

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

Vertreten durch das Moot Court Team 6
Anina Oertle
Oliver Leins
Robin Toedtli
Sarah Zurmühle

Einschreiben
Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, den 11. Dezember 2011

KLAGESCHRIFT

Swiss Rules Fall Nr. 875964-2011

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

in Sachen

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

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

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

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Moot Court Team ...

betreffend:

Forderung

stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin, 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.-;
- 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.

und folgende

prozessuale Anträge:

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."

I. Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	II
Prozessuale Anträge	III
I. Inhaltsverzeichnis	IV
II. Literaturverzeichnis	VI
III. Materialienverzeichnis	IX
IV. Entscheidverzeichnis.....	X
Klagebegründung	1
I. Formelles.....	1
1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Allgemeinen.....	1
2. Kostenvorschuss.....	1
2.1. Kostenvorschuss gemäss Konstituierungsbeschluss	1
2.1.1. Ausgangslage	1
2.1.2. Übernahme des Kostenvorschusses durch die Klägerin.....	2
2.2. Anspruchsgrundlage der Klägerin aus Art. 112 OR (Eventualiter)	3
2.3. Sicherung der Kostenforderung	4
3. Editionsbegehren.....	5
3.1. Zuständigkeit für das Beweisverfahren.....	6
3.2. Aushändigung von Beweisdokumenten	6
3.2.1. Dokumente	7
3.2.2. Beweiserheblichkeit	8
3.2.3. Entscheiderheblichkeit	9
3.2.4. Verfügungsgewalt	9
3.2.5. Fazit.....	10
3.3. Geheimnisschutz	10
3.4. Negative Folgen bei Verweigerung der Dokumentenvorlage.....	10
II. Materielles	11
1. Vorbemerkung.....	11
2. Qualifikation des Vertrags	11

2.1. Werkvertrag.....	11
2.2. Abgrenzung zum Kaufvertrag.....	12
3. Möglichkeit des Rücktritts der Beklagten vom Vertrag nach Art. 366 OR.....	12
3.1. Rechtsgrundlage und Voraussetzungen	12
3.2. Kein Herstellungsverzug	13
3.3. Weitere Voraussetzungen (Eventualiter)	14
3.4. Fazit.....	15
4. Anspruch der Klägerin auf Leistung des Werklohns inklusive Zinsen.....	15
4.1. Gemeinsame Voraussetzungen der Mängelrechte	15
4.2. Keine Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR.....	16
4.3. Anspruch der Klägerin auf den Werklohn inklusive Zinsen aus erfolgter Inbetriebnahme	16
4.3.1. Ablauf der Inbetriebnahme.....	16
4.3.2. Selbstverschulden der Beklagten beim ersten Test	17
4.3.3. Wiederholtes Selbstverschulden beim zweiten Test	17
4.3.4. Keine Offenlegung der Dokumente	17
4.3.5. Keine Pflichtverletzung durch die Klägerin.....	18
4.3.6. Beginn der Ratenzahlung ab Juli 2010.....	18
4.4. Anspruch der Klägerin auf Werklohn inkl. Zinsen aus der erfolgten Abnahme... ..	19
4.4.1. Vertragliche Regelung zur Abnahme	19
4.4.2. Erfolgte Abnahme	20
4.5. Fazit.....	20
III. Abschliessende Würdigung.....	20

II. Literaturverzeichnis

ADEN, MENNO, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC, DIS, Wiener Regeln UNICITRAL und LCIA, 2. Auflage, München 2003,

zit. „ADEN“ in Rz. 29.

AMSTUTZ, MARC / BREITSCHMID, PETER / FURRER, ANDREAS / GIRSBERGER, DANIEL / HUGUENIN, CLAIRE / MÜLLER-CHEN, MARKUS / ROBERTO, VITO / RUMO-JUNGO, ALEXANDRA / SCHNYDER, ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007,

zit. „Handkommentar Schweizer Privatrecht – BEARBEITER“ in Rz. 9, 10, 12, 15 und 25.

BERTI, STEPHEN V. / HONSELL, HEINRICH / SCHNYDER, ANTON K. / VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007,

zit. „BSK IPRG – BEARBEITER“ in Rz. 15, 17, 18, 26, 32 und 36.

BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Band 14, Köln 2001,

zit. „Beweiserhebung im Schiedsverfahren – BEARBEITER“ in Rz. 28, 30, 36 und 39.

BÜHLER, MICHA, Non-payment of the advance on costs by the respondent party. Is there really a remedy?, Association suisse de l'arbitrage Bulletin, Heft 2/2006,

zit. „BÜHLER, ASA Bull 2/2006“ in Rz. 8.

BÜHLER, THEODOR, Obligationenrecht, Teilband V 2d. Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998,

zit. „ZK OR – BÜHLER“ in Rz. 65 und 74.

CRAIG, WILLIAM L. / PARK, WILLIAM W. / PAULSSON, JAN, Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules, 3. Auflage, New York 2004,

zit. „CRAIG/PARK/PAULSSON“ in Rz. 13.

FADLALLAH, IBRAHIM, Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration. The Parties' Reciprocal Obligations, ICC Bulletin, Heft 1/2003,

zit. „FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003“ in Rz. 7, 8 und 9.

FAVRE-BULLE, XAVIER, Les conséquences du non-payment de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie. Un tribunal arbitral peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, Association suisse de l'arbitrage Bulletin, Heft 2/2001, zit. „FAVRE-BULLE, ASA Bull 2/2001“ in Rz. 8 und 15.

GAUCH, PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, zit. „GAUCH“ in Rz. 52, 53 und 56.

GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTHER / SCHMID, JÖRG / EMMENEGGER, SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich 2008, zit. „GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER“ in Rz. 11.

GIRSBERGER, ANDREAS / HEINI, ANTON / KELLER, MAX / KREN, KOSTKIEWICZ JOLANTA / SIEHR, KURT / VISCHER, FRANK / VOLKEN, PAUL (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004, zit. „ZK IPRG – BEARBEITER“ in Rz. 38.

GIRSBERGER, DANIEL / VOSER, NATHALIE / FUCHS, SIMONE, International Arbitration in Switzerland, Zürich 2008, zit. „GIRSBERGER/VOSER“ in Rz. 6.

HASCHER, DOMINIQUE, Collection of precedural decisions in ICC arbitration 1993-1996, 2. Auflage, Den Haag 1998, zit. „HASCHER“ in Rz. 26.

HILL, RICHARD D. / NEWMAN, LAWRENCE W. (Hrsg.), The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2. Auflage, New York 2008, zit. „HILL/NEWMAN“ in Rz. 31.

HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM PETER / WIEGAND, WOLFGANG, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, zit. „BSK OR I – BEARBEITER“ in Rz. 9, 11, 12, 50, 58, 63 und 80.

HUGUENIN, CLAIRE, Obligationenrecht. Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, zit. „HUGUENIN OR BT“ in Rz. 44 und 47.

IMHOOS, CHRISTOPHE / SCHÄFER, ERIK / VERBIST, HERMAN, Die ICC Schiedsgerichtsordnung in der Praxis, Bonn 2000,

zit. „IMHOOS/SCHÄFER/VERBIST“ in Rz. 29.

KNOEPFLER, FRANÇOIS / SCHWEIZER, PHILIPPE, Arbitrage international. Jurisprudence suisse commentée depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, Basel/Genf 2003,

zit. „KNOEPFLER/SCHWEIZER“ in Rz. 32.

KOLLER, ALFRED, Berner Kommentar über das Obligationenrecht. Der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Bern 1998,

zit. „BK OR – BEARBEITER“ in Rz. 51 und 52.

zit. „LAZOPOULOS/ROHNER, ASA Bull 3/2011“ in Rz. 7.

LIATOWITSCH, MANUEL / SCHNYDER, ANTON K., Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2011,

zit. „LIATOWITSCH/SCHNYDER“ in Rz. 25.

LIONNET, ANETTE / LIONNET, KLAUS, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Auflage, München 2009,

zit. „LIONNET/LIONNET“ in Rz. 4.

MCILWRATH, MICHAEL / SAVAGE, JOHN, International Arbitration and Mediation. A Practical Guide, Alphen aan den Rijn 2010,

zit. „MCILWRATH/SAVAGE“ in Rz. 28 und 32.

MÜLLER, ANNA K. / RONEY, DAVID P., International Arbitration in Switzerland. Handbook for Practitioners, Den Haag 2004,

zit. „MÜLLER/RONEY“ in Rz. 34.

SCHÄFFLER, FRANK, Zulässigkeit und Zweckmässigkeit der Anwendung angloamerikanischer Beweismethoden in deutschen und internationalen Schiedsverfahren. Aktuelle Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Band 1, München 2003,

zit. „SCHÄFFLER“ in Rz. 28.

SCHÜTZE, ROLF A. (Hrsg.), Kommentar zur Institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Köln 2011,

zit. „Kommentar zur Institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit – BEARBEITER“ in Rz. 25.

STACHER, MARCO, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen. Jahre 2009 und 2010, Heft zur Allgemeinen Juristischen Praxis 2011,

zit. „STACHER, AJP 2011“ in Rz. 13 und 16.

TIEF, JULIA, Discovery und Informationspflichten der Parteien in der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Ein deutsch-amerikanischer Vergleich, Schriftenreihe der August Maria Berges Stiftung für Arbitrales Recht, Band 6, Frankfurt 2000,

zit. „TIEF“ in Rz. 38.

TORGGLER, HELLWIG, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Wien 2007,

zit. „TORGGLER“ in Rz. 25.

VARGA, ISTVAN, Beweiserhebung in transatlantischen Schiedsverfahren. Eine Suche nach Kompromissen zwischen deutscher und US-amerikanischer Beweisrechtstradition, Rechtszentrum für Europäische und Internationale Zusammenarbeit, Band 28, Baden-Baden 2006,

zit. „VARGA“ in Rz. 26.

WEBER, ROLF (Hrsg.), Beziehungen zu dritten Personen. Art. 110-113 OR, Band 6, 1. Abteilung, 6. Teilband, Bern 2002,

zit. „BK OR – BEARBEITER“ in Rz. 9, 10 und 12.

ZUBERBÜHLER, TOBIAS / MÜLLER, CHRISTOPH / HABEGGER, PHILIPP, Swiss Rules of International Arbitration, Zürich 2005,

zit. „Kommentar Swiss Rules – BEARBEITER“ in Rz. 6, 7 und 9.

III. Materialienverzeichnis

IBA Working Party, Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, Issue 2 [2000] B.L.I.,

zit. „Commentary IBA Rules“ in Rz. 30 und 38.

IV. Entscheidverzeichnis

BGer 4A_252/2010, zitiert in Rz. 56.

BGer 4A_290/2010, zitiert in Rz. 65.

BGer 4A_391/2010, zitiert in Rz. 16.

BGer 4A_444/2009, zitiert in Rz. 13.

BGer 4C.130/2006, zitiert in Rz. 80.

BGer 4C.469/2004, zitiert in Rz. 52.

BGer 4P.2/2003, zitiert in Rz. 6.

BGE 42 II 622, zitiert in Rz. 65.

BGE 60 II 492, zitiert in Rz. 11.

BGE 106 II 170, zitiert in Rz. 29.

BGE 115 III 16, zitiert in Rz. 12.

BGE 115 II 456, zitiert in Rz. 56.

KGer SG, BZ.2006.93 2008, zitiert in Rz. 65.

ICC Award vom 27. März 2001, zitiert aus: FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003. Zitiert in Rz. 8.

ICC Award No. 1434, von: <http://www.trans-lex.org/201434> (*zuletzt besucht am 11. Dezember 2011*), zitiert in Rz. 26.

ICC Award No. 6465, abgedruckt bei: HASCHER, 65, zitiert in Rz. 26.

ICC Award No. 6497, YCA 1999, zitiert in Rz. 26, 34 und 38.

Klagebegründung

I. Formelles

1. Zuständigkeit des Schiedsgerichts im Allgemeinen

- 1 Für die Beilegung dieser streitgegenständlichen Sache ist unbestritten das hier angerufene Schiedsgericht zuständig. Entsprechend Art. 177 IPRG liegt ein vermögensrechtlicher Streitgegenstand vor, welcher nach Art. 178 IPRG auf einer gültigen Schiedsvereinbarung beruht (vgl. Art. 12.1 Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**). Damit gelangt das IPRG in der vorliegenden Angelegenheit vollumfänglich zur Anwendung.

2. Kostenvorschuss

2.1. Kostenvorschuss gemäss Konstituierungsbeschluss

- 2 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Beklagte verpflichtet ist, einen Kostenvorschuss direkt an das Schiedsgericht zu leisten. Die Beklagte sei nur eventualiter dazu anzuweisen, nach vollumfänglicher Leistung der Klägerin ihren Anteil am Kostenvorschuss umgehend, bzw. innert kürzester Frist, rück zu bezahlen.

2.1.1. Ausgangslage

- 3 Nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules legt das Gericht die Höhe des in gleichen Teilen zu zahlenden Kostenvorschusses fest. Vorliegend wurde eine Widerklage erhoben, was dazu führt, dass sich der Streitwert neu aus Klage und Widerklage zusammensetzt (Art. 2.5 Appendix B Swiss Rules). Im vorliegenden Fall ergibt sich aus Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules, dass es bei einer Widerklage im Ermessen des Gerichts steht, den Kostenvorschuss zu teilen. Im vorliegenden Fall wurde der Kostenvorschuss jedoch nicht hälftig geteilt, was aus folgenden Gründen ungerichtlich erscheint:
- 4 Die Beklagte hat sich durch die Festlegung der Schiedsklausel im Vertrag dazu verpflichtet, den Swiss Rules zu folgen (Art. 12.1 Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**). Folglich sind auch beide Parteien gleichermaßen an einer Entscheidung interessiert und wollen beidseitig am Verfahren beteiligt werden (LIONNET/LIONNET, 179). Zudem sollte bedacht werden, dass der Vertrag durch die Beklagte einseitig und zur Unzeit beendet wurde (**Beilage B-1**) und eine Klage ohne das Verhalten der Beklagten nicht nötig gewesen wäre.

5 Wahrlich bekundet die Beklagte, einen Teil (1/8) des Kostenvorschusses zu bezahlen, was aber in den Augen der Klägerin einen unzureichenden Beitrag darstellt. Die Stellungnahme zum Konstituierungsbeschluss wird unsererseits dahingehend kommentiert, dass das Zusammenlegen der Streitwerte von Klage und Widerklage aus dem Gesetz ergeht (siehe oben Rz. 3). Der in Art. 4.1 des Lieferungsvertrags (**Beilage K-1**) benannte Gesamtvertragspreis beläuft sich auf CHF 4'000'000.-. Durch den Vertragsschluss hat sich die Beklagte zur vollumfänglichen Erfüllung desselben verpflichtet. Weshalb dies in einem Gerichtsverfahren nicht mehr der Fall sein sollte, erscheint sinnwidrig. Die Argumentation, dass der Streitwert künstlich in die Höhe getrieben wurde, wirkt absurd; Es ist eine Tatsache, dass der Streitwert nicht den Gesamtvertragspreis überschreitet. Aus diesen Gründen ist die Beklagte zur Zahlung des hälftigen Kostenvorschusses zu verurteilen.

2.1.2. Übernahme des Kostenvorschusses durch die Klägerin

6 Nach Ziff. 5 des Verfahrensbeschlusses Nr. 2 wird die Klägerin zur Zahlung des ganzen Kostenvorschusses verpflichtet. Durch das Versäumnis der Beklagten besteht für die Klägerin grundsätzlich die Möglichkeit zur alleinigen Zahlung oder zu einem Verzicht mit der Folge der Unterbrechung oder Einstellung des Verfahrens nach Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules (GIRSBERGER/VOSER, 206; Kommentar Swiss Rules –STACHER, Art. 41 N 15; so auch: BGer 4P.2/2003 E. 3.6: Hier bestätigt das Bundesgericht in einer vergleichbaren Situation das *Wahlrecht* der Partei.). Selbstverständlich möchte die Klägerin eine Sistierung des Verfahrens verhindern und würde sich bereit erklären, den Vorschuss nötigenfalls alleinig vor zu leisten.

7 Bei einem Kostenvorschuss handelt es sich neben der rein prozessualen Obliegenheit gegenüber dem Gericht auch um eine Parteipflicht gegenüber der Klägerin. Dies bedeutet, dass die Beklagte durch das Versäumnis nicht von ihrer Vorschussleistungspflicht befreit ist (Kommentar Swiss Rules – STACHER, Art. 41 N 19 f.; FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003, 55; vgl. auch: Art. 24.3 London Court of International Arbitration Rules; vgl. entsprechende Ausführungen in: LAZOPOULOS/ROHNER, ASA Bull 3/2011, 551). Damit die Klägerin einer alleinigen Zahlung des Kostenvorschusses zustimmen kann, muss der geleistete Vorschuss zumindest im Innenverhältnis zwischen den Parteien gesichert sein.

8 Die Kostenvorschussforderung an unsere Partei stützt sich auf die Schiedsvereinbarung (BÜHLER, ASA Bull 2/2006, 292; ICC Award vom 27. März 2001, zitiert in: FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003, 53; FAVRE-BULLE, ASA Bull. 2/2001, 227 ff.), wobei es sich, wie in Rand-

ziffer 10 der Einleitungsanzeige festgestellt, um einen unechten Vertrag zugunsten Dritten i.S.v. Art. 112 OR handelt. Dieser Vertrag muss zunächst genauer definiert werden.

2.2. Anspruchsgrundlage der Klägerin aus Art. 112 OR (Eventualiter)

- 9 Damit ein Vertrag zugunsten eines Dritten zustande kommt, bedarf es zunächst einer übereinstimmenden Willenserklärung des Promittenten und des Promissars, d.h. der vertragschliessenden Parteien (Handkommentar Schweizer Privatrecht – REETZ/GRABER, Art. 112 OR N 16). Darin muss eine Leistung an einen Dritten vereinbart werden. Im vorliegenden Fall schlossen die Klägerin (Promissar) und die Beklagte (Promittent) einen Vertrag mittels Schiedsklausel (vgl. oben Rz. 3). Diese Willenskundgabe kann im Bezug auf den Kostenvorschuss als eine genügend ausdrückliche Verpflichtung gewertet werden (so auch: BK OR – WEBER, Art. 112 N 141; BSK OR I – GONZENBACH, Art. 112 N 14). Folglich gehen beide Parteien einen zur Vorschusszahlung verpflichteten „*receptum arbitrii*“ (Schiedsrichtervertrag) mit den Schiedsrichtern ein (Kommentar Swiss Rules – STACHER, Art. 41 N 20; FADLALLAH, ICC Bull. 1/2003, 55).
- 10 Der Vertrag muss eine Forderung zugunsten eines Dritten begründen (Handkommentar Schweizer Privatrecht – REETZ/GRABER, Art. 112 OR N 18, verweisend auf: BK OR – WEBER, Art. 112 N 35 und 38). Vorliegend wird in der Schiedsklausel auf die Swiss Rules Bezug genommen (Art. 12.1 Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**). Aus Art. 38 ff. Swiss Rules geht eine Kostenvorschusspflicht zugunsten des Gerichts hervor. Eine Forderung zugunsten eines Dritten kann damit bejaht werden.
- 11 Beim Dritten handelt es sich um eine von den Vertragsparteien verschiedene Person irgendeiner Art. Diese Person muss mindestens objektiv bestimmbar sein (BGE 60 II 492 E. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMENEGGER, N 4122; BSK OR I – GONZENBACH, Art. 112 N 6). Vorliegend sind das Gericht und im Speziellen die Richter aus der Sicht Schiedsklausel (Art. 12.2 Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**) als aussenstehende Dritte objektiv bestimmbar. Eine bestimmbare Drittperson liegt damit vor.
- 12 Das Forderungsrecht steht im unechten Vertrag zugunsten Dritter nur der Klägerin als Promissarin zu (BGE 115 III 16 E. 2a; BSK OR I – GONZENBACH, Art. 112 N 13; Handkommentar Schweizer Privatrecht – REETS/GRABER, Art. 112 OR N 21, verweisend auf: BK OR – WEBER, Art. 112 N 140). Es wird damit ermöglicht, dass eine Leistung an den Dritten widerrufbar wird, um eine Leistung an sich selber zu beanspruchen (BSK OR I – GONZENBACH,

Art. 112 N 14). Begleitet nun die Klägerin den Vorschuss an das Gericht, muss darum die Rückbezahlung an die Klägerin verlangt werden.

13 Die Beklagte muss aufgrund des oben Gesagtem dazu verpflichtet werden, den hälftigen Vorschuss an die Klägerin, und zwar in der Höhe von CHF 125'000.- zuzüglich 5 % Zins i.S.v. Art. 104 OR nach Ablauf einer dreitägigen Zahlungsfrist zu zahlen (STACHER, AJP 2011, 126, verweisend auf: BGer 4A_444/2009; CRAIG/PARK/PAULSSON, 267-268).

2.3. Sicherung der Kostenforderung

14 Wie bereits in Randziffer 10 der Einleitungsanzeige ausgeführt, ist die Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten nach Art. 75 OR sofort fällig.

15 Die Klägerin ersucht das Gericht, eventuell, eine vorsorgliche Massnahme nach Art. 26 Abs. 1 Swiss Rules zu treffen. Eine solche ist zwingend in der Form einer Anordnung oder eines vorläufigen Schiedsspruches zu erlassen, damit die an sich provisorische Forderung in eine unmittelbar vollstreckbare Zahlung umgewandelt werden kann (BSK IPRG – BERTI, Art. 183 N 10: spricht sich für eine Anordnung aus; für einen vorläufigen Schiedsspruch: Handkommentar Schweizer Privatrecht – SCHRAMM/FURRER/GIRSBERGER, Art. 183 IPRG N 12; FAVRE-BULLE, ASA Bull 2/2001, 238 und 242). Dabei ist es von grosser Wichtigkeit, dass eine Massnahme getroffen wird, welche die Vollstreckung der Forderung innert drei Tagen ermöglicht. Andernfalls entstünden der Klägerin ernstzunehmende Nachteile (vgl. nachfolgend: Rz. 18).

16 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen ergibt sich aus Art. 26 Abs. 1 Swiss Rules. Danach können auf Begehren einer Partei, bzw. sofern nicht anders vereinbart, vorsorgliche oder sichernde Massnahmen angeordnet werden. Nach BGer 4A_391/2010 ist ausserdem zulässig, dass das Gericht über seinen Honoraranspruch einen vollstreckbaren Titel erlässt (vgl. hierzu: STACHER, AJP 2011, 138 f.).

17 Eine vorsorgliche oder sichernde Massnahme ist eine einstweilige Anordnung zur Abwendung einer *akuten Rechtsgefährdung* (BSK IPRG – BERTI, Art. 183 N 6 f.), welche sich für die Dauer und durch die Existenz des Schiedsgerichtsverfahrens ergibt.

18 Die Anordnung muss geboten sein, um den Eintritt eines für den Gesuchsteller nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils abzuwenden (BSK IPRG – BERTI, Art. 183 N 6 f.). Dies bedeutet konkret, dass der Schaden der Gesuchstellerin demjenigen der Gegenpartei überwiegen muss. Vorliegend ist die Klägerin äusserst dringend darauf angewiesen, dass nicht weitere

Unkosten entstehen. Ansonsten stünde ihre Existenz auf dem Spiel. Aufgrund der Zahlungsausfälle im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertragsverhältnis ist die Liquidität der Klägerin nicht mehr garantiert. Durch die unterlassenen Zahlungen fehlen der Klägerin per heutigem Datum CHF 1'600'000.- des budgetierten Umsatzes, welche doch dringend benötigt werden. Die laufenden Fixkosten und einige zusätzlich geplanten Festinvestitionen führen aufgrund knapper Budgetierung zu wenig Spielraum. Eine zusätzliche Belastung durch CHF 125'000.- ist unmöglich und bedroht die Existenz der Klägerin immens. Hingegen erscheint eine Zahlung von CHF 125'000.- für die Beklagte als durchaus zumutbar, wenn man sich vor Augen führt, dass dieser Betrag ungefähr den vereinbarten Monatsraten entspricht. Weiter scheint es als höchst unwahrscheinlich, dass eine Unternehmung, welche einen Kaufvertrag über CHF 4'000'000.- abschliessen kann nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um einen Kostenvorschuss in dieser Höhe zu bezahlen. Abschliessend kann festgehalten werden, dass in jedem erdenklichen Fall der Schaden für die Klägerin, die Sicherstellung laufender Projekte, als grösser als derjenige der Beklagten zu werten ist. Damit ist eine sichernde Massnahme geboten.

- 19 Aus den genannten Gründen geht klar die Dringlichkeit einer vorsorglichen Massnahme hervor. Damit ist die Klägerin zur Zahlung des anteiligen Kostenvorschusses verpflichtet. Aufgrund der äusserst knappen Zeitverhältnisse bitten wir das Gericht, diesen Entscheid mittels einer Anordnung oder aber durch einen vorsorglichen Entscheid zu erlassen.

3. Editionsbegehren

- 20 Die Beklagte macht in ihrer Einleitungsantwort und -anzeige der Widerklage geltend, dass die vereinbarten Leistungsgarantien aufgrund grundlegender Konstruktionsmängel der Anlage nicht erreicht werden. Diese seien durch die Klägerin zu verantworten.
- 21 Tatsächlich hat die Klägerin aber bereits beim zweiten Inbetriebnahmeversuch schriftlich die Vermutung zu Protokoll gegeben, dass höchst wahrscheinlich erneut eine Glaszusammensetzung in die Maschine eingeführt wurde, welche nicht den vertraglich vereinbarten Vorgaben entsprach (**Beilage B-1**). Weiter wurde festgehalten, dass die Glaszusammensetzung vor Ort nicht nachgewiesen werden konnte, da das gesamte Glas bereits verarbeitet wurde. Hierauf versprach der für die Inbetriebnahme zuständige Mitarbeiter der Beklagten, Herr Stefan Fuchs, die genaue Zusammensetzung des Glases mittels Einsicht in den Originalvertrag zwischen der Glassammlungsgesellschaft und der Beklagten ausfindig zu machen. Notfalls werde Herr Stefan Fuchs auf die Emailkorrespondenz zurückgreifen, welche „*sicherlich*“ über die

Zusammensetzung Auskunft geben könne (vgl. **Beilage B-1**). Damit kann gemäss schriftlicher und mündlicher Bestätigung seitens der Beklagten die genaue Zusammensetzung des bei den zwei Inbetriebnahmeversuchen eingesetzten Glases nachgewiesen werden.

- 22 Die Klägerin beantragt darum, dass sowohl der im Protokoll über den zweiten Inbetriebnahmeversuch (**Beilage B-1**) erwähnte Vertrag zwischen dem Schrottglashändler und der Beklagten, wie auch jede Emailkorrespondenz, die zwischen den Mitarbeitern der Beklagten und dem besagten Schrottglashändler geführt wurde, der Klägerin vorzulegen sei.

3.1. Zuständigkeit für das Beweisverfahren

- 23 Zuständig für die Beweisabnahme ist gemäss Art. 184 IPRG das einberufene Schiedsgericht. Damit liegt es beim Schiedsgericht, über die Beweisanträge der Klägerin zu urteilen, sofern durch die Schiedsvereinbarung nichts anderes festgehalten wird.

3.2. Aushändigung von Beweisdokumenten

- 24 Die Beklagte weigert sich, die von der Klägerin verlangten Dokumente zur Zusammensetzung des Schrottglases auszuhändigen. Im Folgenden wird dargestellt, weshalb und inwieweit sich die Klägerin auf den Anspruch zur Beweisherausgabe berufen kann.
- 25 Die Aushändigung von Beweismitteln durch eine Verfahrenspartei bestimmt sich grundsätzlich nach der „*lex arbitri*“, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (Art. 182 Abs. 1 i.V.m Abs. 2 IPRG; vgl. auch: Kommentar zur Institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit – PATOCCHI/NIEDERMAIER, Art. 24 UNICITRAL-Schiedsgerichtsordnung N 2). Vorliegend haben die Parteien nach Art. 12.1 ff. des Lieferungsvertrages (**Beilage K-1**) die Anwendbarkeit der Swiss Rules beschlossen. Gemäss Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules kann das angerufene Schiedsgericht in jedem Zeitpunkt des Verfahrens die Parteien zur Vorlage von Beweisstücken auffordern. Entsprechende konkrete Bestimmungen zur Beweisedition fehlen in den Swissrules aber weitgehend und in der Schiedsvereinbarung gänzlich. Weiter beantragt im konkreten Fall nicht das Gericht, sondern die Klägerin die Vorlage von Schriftstücken. Aus diesen Gründen muss zur Ergänzung auf eine weitere gesetzliche Grundlage zurückgegriffen werden (vgl. auch: LIATOWITSCH/SCHNYDER, N 513). Vorliegend empfiehlt sich eine Anlehnung an die IBA Rules on Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (adopted by the resolution of the IBA Council on 1 June 1999; nachfolgend: IBA Rules), welche bereits heute auch ohne entsprechende Parteivereinbarung im Sinne einer *Best Practice* weitgehend zur Anwendung kommen (TORGGLER, N 26; Handkommentar Schweizer Privat-

recht – FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Art. 182-186 IPRG N 22; vgl. auch Einleitung zu früherer Version der IBA Rules: Supplementary Rules governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration of the IBA from 28th May 1983). Damit beantragt die Klägerin ein Vorgehen analog der IBA Rules.

26 Gemäss Art. 3 Abs. 2 IBA Rules können die Parteien im schiedsgerichtlichen Verfahren die Vorlegung von sich bei der gegnerischen Partei befindlichen Beweismitteln beantragen. Dies entspricht der Pflicht der Parteien, im eigenen Verfahren nach Treu und Glauben mitzuwirken, wobei eine Partei im Schiedsverfahren auch belastende Beweise von sich aus einzubringen hat (VARGA, 115; ICC Award No. 1434, von: <http://www.trans-lex.org/201434> (zuletzt besucht am: 11. Dezember 2011)). Auch wenn die Swiss Rules selbst keine analoge Normierung vorsieht, so wird trotzdem ein prozessualer Anspruch der Parteien und des Gerichts zur Beantragung einer Editionsspflicht anerkannt (vgl. ICC Award No. 6497, YCA 1999, 73; ICC Award No. 6465, abgedruckt bei: HASCHER, 65; BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 N 20). Hierzu werden in Art. 3 Abs. 3 IBA Rules die notwendigen Voraussetzungen festgehalten. Diese sind nachstehend zu prüfen.

3.2.1. Dokumente

27 Die Klägerin verlangt die Auslieferung einer Kopie des originalen Glaslieferungsvertrags zwischen der Beklagten und ihrem Schrottglasilieferantenunternehmen. Es ist unbestritten, dass es sich hierbei um ein Dokument i.S.v. Art. 3 Abs. 3 IBA Rules handelt. Zudem ist die Existenz dieses Dokumentes durch einen Mitarbeiter der Beklagten bestätigt worden (**Beilage B-1**), so dass es sich vorliegend um ein konkretes, genau bezeichnetes und nachweislich bestehendes Dokument handelt.

28 Des Weiteren fordert die Klägerin die Einsicht in sämtliche Emailkorrespondenz, welche zwischen der Beklagten und ihrem Glaslieferanten seit Beginn derselbigen Zusammenarbeit ausgetauscht wurde. Nach Art. 3 Abs. 3 lit. a IBA Rules kann neben einzelnen Dokumenten auch eine Gruppe von Dokumenten verlangt werden. Diese muss genügend spezifisch und eng bezeichnet werden, und es muss aufgezeigt werden, dass es vernünftige Gründe gibt, welche für die Existenz einer solchen Gruppe von Dokumenten sprechen (vgl. auch: MCILWRATH/SAVAGE, N 5-193). Unter einer solchen Dokumentengruppe ist eine Kette gleicher oder gleichartiger Dokumente gemeint, denen gemein ist, dass sie sich inhaltlich auf das Thema beziehen, welches der Antragsteller mit ihrer Hilfe beweisen möchte (SCHÄFFLER, 164, mit weiteren Hinweisen und Verweis auf: Beweiserhebung im Schiedsverfahren –

RAESCHKE-KESSLER, 51). Vorliegend handelt es sich bei den Emails um eine Reihe von geschäftlichen Mitteilungen und Schriftverkehr, welche zwischen der Beklagten und ihrem Schrottglasslieferanten geführt wurden. Darunter sollen sich laut Herrn Stefan Fuchs, dem Mitarbeiter der Beklagten, die entscheidenden Informationen über die Zusammensetzung des verwendeten Glasmaterials befinden (**Beilage B-1**). Vorliegend handelt es sich bei den Emails und dem Schriftverkehr eindeutig um Geschäftskorrespondenz. Es gehört gerade zum Kernbereich der Beklagten und des Drittunternehmens, Glas zu liefern und zu verarbeiten. Daraus ist zu schliessen, dass die vorbezeichnete Korrespondenz mit Sicherheit Hinweise zur Glaszusammensetzung enthält. Bei den Emails und dem Schriftverkehr zwischen der Beklagten und ihrem Lieferanten handelt es sich folglich um eine spezifisch bezeichnete und eng gefasste Art von Korrespondenz. Diese ist auf die Klagethematik, die Bezeichnung des Glases samt Tauglichkeit zur Verarbeitung, beschränkt, und ist damit beweisrelevant. Die Beklagte hat die Existenz der Dokumente bestätigt (**Beilage B-1**), womit auch das Vorhandensein der Geschäftsemailkorrespondenz unbestritten ist.

3.2.2. Beweiserheblichkeit

- 29 Nach Art. 3 Abs. 3 lit. b IBA Rules und gleichlautender bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die geforderten Dokumente für das Verfahren notwendig und damit sachverhaltserheblich sein (vgl. auch: BGE 106 II 170 E. 6b; IMHOOS/SCHÄFER/VERBIST, 137). Von der Klägerin nicht bezweckt und zudem verboten ist die Ausforschung der Beklagten, um erst einen Anspruch zu kreieren (vgl. ADEN, 305). Die von der Klägerin verlangten Dokumente sind jedoch verfahrensnotwendig. Ohne diese kann die Klägerin ihrer Beweislast nicht angemessen nachkommen. Einzig diese Korrespondenz kann aufzeigen, dass die Beklagte entgegen in Art. 6.1 des Annex III des Leistungsvertrages (**Beilage K-1**) Glas in das Verarbeitungssystem eingeführt hat, welches nicht den vereinbarten Grössen- und Sortenverhältnissen entsprach.
- 30 Es ist nicht zwingend, dass die eingeforderten Dokumente dazu bestimmt sind, den Behauptungen der Antragstellerin zu entsprechen (Beweiserhebung im Schiedsverfahren – RAESCHKE-KESSLER, 52). Es genügt durchaus, dass diese die Sachverhaltsnachvollziehung durch das Gericht erleichtern und das Verfahren damit effizienter gestalten können (Commentary IBA Rules, 13). Damit kann die Beklagte nicht argumentieren, die Dokumente seien nur für das interne Vertragsverhältnis zwischen ihr und ihrem Lieferanten bestimmt und daher nicht verfahrensrelevant. Die Unterlagen der Beklagten sind aufgrund ihres Beweischarakters sachverhaltsrelevant..

3.2.3. Entscheiderheblichkeit

31 Weiter müssen entsprechend Art. 3 Abs. 3 lit. b IBA Rules die eingeforderten Beweisunterlagen für den Ausgang eines Verfahrens materiell massgebend und damit entscheiderelevant sein (vgl. auch: HILL/NEWMAN, 742). Wie erläutert, können die von der Klägerin eingeforderten Dokumente beweisen, dass die Klägerin auch für den zweiten Inbetriebnahmeversuch vertragswidriges Material verwendet hat. Folglich hätten andernfalls die vereinbarten Messwerte von fünf Tonnen pro Stunde (vgl. **Beilage K-1**) mühelos erreicht werden können. Damit hätte die Klägerin, entgegen der einschlägigen Behauptung der Beklagten, die Maschine durchaus korrekt installiert und damit mängelfrei geliefert. Damit sind die Dokumente für die materielle Würdigung der Vertragserfüllung seitens der Klägerin gewichtig und damit letztlich wegweisend für das schiedsgerichtliche Urteil.

32 Des Weiteren gilt es als allgemein anerkannt, dass die schriftliche Dokumentation, im Gegensatz zu mündlichen Aussagen von Parteien, in nationalen und internationalen Streitigkeiten das wichtigste und überzeugendste Beweismittel darstellt. Diese allein kann Tatsachen zum Sachverhalt ohne bleibende Zweifel aufdecken (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 N 15; MCILWRATH/SAVAGE, N 5-175). Das Gericht hat folglich auch i.S.v. Art. 15 Abs. 1 und Abs. 6 Swiss Rules die Pflicht, im Rahmen eines fairen Verfahrens die Bedeutung dieses Beweismaterials entsprechend zu würdigen (vgl. hierzu auch: KNOEPFLER/SCHWEIZER, 508). Hierzu gehört, dass beide Parteien möglichst denselben Zugang zu allen möglicherweise relevanten Informationen und Unterlagen erhalten (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 N 4). Die eingeforderten Dokumente sind damit aufgrund ihrer Funktion entscheidereblich.

3.2.4. Verfügungsgewalt

33 Sowohl der Vertrag zwischen der Beklagten und dem Glassammelungsunternehmen, wie auch die schriftliche Geschäftskorrespondenz derselben, befinden sich unbestritten bei der Beklagten. Die Klägerin hat keine direkte Zugriffsmöglichkeit auf diese Dokumente und kann damit auch nicht über diese verfügen.

34 Für die Beklagte wäre es zudem ohne weitere Schwierigkeiten oder grösseren Aufwand möglich, diese Dokumente der Klägerin zugänglich zu machen, womit sie gemäss ICC-Rechtsprechung zur Herausgabe verpflichtet werden kann (ICC Award No. 6497, YCA 1999, 73; vgl. hierzu: MÜLLER/RONEY, 61).

3.2.5. Fazit

35 Die Klägerin hat eingehend dargelegt, dass sämtliche Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 3 IBA Rules erfüllt sind. Die Beklagte hat folglich die verlangten Dokumente vorzulegen und der Klägerin ist Einsicht zu gewähren.

3.3. Geheimnisschutz

36 Wie ausgeführt, ist die Beklagte dazu verpflichtet, die verlangten Dokumente auszuhändigen. Ihre Kooperationspflicht könnte jedoch durch allfällig berechnete Interessen ihrerseits auf Vertraulichkeit und Geheimnisschutz i.S.v. Art. 9 lit. e IBA Rules eingeschränkt werden (BSK IPRG – SCHNEIDER, Art. 184 N 54). Vorliegend soll die Herausgabe der Dokumentation jedoch nicht dazu dienen, unbefugt in wirtschaftliche, technische oder sonstige Geheimnisse Einsicht zu nehmen (vgl. Beweiserhebung im Schiedsverfahren – RAESCHKE-KESSLER, 57). Viel mehr dienen die Beweise dazu, die materiellen Ansprüche der Klägerin zu untermauern. Weiter ist sich die Klägerin ihrer Geheimhaltungspflicht entsprechend Art. 43 Swiss Rules und Art. 3 Abs. 12 IBA Rules durchaus bewusst.

37 Trotzdem ist die Klägerin dazu bereit, die Dokumentation durch einen unabhängigen und unbeteiligten Dritten i.S.v. Art. 3 Abs. 7 IBA Rules einsehen zu lassen. Dieser sollte die Vertraulichkeit beurteilen und anschliessend eine *entschärfte* Version der Dokumente der Klägerin vorlegen, wenn das Schiedsgericht dies beschliessen sollte. Selbstverständlich darf das Gericht auch weitergehende Massnahmen zum Schutz der Interessen der Beklagten ergreifen, sofern die von der Klägerin benötigten Informationen in der Dokumentation weiterhin erkennbar bleiben und damit der Beweischarakter derselben erhalten bleibt.

3.4. Negative Folgen bei Verweigerung der Dokumentenvorlage

38 Weigert sich die Beklagte, die geforderten Unterlagen auszuhändigen, ist dieses Verhalten zu sanktionieren. Gemäss der Befugnis in Art. 4 IBA Rules liegt es im Ermessen des Schiedsrichters, das unkooperative Verhalten der Beklagten bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (TIEF, 117). Weiter hat der Schiedsrichter nach Art. 184 Abs. 2 IPRG die Möglichkeit, staatliche Organe zur Beweiserhebung beizuziehen. Damit hat der Schiedsrichter zwei Möglichkeiten, eine allfällige mangelnde Kooperation und Mithilfe der Beklagten in diesem Verfahren zu berücksichtigen: Entweder es beauftragt ein staatliches Gericht, die bezeichneten Dokumente einzuholen (ZK IPRG – VISCHER, Art. 184 N 5), oder aber es kehrt die Beweislast

zum Nachteil der sich weigernden Beklagten um (TIEF, 119; Commentary IBA Rules, 10; ICC Award No. 6497, YCA 1999, 73).

39 Die Klägerin denkt nicht, dass der Eingriff eines staatlichen Gerichts notwendig ist. Daher wird i.S.d. IBA Rules beantragt, dass zulasten der Beklagten angenommen werden kann, dass die in den Beweisdokumenten niedergeschriebenen Fakten viel eher den Interessen derselben zuwiderlaufen und daher nicht eingebracht werden (Beweiserhebung im Schiedsverfahren – RAESCHKE-KESSLER, 157). Eventualiter sei der Beklagten eine Zwangsmassnahme i.S.v. Art. 292 StGB anzudrohen.

40 Folglich ist das unkooperative Verhalten der Beklagten im Rahmen der Beweiswürdigung zu ihren Lasten zu berücksichtigen.

II. Materielles

1. Vorbemerkung

41 Weiter wird aufgezeigt, inwiefern die Beklagte ihre Pflichten aus dem Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) verletzt hat. Es wird ferner dargelegt, weshalb und wie die Klägerin ihrerseits alle vertraglichen Pflichten erfüllt hat und dass ihre Forderungen deshalb begründet sind.

2. Qualifikation des Vertrags

42 Damit eine Beurteilung der materiellen Begehren möglich ist, muss der vorliegende Vertrag qualifiziert werden.

43 Gegenstand des vorliegenden Falls ist die Produktion und der anschliessende Einbau einer Glasbrecheranlage im Recyclingcenter der Beklagten durch die Klägerin.

2.1. Werkvertrag

44 Im Falle des Werkvertrags verpflichten sich der Unternehmer zur Herstellung eines körperlichen oder unkörperlichen Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Geschuldet wird ein Erfolg und nicht bloss ein sorgfältiges Tätigwerden, weshalb einzig das Resultat, nicht aber die Arbeit daran, Gegenstand des Vertrags bildet. Liefert der Unternehmer den Stoff für die Herstellung selbst, so spricht man von einem Werklieferungsvertrag (zum Ganzen Abschnitt: HUGUENIN OR BT, N 600).

45 Gemäss Lieferungsvertrag haben die Parteien die Herstellung, Lieferung und anschliessende Montage einer Glasbrecheranlage gegen Vergütung von insgesamt CHF 4'000'000.- verein-

bart. Dabei sollte die Beklagte zuerst zwei Anzahlungen à je CHF 200'000.- und nach Inbetriebnahme 36 monatliche Raten à je CHF 100'000.- (Total CHF 3'600'000.-) leisten. Bei der Anlage handelt es sich um ein körperliches Werk, bei den Zahlungen um die Vergütung für dieses. Somit liegt ein Synallagma vor. Den Stoff, d.h. die Materialien für den Bau der Anlage, beschafft die Klägerin selbst, die Beklagte stellt lediglich diejenigen Leistungen, Ausrüstungen und Medien, welche im Leistungs- und Lieferumfang des Auftragnehmers nicht enthalten sind, zur Verfügung (Art. 3.1 Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**). Aus diesem Grund drängt es sich auf, die vorliegende Vereinbarung als Werklieferungsvertrag zu qualifizieren.

2.2. Abgrenzung zum Kaufvertrag

- 46 Das erste Abgrenzungsproblem stellt sich zum Kauf einer künftigen Sache, da die Sache dort ebenfalls erst hergestellt werden muss. Im vorliegenden Fall liegt aber deshalb kein solcher vor, da die Anlage so produziert wird, dass bereits vorhandene Teile der Recyclinganlage weiterhin verwendet werden können (Präambel Lieferungsvertrag, **Beilage K-1**). Sie wird speziell für die Beklagte gebaut, weshalb kein Kauf vorliegt.
- 47 Ein zweites Abgrenzungsproblem besteht zum Kauf mit Montagepflicht. Allerdings stellt die Montagepflicht bei einem Kaufvertrag nur eine Nebenpflicht dar (HUGUENIN OR BT, N 611). Vorliegend ist sie jedoch von vorrangiger Bedeutung, weshalb auch in dieser Hinsicht kein Kaufvertrag vorliegt.
- 48 Aus diesen Gründen ist unter dem von den Parteien verwendeten Begriff *Kaufpreis* nicht eine Zahlung i.S. eines Kaufvertrags gemeint, sondern ein Werklohn i.S.v. Art. 363 OR. Die Parteien bedienen sich einer unrichtigen Bezeichnung, welche nach Art. 18 OR keinen Einfluss auf die objektive Rechtsnatur des Vertrags hat.

3. Möglichkeit des Rücktritts der Beklagten vom Vertrag nach Art. 366 OR

3.1. Rechtsgrundlage und Voraussetzungen

- 49 Sollte eine Möglichkeit auf Vertragsrücktritt bestehen, so müsste sich diese auf Art. 366 OR stützen. Massgebend ist Abs. 1, wonach ein Rücktritt infolge eines qualifizierten Herstellungsverzugs möglich ist. Der Abs. 2 regelt die Ersatzvornahme wegen mangelhafter oder vertragswidriger Erstellung und kommt somit vorliegend nicht zur Anwendung.
- 50 Voraussetzung nach Art. 366 Abs. 1 OR ist ein Herstellungsverzug des Unternehmers wegen Verzögerung der eigentlichen Herstellung oder wegen eines Rückstands mit der Beseitigung

eines vertragswidrigen Zustandes (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 8). Ergänzend dazu müssen die Voraussetzungen nach Art. 102-109 OR, namentlich eine Mahnung und eine angemessene Nachfristansetzung, gegeben sein. Ein Verschulden seitens des Unternehmers wird hingegen nicht verlangt, die Verzögerung muss ihm aber objektiv pflichtwidrig zugerechnet werden können (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 13-17).

3.2. Kein Herstellungsverzug

- 51 Der Herstellungsverzug i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR setzt noch vor der Ablieferung des Werks an, nämlich dort, wo der Unternehmer mit der Herstellung nicht so weit ist, wie er sein sollte (vgl. auch: BK OR – KOLLER, Art. 366 N 3). Für die Gewährleistung nach diesem Zeitpunkt sind die Mängelrechte nach Art. 368 OR vorgesehen.
- 52 Die Beklagte behauptet, es habe keine Ablieferung stattgefunden (Einleitungsantwort und Anzeige der Widerklage, Rz. 13). Ablieferung bedeutet, dass die Glasbrecheranlage vollendet ist, d.h. dass sämtliche vertraglichen Arbeiten ausgeführt worden sein müssen (GAUCH, N 101). Massgebend ist, ob das Werk gebrauchsfähig ist und der Besteller die Prüfung vornehmen kann. Das Werk vor der Vollendung zu prüfen ist weder sinnvoll noch zumutbar (BGer 4C.469/2004 E. 2.4). Die Anlage wurde auf dem Grund und Boden der Beklagten errichtet, weshalb sich die Ablieferung in einer Vollendungsanzeige äussert (BK OR – KOLLER, Art. 366 N 68). Mit der Anzeige des Montageendes zeigt die Klägerin die Vollendung der Glasbrecheranlage an. Damit gibt sie der Beklagten zu verstehen, dass sie alle notwendigen Arbeiten ausgeführt hat und die Anlage durch die Bereitschaft zur Inbetriebnahme folglich als abgeliefert gilt.
- 53 Die Parteien verwenden im Lieferungsvertrag den Begriff der *Abnahme* für den erfolgreichen Abschluss der Leistungstests. Die Ablieferung und die Genehmigung fallen nicht zusammen, sondern finden zeitlich nacheinander statt (GAUCH, N 99). Vorliegend findet zuerst das Montageende statt und anschliessend die Prüfung. Damit ist klar, dass für die Durchführung der Leistungstests bereits eine erfolgreiche Ablieferung vorliegen muss, welche sich hier aus dem Montageende ergibt. Relevant ist der wirkliche Wille, nicht die falsche Bezeichnung (Art. 18 OR). Die Parteien bedienen sich des Ausdrucks der Abnahme i.S. einer Genehmigung und nicht synonym zur Ablieferung, die bereits mit dem Anzeigen des Montageendes stattfand.
- 54 Die Anlage wurde fest auf dem Boden der Beklagten errichtet und ist betriebsfähig. Gemäss Art. 7.1 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) muss die Klägerin der Beklagten nach den erfolg-

reich abgeschlossenen Kalttests das Montageende anzeigen. Wie aus dem Protokoll (**Beilage K-2**) ersichtlich ist, wurde die Kaltinbetriebnahme erfolgreich abgeschlossen, worauf die Klägerin ihre Mitteilung zum Ende der Montage machte. Anschliessend wird die Anlage auf die Bereitschaft zur Inbetriebnahme überprüft und der Tag des Montageendes festgelegt. Dieser ist gemäss Art. 7.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) bindend, sofern nicht eine der Parteien beweist, dass die Anlage nicht zur Inbetriebnahme bereit war.

55 Im vorliegenden Fall hat die Beklagte eben diesen Beweis nicht erbracht, vielmehr akzeptierte sie mit dem Durchführen der Leistungstests die grundlegende Funktionsfähigkeit der Anlage und damit ihre Vollendung; beides ist im Protokoll (**Beilage K-2**) festgehalten. Die Durchführung der Leistungstests obliegt gemäss Art. 8.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) auch nicht mehr der Klägerin – diese ist bloss beratend tätig –, sondern der Beklagten, was ebenfalls bedeutet, dass die Arbeit der Klägerin abgeschlossen sein muss.

56 Mit den Leistungstests wird die Anlage nur noch auf minder erhebliche Mängel geprüft. Solche hindern die erfolgreiche Ablieferung nicht; die Anlage gilt trotz möglicher ausstehender Nachbesserungsarbeiten als vollendet (GAUCH, N 106; vgl. auch die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts: BGE 115 II 456 E. 3; BGer 4A_252/2010 E. 5.3).

57 Aus oben dargelegten Gründen hat die Glasbrecheranlage somit als abgeliefert zu gelten. Die Beklagte kann den Rechtsbehelf des Rücktritts i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR nicht ergreifen.

3.3. Weitere Voraussetzungen (Eventualiter)

58 Würde das Gericht wider Erwarten dennoch zum Schluss kommen, das Werk sei noch nicht abgeliefert worden, darf die Verzögerung nicht dem Risikobereich der Klägerin zugerechnet werden. Dies wäre nur der Fall, wenn sie eine ihr zufallende Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hätte (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 366 N 12). Vorliegend ist es genau umgekehrt. Es ist die Beklagte, die bis zum heutigen Tag die beim Testlauf verwendete Glasmischung nicht bekannt gibt. Der erste Test scheiterte gemäss Protokoll (**Beilage K-2**) an der falschen Glaszusammensetzung, welche im vertraglich festgelegten Zuständigkeitsbereich der Beklagten lag (Art. 8.2 Lieferungsvertrag – **Beilage K-1**). Die genaue Glaszusammensetzung ist in Annex III 6.1 des Lieferungsvertrages (**Beilage K-1**) definiert. Diese Fehlerhaftigkeit anerkannte sie gemäss Protokoll (**Beilage K-2**) und sollte in der Folge, wie in Art. 5.2.1 Annex III (**Beilage K-1**) vorgesehen, alles Nötige zur Ursachenbehebung beitragen. Für den zweiten Test war also insbesondere eine vertragskonforme Glasmischung von Bedeutung. Als bei diesem erneut Komplikationen auftraten, weigerte sich die Beklagte, die Dokumente zur

Glaszusammensetzung offenzulegen (vgl. oben: Rz. 20 ff.). Damit verletzte sie ihre Mitwirkungspflicht nach Annex III 5.2.1 (**Beilage K-1**) und verunmöglichte es, eine gemeinsame Lösung des Problems zu erarbeiten.

- 59 Zwar hat die Beklagte im Rahmen der intensiven E-mailkorrespondenz im Dezember 2010 mehrfach gerügt, dass das Problem noch ungelöst sei. Diese Rügen können aber nicht losgelöst von der fehlenden Mitwirkung bei der Ermittlung der Glaszusammensetzung betrachtet werden. Im Gegenteil, sie wirken geradezu fadenscheinig; ihre Mithilfe wäre doch zugleich Voraussetzung dafür gewesen, dass die Klägerin ihre Pflicht überhaupt hätte erfüllen können. Aus demselben Grund liegt auch keine gültige Mahnung vor.
- 60 Ähnlich widersprüchlich und sinnlos ist, dass die Beklagte eine Frist zur Mängelbehebung von Dezember 2010 bis am 7. Januar 2011 ansetzte. Denn mit ihrer Äusserung „*das Ding müsse weg*“, machte sie unmissverständlich klar, dass sie gar kein Interesse an einer Fortführung der Geschäftsbeziehungen hat. Dadurch wurde die Frist obsolet.

3.4. Fazit

- 61 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es einerseits an einem Herstellungsverzug und andererseits auch an einer gültigen Mahnung sowie an einer angemessenen Nachfrist fehlt. Die Voraussetzungen eines Rücktritts i.S.v. Art. 366 Abs. 1 OR sind somit nicht erfüllt.

4. Anspruch der Klägerin auf Leistung des Werklohns inklusive Zinsen

- 62 Wie bereits dargelegt, ist die Beklagte nicht zum Rücktritt berechtigt, weshalb sich nun die Frage eines Anspruchs auf Leistung des Werklohns stellt. Ein solcher besteht nach Art. 363 OR, wenn der Unternehmer das Werk vertragsgemäss hergestellt hat. Im vorliegenden Fall muss folglich geprüft werden, ob die Beklagte aufgrund der minderen Verarbeitungsleistung der Anlage die Mängelrechte nach Art. 368 OR geltend machen kann.

4.1. Gemeinsame Voraussetzungen der Mängelrechte

- 63 Sämtliche Mängelrechte aus Art. 368 OR können nur angerufen werden, wenn die Voraussetzungen dazu erfüllt sind. Diese ergeben sich weitgehend aus Art. 367 OR. Danach muss die Ablieferung des beendeten Werks durch den Unternehmer erfolgt sein, während der Besteller dieses rechtzeitig zu prüfen und allenfalls eine Mängelrüge zu erheben hat. Zu diesen Voraussetzungen treten die jeweiligen speziellen Erfordernisse der einzelnen Mängelrechte hinzu (vgl. zum Ganzen: BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 2-6).

64 Im vorliegenden Fall kommt nur eine Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR in Frage. Dies weil Beklagte mit ihrem Rücktrittsgesuch deutlich gemacht hat, dass sie an den Mängelrechten nach Art. 368 Abs. 2 OR, namentlich an der Minderung und der Nachbesserung kein Interesse hat. Eine Prüfung dieser Rechte entfällt jedoch bereits deshalb, weil die Beklagte die gesamte Anlage ohne Wissen der Klägerin vorzeitig abgebaut und für den Rücktransport verpackt hat.

4.2. Keine Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR

65 Wenn das Werk an so erheblichen Mängeln leidet oder so sehr vom Vertrag abweicht, dass es für den Besteller unbrauchbar ist, oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so kann er diese verweigern (Art. 368 Abs. 1 OR). Mit „billigerweise“ macht das Gesetz darauf aufmerksam, dass sich die Unzumutbarkeit aus einer Abwägung der Interessen beider Parteien ergibt und nicht generell festgelegt werden kann (vgl. hierzu auch: ZK OR – BÜHLER, Art. 368 N 43). Im vorliegenden Fall liegt kein unbrauchbares Werk vor, weshalb eine Wandlung unverhältnismässig wäre. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein allfälliger Anspruch auf Wandlung nur unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen der Parteien, welche wiederum nach dem Grundsatz der Billigkeit zu beurteilen sind, entstehen (BGer 4A_290/2010 E. 2.1). Im vorliegenden Fall leistet die Anlage zwar zu wenig, sie ist aber nicht vollends funktionsunfähig. Die Rückabwicklung des gesamten Vertrags *ex tunc* wäre darum mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht vereinbar. Dies insbesondere auch deshalb, weil es keine Gründe gibt anzunehmen, der Mangel sei nicht behebbar (vgl. BGE 42 II 622 E. 2; vgl. auch: KG SG, BZ.2006.93 2008, E. II 5.2). Die Weigerung, den Werklohn zu bezahlen, entbehrt somit jeglicher Grundlage. Zudem wird das Verschulden der Klägerin an der Funktionsunfähigkeit des Glasbrechersystems weiterhin bestritten.

4.3. Anspruch der Klägerin auf den Werklohn inklusive Zinsen aus erfolgter Inbetriebnahme

66 Nach Art. 4.2.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) beginnt die Ratenzahlung nach der Inbetriebnahme entsprechend Art. 8, welche anfangs Juni 2010 durchgeführt wurde. Im Folgenden wird dargelegt, dass diese korrekt ablief und die angestrebten Leistungsgarantien nur aufgrund eines Selbstverschuldens der Beklagten nicht erreicht wurden.

4.3.1. Ablauf der Inbetriebnahme

67 Nach dem Montageende wird die Anlage während der Inbetriebnahme anhand ausführlicher Leistungstests auf ihre vertragsgemässe Erstellung und allfällige Mängel überprüft. Vertrag-

lich festgelegt wurde in Art. 6.2 Annex III (**Beilage K-1**) ein zu erreichendes Leistungsvolumen von fünf Tonnen pro Stunde.

68 Die kumulativen Voraussetzungen für die Inbetriebnahme sind nach Art. 8 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) die Folgenden:

69 Die Inbetriebnahme des Werks muss unmittelbar nach dem Montageende angestrebt werden. Da im Juni 2010 nach der beendigten Installation umgehend der erste Testlauf stattfand, ist dieses Erfordernis erfüllt (Einleitungsanzeige, Rz. 7).

70 Zweitens wird verlangt, dass alle Leistungstests vom Personal der Beklagten unter Beratung des Personals der Klägerin durchzuführen sind. Auf diesen Punkt wird nachfolgend in Randziffer 75 ff. eingegangen.

71 Als drittes Erfordernis wird verlangt, dass die Klägerin auf eigene Kosten geschultes und nicht geschultes Personal, sämtliche Rohstoffe sowie die benötigte Infrastruktur für die Tests bereitstellt. Dieser Punkt ist unstrittig und damit erfüllt.

4.3.2. Selbstverschulden der Beklagten beim ersten Test

72 Der erste Test über die Inbetriebnahme scheiterte gemäss Protokoll vom 9. Juni 2010 an der falschen Glaszusammensetzung. Diese liegt gemäss Art. 8.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) im Zuständigkeitsbereich der Beklagten, welche sämtliche für die Durchführung der Leistungstests erforderlichen Rohstoffe bereitstellen muss.

4.3.3. Wiederholtes Selbstverschulden beim zweiten Test

73 Da der erste Test aus Gründen, welche die Klägerin nicht zu vertreten hat, scheiterte, konnte die Beklagte nach Art. 5.2.1 Annex III (**Beilage K-1**) zwei zusätzliche Tests verlangen. Sie war aber gleichzeitig verpflichtet, alles zu unternehmen, um die Ursache des Scheiterns zu beheben. Für den zweiten Test war also insbesondere eine vertragskonforme Glasmischung von Bedeutung. Dieser Verpflichtung ist sie jedoch erneut nicht nachgekommen; auch der zweite Test scheiterte.

4.3.4. Keine Offenlegung der Dokumente

74 Der für die Lieferung und Montage des Glasbrechersystems zuständige Projektleiter der Klägerin, Herr Arnold Kummer, äusserte in der Folge Bedenken an der Vertragsmässigkeit der Glaszusammensetzung. Daraufhin versprach Herr Stefan Fuchs, diese ausfindig zu machen und offenzulegen. Eingehalten hat er dieses Versprechen indes nie. Seine plötzliche

Weigerung, die Dokumente vorzulegen, kann ihren Grund nur in den darin enthaltenen Informationen haben. Wäre die Glasmischung korrekt gewesen, gäbe es keinen Grund, die Offenlegung der Dokumente zu verweigern. Im Gegenteil: Sie würde der Beklagten bei der Durchsetzung ihrer Rücktrittsforderung ja allenfalls behilflich sein. Darüber hinaus ist dieses Verhalten treuwidrig, Herr Fuchs müsste der Klägerin die Beweiserbringung erleichtern (vgl. auch Ausführungen in: ZK OR – BÜHLER, Art. 368 N 42). Dies gereicht ihr zum Nachteil.

4.3.5. Keine Pflichtverletzung durch die Klägerin

75 Herr Arnold Kummer verliess das Gelände der Brunner Recycling AG während der zweiten Inbetriebnahme vom 28. auf den 29. November 2010 frühzeitig. Er tat dies, da Herr Stefan Fuchs ankündigte, die „Anlage in der Nacht selbst zu fahren“. In der Folge konnte Herr Kummer keine unmittelbare Kenntnis von den Störungen der Anlage nehmen (**Beilage B-1**).

76 Eine Pflichtverletzung kann daraus aus zwei Gründen jedoch nicht abgeleitet werden: Erstens verliess er die Anlage auf Wunsch von Herrn Fuchs, da diese gemäss dem 2. Protokoll (**Beilage B-1**) „so gut“ funktionierte; zweitens sagt die Beklagte in ihrem Schreiben zur Beendigung des Vertrags (**Beilage B-2**), dass Herr Arnold Kummer bei beiden Testläufen „persönlich anwesend“ war. Damit drückt sie selbst aus, dass sie den Test bereits vor seinem Abgang als abgeschlossen erachtete. Eine Verletzung fällt somit ausser Betracht und der Anspruch auf Zahlung des Werklohns ist belegt.

77 Darüber hinaus ändert dieser Umstand in keiner Weise etwas am widersprüchlichen Verhalten der Beklagten bezüglich der Offenlegung der Glaszusammensetzung.

4.3.6. Beginn der Ratenzahlung ab Juli 2010

78 Wie dargelegt, scheiterte der erste Inbetriebnahmeversuch nur aus Gründen, die der Beklagten zuzurechnen sind. Deshalb beginnt die Ratenzahlung, wie in Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) definiert, ab Juli 2010 zu laufen. Ein zweiter Inbetriebnahmeversuch war ebenfalls auf die falsche Glaszusammensetzung zurückzuführen. Diese wird in Art. 8.2 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) definiert. Die Beschaffung des zu verarbeitenden Glases fällt, wie festgehalten, in den Verantwortungsbereich der Beklagten. Daher ist die Verzögerung des Zahlungsbegins missbräuchlich. Somit sind die in Art. 4.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) vereinbarten 12 % Verzugszinsen für alle noch Forderungen bis Februar 2011 fällig und die noch ausstehenden als Gesamtpreis zu bezahlen oder eventualiter ihrer monatlichen Fälligkeit entsprechend zu begleichen.

79 Am 8. November 2010 beglich die Beklagte die erste Ratenzahlung, weshalb die Klägerin davon ausgehen durfte, die Beklagte sei nun zur Besinnung gekommen und betrachte die Inbetriebnahme der Anlage als erfolgt. Der Vorwurf, diese Zahlung sei nur erfolgt, weil die Klägerin über mangelnde Bankbonität geklagt habe, ist haltlos und treuwidrig. Im Zeitraum zwischen dem ersten und zweiten Test trägt die Beklagte aufgrund ihres anerkannten Verschuldens nach Art. 5.2.1 Annex III (**Beilage K-1**) die zusätzlichen Kosten.

4.4. Anspruch der Klägerin auf Werklohn inkl. Zinsen aus der erfolgten Abnahme

80 Mit Abschluss der Leistungstests und Erreichen der Leistungsgarantien gilt die Anlage als abgenommen: Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**). Wie unter Randziffer 51 ff. ausgeführt, entspricht nicht die Abnahme, sondern das Montageende der Ablieferung. Die erfolgreiche Abnahme kommt einer Genehmigung i.S.v. Art. 370 OR gleich, mit welcher der Besteller das Werk als vertragsgemäss erstellt gelten lässt (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 370 N 2; vgl. auch: BGer 4C.130/2006 E. 4.1). Daran ändert auch die Klausel in Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) über die Weiterführung der Gewährleistung nichts, da die Modalitäten von Art. 370 OR dispositiv sind (BSK OR I – ZINDEL/PULVER, Art. 370 N 24).

4.4.1. Vertragliche Regelung zur Abnahme

81 Neben den in 4.3.5 gemachten Ausführungen, begründet sich die stillschweigende Genehmigung der Beklagten zur Abnahme auch in der Tatsache, dass die Tatbestände aus Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) erfüllt sind. Folglich wird belegt, weshalb die Klägerin die Abnahme als erfolgt betrachtet.

82 In Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) werden mehrere Tatbestände aufgezählt, bei deren Eintreten die Abnahme als erfolgt gilt. Vorwiegend sollte dies dann der Fall sein, wenn alle Leistungsgarantien aus Annex III (**Beilage K-1**) erfüllt sind. Irrelevant ist, ob diese im Rahmen eines Testlaufs oder ausserhalb, beim normalen Betrieb der Anlage, erreicht werden. Vorliegend wurde das Ziel von fünf Tonnen Verarbeitungsleistung pro Stunde nie erreicht.

83 Für den Fall, dass kein erfolgreicher Abschluss der Tests möglich ist, sieht Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) weitere Bestimmungen vor. Da diese daran anknüpfen, dass die Klägerin das Scheitern nicht zu verantworten hat, haben sie seinen Schutz zum Zweck. Als Grunderfordernis teilen sie, dass die Inbetriebnahmezeit von einem Monat abgelaufen sein muss. Dies kann bejaht werden; seit dem zweiten Test im November 2010 sind mehrere Monate vergangen.

84 Einer der in Randziffer 82 ausgeführten Tatbestände ist, dass die Klägerin keine Möglichkeit zur Durchführung der Tests nach Annex III (**Beilage K-1**) hatte bzw. diese nicht wiederholen konnte. In Art. 5.2.1. Annex III (**Beilage K-1**) wird statuiert, dass die Beklagte bis zu zwei zusätzliche Tests verlangen darf, falls die Klägerin am Scheitern keine Verantwortung trifft.

85 Da der Verdacht besteht, dass auch der zweite Test infolge vertragswidriger Glaszusammensetzung gescheitert ist, hat die Beklagte einen Anspruch auf einen weiteren Test. Wie bereits festgestellt, müsste die Beklagte gemäss Art. 5.2.1 Annex III (**Beilage K-1**) nun alles unternehmen, um die Ursachen für das Versagen zu beheben, namentlich müsste Herr Stefan Fuchs die Korrespondenz mit dem verantwortlichen Glassammelunternehmen aushändigen. Dies tut er entgegen seiner Aussage jedoch nicht und verunmöglicht so, dass die Klägerin rechtsgenügend beweisen kann, aus welchem Grund die Anlage die vertragliche Leistung tatsächlich nicht erreichte und welche Nachverbesserungen allenfalls vor Ort nötig gewesen wären.

4.4.2. Erfolgte Abnahme

86 Im Einklang mit Art. 8.3 Lieferungsvertrag (**Beilage K-1**) ist die Abnahme als vollzogen zu betrachten. Der Zeitraum zur Inbetriebnahme ist überschritten, die Klägerin trifft keine Verantwortung am Scheitern der Tests und die Beklagte hat keinen weiteren Test verlangt. Dieses Verhalten, namentlich die Tatsache, dass die Beklagte keinen dritten Test verlangt, darf die Klägerin in guten Treuen als stillschweigende Genehmigung werten. Schliesslich ist es nicht an ihr, weitere Nachforschungen anzustellen.

4.5. Fazit

87 Die Glasbrecheranlage wurde durch die Klägerin vertragsgemäss hergestellt und abgeliefert. Die Beklagte kann deshalb keine Mängelrechte aus Art. 368 Abs. 1 OR geltend machen. Die Inbetriebnahme der Anlage sowie die Abnahme i.S. einer Genehmigung erfolgten korrekt, weshalb die Beklagte zur Zahlung des gesamten Werklohns inklusive Zinsen verpflichtet ist.

III. Abschliessende Würdigung

Aus den dargelegten Gründen bitten wir Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts, antragsgemäss zu entscheiden.

Mit vorzüglichster Hochachtung

Moot Court Team 6