Werkes nicht voraussehbar ist (vgl. Art. 366 Abs. 1 OR). Letzterer Rücktrittsgrund macht die Beklagte in ihrer Widerklage geltend. Sie ist der Ansicht, die Klägerin sei wegen den grundlegenden konzeptionellen Mängeln überhaupt nie in der Lage gewesen vertragsgemäss zu erfüllen. Solche gravierende Mängel bestehen i.c. nicht (Rz. 88 ff.), so dass mit der rechtzeitigen Vollendung zu rechnen war.
- 101 *Die Beklagte hat keinen Anspruch gemäss Art. 366 Abs. 1 OR vom Vertrag zurückzutreten, da das Werk bereits abgenommen und der Zeitplan vertragskonform eingehalten wurde. Eventualiter wäre ein allfälliger Verzug von der Beklagten verschuldet.*

3. Allgemeines Rücktrittsrecht gemäss Art. 377 OR

- 102 Das allgemeine Rücktrittsrecht steht der Beklagten als weitere Option offen, um vom Vertrag zurückzutreten. Hierfür bedarf es keinen besonderen Auflösungsgrund. Der Rücktritt muss

gemäss Art. 377 OR jedoch spätestens bis zur Vollendung des Werkes erfolgen; danach ver-
wirkt das Recht (BGE 117 II 273, E. 4a). Die Abnahme des Werkes fand jedoch bereits statt
(Rz. 54 ff.).

103 *Die Beklagte hat ihr allgemeines Rücktrittsrecht gemäss Art. 377 OR mit der Abnahme ver-
wirkt.*

4. Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB

104 Die Beklagte rügt Verzug und nicht behebbare Mängel. Diese Vorwürfe haben sich als offen-
sichtlich unhaltbar erwiesen (vgl. Rz. 88 ff.). Die obigen Ausführungen deuten darauf hin,
dass die Beklagte sich missbräuchlich auf Art. 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR beruft.
Somit verstösst sie gegen das im Geschäftsverkehr omnipräsente und grundlegende Prinzip
von Treu und Glauben. Die Missbräuchlichkeit zeigt sich zudem dadurch, dass die Beklagte
einerseits „die erfolgreiche und termingerechte Fertigstellung der Anlage das Ergebnis der
Bemühungen beider Parteien ist“ verspricht und andererseits die Vertragserfüllung vereitelt,
indem sie die Anlage demontiert und Alternativen sucht (vgl. Art. 2.2 LV i.V.m.
Einleitungsanzeige N 13). Dies nach langer und intensiver Vertragsbindung und enormen Be-
mühungen seitens der Klägerin.

105 Das widersprüchliche Verhalten der Beklagten zeigte sich auch als sie die erste Abschlagzah-
lung beglich, dadurch bei der Klägerin Vertrauen in den Bestand des Vertrags schuf und den-
noch gleichzeitig eine Alternative bevorzugte, um schliesslich deswegen vom Vertrag zu-
rückzutreten. Die Behauptung, die Klägerin hätte Liquiditätsprobleme und könne nur mit der
Bezahlung der ersten Rate das Projekt weiterverfolgen, ist ein verzweifelter Rechtfertigungs-
versuch der Beklagten. Die Klägerin erwähnte zu keinem Zeitpunkt Finanzierungsschwierig-
keiten.

106 *Weder ein vertraglicher noch gesetzlicher Rücktritt ist angesichts des widersprüchlichen und
treuwidrigen Verhaltens der Beklagten gerechtfertigt. Zudem sind die erforderlichen Voraus-
setzungen von Art. 366 Abs. 1 und Art. 368 Abs. 1 OR, auf welche sie sich stützt, nicht gege-
ben.*

Namens und im Auftrag der Klägerin

Mit vorzüglicher Hochachtung

E. Anhang

I. Art. 3 Abs. 3 IBA – Rules

107 Der Antrag auf Vorlegung von Dokumenten muss enthalten:

a)

- i) eine Beschreibung jedes vorzulegenden Dokuments, die dessen Identifizierung ermöglicht, oder
- ii) eine ausreichend detaillierte Beschreibung (mit Inhaltsangabe) einer eng umschriebenen Kategorie von vorzulegenden Dokumenten, für deren Existenz hinreichende Anhaltspunkte bestehen. Liegen die Dokumente in elektronischer Form vor, kann die die Vorlegung begehrende Partei spezifische Dateien, Suchbegriffe, Personen oder andere Mittel zur effizienten und kostengünstigen Dokumentensuche benennen; hierzu kann die Partei auch durch das Schiedsgericht verpflichtet werden.

b)

eine Erklärung, in welcher Weise die vorzulegenden Dokumente relevant für den Fall und wesentlich für seine Entscheidung sind, und

c)

- i) eine Erklärung, dass sich die vorzulegenden Dokumente nicht in Besitz, Gewahrsam oder in der Verfügungsmacht der die Vorlegung begehrenden Partei befinden oder eine Erklärung, warum es für die die Vorlegung verlangende Partei einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten würde, die Dokumente selbst vorzulegen und
- ii) die Angabe der Gründe, aus denen die die Vorlegung begehrende Partei annimmt, dass sich die vorzulegenden Dokumente im Besitz, Gewahrsam oder in der Verfügungsmacht der anderen Partei befinden.

II. Leistung der Glasbrecheranlage

108 Berechnung der Leistungsfähigkeit der Anlage:

- Vertraglich wurde eine Leistungsgarantie von $5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}$ vereinbart, welche vom spezifischen Mindestgewicht des Glases abhängig ist (Annex III 6.2).
- Beim ersten Leistungstest wurde mit einem spezifischen Mindestgewicht von $0.55 \frac{T}{m^3}$ ein Durchschnittswert von $4.0 \frac{T}{\text{Stunde}}$ erreicht (K – 2), was nicht dem vertraglich vereinbarten spezifischen Mindestgewicht entspricht.
- Eingesetzt wurden also $\frac{4.0 \frac{T}{\text{Stunde}}}{0.55 \frac{T}{m^3}} = 7.27 m^3$ Glas pro Stunde.
- Mit dem *vertraglich vereinbarten spezifischen Mindestgewicht* von $0.80 \frac{T}{m^3}$ bei entsprechender Verarbeitung von $7.27 \frac{m^3}{h}$ wäre eine *Durchschnittsleistung* von $7.27 \frac{m^3}{h} \times 0.80 \frac{T}{m^3} = 5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}$ erreicht worden.
- Dies entspricht einer hypothetischen Leistungssteigerung von $\frac{5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}}{4.0 \frac{T}{\text{Stunde}}} = \frac{7.27 \frac{m^3}{h}}{5.0 \frac{m^3}{h}} = 1,45$ oder 45 %.
- Aufgrund des zu tiefen spezifischen Mindestgewichts wurden, bei gleichbleibendem Volumen, nur $\frac{4.0 \frac{T}{\text{Stunde}}}{5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}} = \frac{5.0 \frac{m^3}{h}}{7.27 \frac{m^3}{h}} = 68,75 \%$ der Leistungsfähigkeit der Maschine genutzt.
- Die Durchschnittsleistung von $5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}$ setzt die gleiche Verarbeitungskapazität, d.h. die gleiche Volumenaufnahme in m^3 , der Glasbrecheranlage bei grösserem speziellen Mindestgewicht $0.80 \frac{T}{m^3}$ voraus.
- Die Verarbeitung von $7.27 \frac{m^3}{\text{Stunde}}$ wird jedoch nicht vorausgesetzt. Die Verarbeitung von $5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}$ bei einem speziellen Mindestgewicht von $0.80 \frac{T}{m^3}$ entspricht $\frac{5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}}{0.80 \frac{T}{m^3}} = \text{Mindestvolumenumsatz pro Stunde von } 6,25 m^3$.
- Um einen Leistungsdurchschnitt von $5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}$ mit einem spezifischen Mindestgewicht von $0.55 \frac{T}{m^3}$ zu erreichen, ist jedoch die Verarbeitung einer Glasmenge von $\frac{5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}}{0.55 \frac{T}{m^3}} = 9.09 \frac{m^3}{\text{Stunde}}$ erforderlich.

- Annex III verlangt die Verarbeitung von 40 *Tonnen* zur Durchführung eines erfolgreichen Leistungstests. Folglich muss die Anlage während 8 Stunden betrieben werden, um einen Leistungsdurchschnitt von $5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}$ zu erreichen. Während dieser Zeit werden $\frac{40 T}{0.80 \frac{T}{m^3}} = 50 m^3$ Glas verarbeitet.
- Für die Verarbeitung von $7.27 \frac{m^3}{\text{Stunde}}$ bei $0.80 \frac{T}{m^3}$ ($\approx 5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}$) sind $\frac{40 T}{5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}} = 6 \text{ Stunden } 52 \text{ Minuten } 30 \text{ Sekunden}$.

109 **Folgerungen:**

- Bei der Verarbeitung von $7.27 \frac{m^3}{\text{Stunde}}$ vertragskonformer Glasmischung (vgl. Annex III 6.2), wäre ein Leistungsdurchschnitt von $5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}$ erreicht worden.
- Ein spezifisches Mindestgewicht von $0.80 \frac{T}{m^3}$ an Stelle von $0.55 \frac{T}{m^3}$ erhöht die Leistungsfähigkeit der Maschine um 45%.
- Die Glasbrecheranlage müsste bei falscher Glasmischung ein Volumen von $9.09 \frac{m^3}{\text{Stunde}}$ verarbeiten, um die versprochene Leistungsgarantie zu erreichen.
- Bei vertragskonformer Glasmischung wird die Leistungsgarantie von $5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}$ bereits mit der Verarbeitung von $6.25 m^3$ anstatt der eingespeisten $7.27 \frac{m^3}{\text{Stunde}}$ erreicht. Dies ergibt einen Spielraum von etwas mehr als $1 m^3$.
- Die vertraglich vereinbarte Einspeisung von 40 Tonnen bei einer Verarbeitung von $5.0 \frac{T}{\text{Stunde}}$ würde 8 Stunden dauern. Bei einer Leistung von $5.81 \frac{T}{\text{Stunde}}$ wäre der Leistungstest bereits nach 6 Stunden 52 Minuten und 30 Sekunden erfolgt.

110

Grafische Darstellung:

