

**Moot Court Team 7**

Alexander Geml

Luzia Stierli

Martina Wiher

Fatma Zencirkiran

**Per E-Mail**

**lst. huguenin@rwi.uzh.ch**

Frau Prof. Dr. Z

Seetangweg 44

Postfach 2546

CH-8043 Zürich

15. Dezember 2011

**Klageschrift**

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

Sehr geehrte Frau Vorsitzende

Sehr geehrte Herren Schiedsrichter

in der Sache

**Bietmann Industrieanlagen AG**

Otto-von-Bismarck-Allee 4A, DE-10557 Berlin, Deutschland

**Klägerin und Widerbeklagte**

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

**Brunner Recycling AG**

Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Schweiz

**Beklagte und Widerklägerin**

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend Forderung

reichen wir hiermit namens und im Auftrag der Klägerin die

### **Klageschrift**

ein und ersuchen um Gutheissung der folgenden

### **Rechtsbegehren:**

1. *Es sei festzustellen, dass die Klägerin einen klagbaren Anspruch gegenüber der Beklagten auf Bezahlung ihres Kostenvorschussanteils an das Gericht hat.*
2. *Eventualiter sei festzustellen, dass die Klägerin einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten in der Höhe von CHF 125'000 zzgl. Zins zu 5% hat.*
3. *Die Beklagte sei zu verpflichten, den Vertrag zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen vorzulegen.*
4. *Die Beklagte sei zu verpflichten, jede E-Mail- und sonstige Korrespondenz zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen vorzulegen.*
5. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Kaufpreis in der Höhe von CHF 3'500'000 zu bezahlen*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 19. August 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 19. September 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 19. Oktober 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 19. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 20. Dezember 2010 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 27. Januar 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 18. Februar 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 21. März 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 21. April 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 21. Mai 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 21. Juni 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 22. Juli 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*
  - *zzgl. Zins zu 12% seit dem 21. August 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;*

- zzgl. Zins zu 12% seit dem 21. September 2011 auf den Betrag von CHF 100'000;
  - zzgl. Zins zu 12% seit dem 21. Oktober 2011 auf den Betrag von CHF 100'000.
6. *Es sei festzustellen, dass der Anspruch der Beklagten auf Rückleistung der bezahlten Raten in der Höhe von CHF 500'000 unbegründet ist.*
  7. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.*

Gemäss Telefonkonferenz (26.09.2011) und Verfahrensbeschluss Nr. 3 (A. Ziff. 12) des Schiedsgerichts vom 28. September 2011, wird sich die Klägerin im Folgenden nur zu den Fragen 1-6 äussern.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>VII</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>IX</b>
<b>Entscheidungsverzeichnis .....</b>	<b>XIII</b>
<b>1. Die Beklagte hat ihren Kostenvorschussanteil von CHF 125'000 an das Schiedsgericht zu bezahlen .....</b>	<b>1</b>
1.1 Gegenseitige vertragliche Verpflichtung der Parteien .....	1
1.2 Ablehnung der prozessualen Herangehensweise.....	2
1.3 Die Weigerung der Bezahlung ist nicht gerechtfertigt .....	2
1.4 Das Schiedsgericht ist befugt, darüber zu entscheiden .....	3
1.5 Das Schiedsgericht möge einen Entscheid nach Art. 32 Swiss Rules erlassen.....	3
1.6 Verpflichtung, die Hälfte des Kostenvorschusses zu tragen, ist ein unechter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR).....	4
1.7 Fazit .....	5
<b>2. Eventualiter hat die Klägerin einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten .....</b>	<b>5</b>
2.1 Ausgangslage.....	5
2.2 Die Erfüllung ist nicht mehr möglich (Art. 97 Abs. 1 OR).....	5
2.3 Die Klägerin hat Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR.....	5
2.4 Fazit .....	6
<b>3. Die Beklagte hat den Vertrag zwischen ihr und dem Glassammelungsunternehmen vorzulegen.....</b>	<b>6</b>
3.1 Ausgangslage.....	6
3.2 Bezeichnung des Vertrages .....	7
3.3 Der Vertrag ist relevant für den Fall und wesentlich für dessen Entscheidung .....	7
3.4 Die Klägerin hat keinen Zugang zum Vertrag   Die Beklagte ist im Besitz des Vertrages .....	7

3.5	Es liegen keine Gründe vor, welche eine Nicht-Vorlegung rechtfertigen.....	8
3.5.1	Es liegen keine Ausschlussgründe gemäss Art. 9 Abs. 2 IBA Rules vor .....	8
3.5.2	Die Vertraulichkeit ist sichergestellt.....	8
3.5.3	Der Klägerin muss Möglichkeit gegeben werden, ihren Rechtsstandpunkt darzulegen .....	9
3.6	Folgen der Nicht-Vorlegung .....	9
<b>4.</b>	<b>Die Beklagte hat jede E-Mail- und sonstige Korrespondenz zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen vorzulegen .....</b>	<b>9</b>
4.1	Bezeichnung der Korrespondenz.....	9
4.2	Die Korrespondenz ist relevant für den Fall und wesentlich für dessen Entscheidung .....	10
4.3	Die Klägerin hat keinen Zugang zur Korrespondenz   Die Beklagte ist im Besitz der Korrespondenz   Folgen der Nicht-Vorlegung .....	11
4.4	Es liegen keine Gründe vor, welche eine Nicht-Vorlegung rechtfertigen.....	11
<b>5.</b>	<b>Die Klägerin hat Anspruch auf die Leistung des Kaufpreises in der Höhe von CHF 3'500'000 zzgl. Zinsen von 12% auf fällige Abschlagszahlungen .....</b>	<b>11</b>
5.1	Ausgangslage.....	11
5.2	Vertragsqualifikation.....	11
5.3	Die Klägerin hat ihre vertraglichen Hauptpflichten erfüllt .....	12
5.3.1	Abnahme des Glasbrechersystems am 9. Juni 2010 .....	13
5.3.2	Abnahme des Glasbrechersystems am 29. November 2010.....	14
5.3.3	Abnahme des Glasbrechersystems durch konkludentes Verhalten der Beklagten .....	14
5.4	Die Klägerin hat ihre vertraglichen Nebenpflichten erfüllt.....	15
5.5	Zwischenfazit .....	15
5.6	Die Beklagte hat ihre Hauptpflicht nicht erfüllt .....	15
5.6.1	Die Beklagte befindet sich im Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR.....	16
5.6.2	Die Klägerin hat einen Anspruch auf Leistung des gesamten Kaufpreises von CHF 3'500'000 .....	17

5.6.3 Die Klägerin hat Anspruch auf Verzugszinsen in Höhe von 12%.....	17
5.7 Die Beklagte hat ihre Nebenpflichten nicht erfüllt.....	17
5.8 Fazit .....	18
<b>6. Die Beklagte hat keinen klagbaren Anspruch auf die Rückleistung der bezahlten Raten des Gesamtvertragspreises in der Höhe von CHF 500'000 .....</b>	<b>18</b>
6.1 Kein Rücktrittsrecht aufgrund eines Herstellungsverzugs nach Art. 366 OR.....	18
6.2 Kein Rücktrittsrecht aufgrund von Wandlung nach Art. 368 OR.....	19
6.3 Kein Rücktrittsrecht gegen Schadloshaltung nach Art. 377 OR.....	20
6.4 Fazit .....	20

## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage/Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (und Periodikum dieser Organisation)
Aufl.	Auflage
betr.	betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Schweizerisches Bundesgericht in Lausanne
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1), Stand 1. Januar 2011
E.	Erwägung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
IBA Rules	IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom 29. Mai 2010
ICC	International Chamber of Commerce
ICC Rules	Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer
i.c.	in casu
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291), Stand 1. Januar 2011
lit.	litera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Nummer

no.	number (englisch)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220), Stand 1. Januar 2011
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt/e
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtsammlung; SR)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0), Stand 1. Oktober 2011
Swiss Rules	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung), Januar 2006
s.u.	siehe unten
UNCITRAL Rules	Regeln der United Nations Commission on International Trade Law, revidiert 2010
vgl.	vergleiche
Vol.	volume (englisch)
WIPO Rules	Regeln der World Intellectual Property Organization (WIPO), Arbitration and Mediation Center
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), Stand 1. Januar 2011
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
zzgl.	zuzüglich

## Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

(zit. BERGER/KELLERHALS, Rz. 4, 10, 11, 22, 29)

BORN GARY B., International Commercial Arbitration, Volume II, Alphen aan den Rijn 2009

(zit. BORN, Rz. 30)

BÜHLER MICHA, Non payment of the advance on costs by the respondent party- is there really a remedy?, ASA Bulletin 2/2006 (Vol. 24), S. 290 – 301

(zit. BÜHLER, Rz. 1, 4, 10)

BÜHLER THEODOR, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industriebau: unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und des Exportgeschäftes, Zürich 1987

(zit. BÜHLER, Vertragsrecht, Rz. 51, 67)

BÜHLER THEODOR, Verträge der Maschinen- und Industriebauindustrie nach Schweizerischem Recht, Zürich 2008

(zit. BÜHLER, Verträge, Rz. 41, 43)

CARON DAVID D./CAPLAN LEE M./PELLONPÄÄ MATTI, The UNCITRAL Arbitration Rules, Oxford 2006

(zit. CARON/CAPLAN/PELLONPÄÄ, Rz. 22, 30)

FADLALLAH IBRAHIM, Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties' Reciprocal Obligations, in ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/No. 1 2003, S. 53 – 57

(zit. FADLALLAH, Rz. 1, 10)

FAVRE-BULLE XAVIER, Les conséquences du non-paiement de la provision pour frais de l'arbitrage par une partie – Un tribunal peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, ASA Bulletin 2/2001 (Vol. 19), S. 227 – 245

(zit. FAVRE-BULLE, Rz. 4)

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011

(zit. GAUCH, Rz. 43, 48, 49, 51, 52, 57, 64)

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

(zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 57)

HILGARD MARK C., Electronic Discovery im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2008, Heft 3, S. 122 ff.

(zit. HILGARD, Rz. 30)

IBA WORKING PARTY, Commentary on the New IBA Rules of Evidence, International Business Law, Band 2, Januar 2000, S. 14 ff.

(zit. IBA WORKING PARTY, Rz. 31)

KARRER PIERRE A., Kommentar Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Schütze Rolf A. (Hrsg.), Köln, Berlin, München 2006

(zit. KARRER, Rz. 22, 29, 31)

KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/BÄRTSCH PHILIPPE, Discovery in international arbitration: How much is too much?, SchiedsVZ 2004, Heft 1, S.13 ff.

(zit. KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, Rz. 27)

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

(zit. BSK OR-BEARBEITER/IN, Rz. 12, 18, 39, 40, 53, 54, 56, 64, 69)

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

(zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Rz. 1, 6, 29)

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

(zit. HUGUENIN, OR AT, Rz. 12, 18, 19, 53)

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

(zit.: HUGUENIN, OR BT, Rz. 37, 38, 49, 51)

JARVIN SIGVARD, Wenn die beklagte Partei ihren Anteil am Kostenvorschuss nicht bezahlt, in:

Plantey Alain et al. (Hrsg.), *FS für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1994, S. 155 – 164

(zit. JARVIN, Rz. 1, 7)

LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 3. Aufl., Stuttgart 2005

(zit. LIONNET/LIONNET, Rz. 1, 13)

MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL/FURRER ANDREAS, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zürich 2011

(zit. MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER, Rz. 39)

RAESCHKE-KESSLER HILMAR, in: *Liber Amicorum für Karl-Heinz Böckstiegel*, Briner Robert/Fortier Yves/Berger Klaus Peter/Bredow Jens (Hrsg.), Köln 2001

(zit. RAESCHKE-KESSLER, Rz. 25, 31, 34)

ROHNER THOMAS/LAZOPOULOS MICHAEL, Respondent's Refusal to Pay its Share of the

Advance on Costs, *ASA Bulletin* 3/2011 (Vol. 29), S. 549 – 573

(zit. ROHNER/LAZOPOULOS, Rz. 1, 3, 7, 10)

SANDROCK OTTO, Claims for Advances on Costs and the Power of Arbitral Tribunal to Order their Payment, in: Aksen Gerald et al. (Hrsg.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris 2005, S. 707 – 724

(zit. SANDROCK, Rz. 9)

SCHNEIDER JÜRIG/SOMMER UELI/CARTIER MICHAEL, in: *E-Discovery and Data Privacy*, Noora Catrien/Hanloser Stefan (Hrsg.), Alphen aan den Rijn 2011, S. 77 – 293

(zit. SCHNEIDER/SOMMER/CARTIER, Rz. 27)

SECOMB MATTHEW, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 14/No. 1 2003, S. 59 – 70

(zit. SECOMB, Rz. 2, 3, 6, 10)

SIEGENTHALER THOMAS, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen: nach schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller, Zürich 2000 (Diss. Freiburg i.Ü.)

(zit. SIEGENTHALER, Rz. 64)

SIEBER PHILIPP, Respondent's refusal to pay the advance on costs in Selected Papers on International Arbitration Vol. 1, Bern 2011

(zit. SIEBER, Rz. 1, 3, 4, 6, 7)

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

(zit. COMMENTARY- BEARBEITER/IN, Rz. 3, 8, 22, 23, 28, 30)

## **Entscheidverzeichnis**

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 30. Januar  
1968

BGE 94 II 26

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Juni  
1968

BGE 94 II 157

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Novem-  
ber 1968

BGE 94 II 161

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. März  
1970

BGE 96 II 58

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

BGE 107 II 172

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. März  
1984

BGE 110 II 176

Urteil der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. No-  
vember 1985

BGE 111 Ia 259

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. April  
1987

BGE 113 II 264

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. November 1989

BGE 115 II 456

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. September 2001

BGE 127 III 576

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Juni 2003

BGE 129 III 604 (4C.50/2003)

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Juni 2004

BGE 130 III 458 (4C.69/2004)

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

BGE 136 III 597 (4A\_391/2010 / 4A\_399/2010)

Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Dezember 2001

BGer 4C.149/01

Zwischenentscheid des International Court of Arbitration vom 2. Dezember 2000

ICC Case 10526

Zwischenentscheid des International Court of Arbitration vom 27. März 2001

ICC Case 10671

Zwischenentscheid des International Court of Arbitration vom 17. Juni 2002

ICC Case 11330

Zwischenentscheid des International Court of Arbitration vom 12. November 2010

ICC Case 17050

## **1. Die Beklagte hat ihren Kostenvorschussanteil von CHF 125'000 an das Schiedsgericht zu bezahlen**

### **1.1 Gegenseitige vertragliche Verpflichtung der Parteien**

- 1 Im Unterschied zu den staatlichen Gerichten sehen viele Schiedsordnungen wie Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules vor, dass der Kostenvorschuss zu gleichen Teilen von beiden Parteien zu tragen ist (Art. 30 Abs. 3 ICC-Rules; Art. 41 Abs. 1 UNCITRAL Rules; Art. 70 WIPO Rules). Dies ist Ausdruck davon, dass das Schiedsverfahren auf einem Vertrag zwischen gleichwertigen Parteien beruht und beide Parteien sich zu gleichen Teilen am Verfahren beteiligen sollen. So haben sie nach dem im internationalen Schiedsverfahren grundsätzlichen Prinzip nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) zu handeln. Dies verpflichtet sie, alles zu tun, um den Verlauf des Schiedsverfahrens nicht unnötig zu verzögern (LIONNET/LIONNET, S. 175; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 4; BGE 111 Ia 259, 262, E. 2a; FADLALLAH, S. 55 Nr. 7; BÜHLER, S. 292 Nr. 6; JARVIN, S. 155; ROHNER/LAZOPOULOS, S. 553). Darunter fällt auch die Verpflichtung je die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen, da keine Partei zu einem grösseren Mass finanziell beansprucht werden soll (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 82; SIEBER, S. 65 Rz. 101 ff.).
- 2 Da Art. 30 Abs. 3 der ICC Rules sinngemäss Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules entspricht, kann auf die Rechtsprechung des Internationalen Schiedsgerichtshofs der Internationalen Handelskammer hingewiesen werden, in der die vertragliche Sichtweise bekräftigt wurde (ICC Case 10526 zit. in SECOMB, S. 62 Nr. 15; ICC Case 10671, Zwischenentscheid vom 27. März 2001, in ASA Bulletin 2/2001 (Vol. 19), S. 285 – 293; ICC Case 11330, Zwischenentscheid vom 17. Juni 2002, zit. in SECOMB S. 63 Nr. 19; ICC Case 17050, Zwischenentscheid vom 12.11.2010, in ASA Bulletin 3/2011 (Vol. 29) , S. 634 – 642).
- 3 Die Schiedsvereinbarung bildet die rechtliche Grundlage der Pflicht, die Hälfte des Kostenvorschusses zu tragen (SIEBER, S. 48 Rz. 8; COMMENTARY-STACHER, Art. 41 N 20). Mit der Schiedsvereinbarung (Art. 12 des Vertrages K-1) wurden die Swiss Rules durch Verweis übernommen (Art. 182 Abs. 1 IPRG) und sind somit gleich zu behandeln, wie jeder andere Punkt des Vertrages (ROHNER/LAZOPOULOS, S. 553; SECOMB, S. 60 Nr. 6; ICC Case 10526 zit. in SECOMB, S. 62 Nr. 15). Daraus ergeben sich sowohl für die Klägerin als auch für die Beklagte aus Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules eine vertragliche Pflicht zur Leistung des hälftigen Anteils am Kostenvorschuss.

## 1.2 Ablehnung der prozessualen Herangehensweise

4 Nach Art. 183 Abs. 1 IPRG kann das Schiedsgericht vorsorgliche Massnahmen anordnen. Dasselbe steht ihm nach Art. 26 Abs. 1 Swiss Rules zu. Darauf gestützt erlässt das Schiedsgericht bei einer prozessualen Betrachtungsweise der Kostenvorschusspflicht vorsorgliche Massnahmen, durch welche die renitente Partei verpflichtet wird, zu bezahlen (BÜHLER, S. 293 Nr. 7; SIEBER, S. 52 Rz. 31). Dabei muss die klagende Partei aufzeigen, dass das Nichtbefolgen der Kostenvorschusspflicht zu einem schwer wiedergutzumachenden Nachteil führt, wobei Vertreter dieser Ansicht meist Glaubhaftmachung genügen lassen (FAVRE-BULLE, S. 239; BERGER/KELLERHALS, N 1458). Eine solche Vorgehensweise mag deshalb nicht zu überzeugen, da in ihr ein Missbrauchspotenzial liegt. Eine Klägerin hat nur Aussicht auf Erfüllung der Kostenvorschusspflicht, wenn sie einen drohenden Schaden glaubhaft machen kann. Dies widerspricht der Idee eines Vertrages zwischen gleichwertigen Parteien. Mit dem Unterzeichnen der Schiedsvereinbarung unterwerfen sich die Parteien einer Schiedsordnung. Wenn eine Partei (i.c. die Beklagte) die Regeln im Nachhinein missachtet, sollte der anderen Partei ein Behelf zur Verfügung stehen, gegen diese Ungleichbehandlung vorzugehen, um eine grössere finanzielle Belastung ihrerseits zu verhindern [Rz. 3].

## 1.3 Die Weigerung der Bezahlung ist nicht gerechtfertigt

5 Dem Antrag der Klägerin sollte vom Schiedsgericht stattgegeben werden, da die Weigerung der Bezahlung nicht gerechtfertigt ist.

6 SIEBER sieht in einer bona fide Unmöglichkeit den Teil des Kostenvorschusses zu tragen eine gerechtfertigte Ausnahme (SIEBER, S. 57 Rz. 61). Der ICC Schiedsgerichtshof schützt die nichtzahlende Partei in ihrer Verweigerung und spricht von einem *generally accepted principle*. Dabei muss, im Falle eines Obsiegens, ein beträchtliches Risiko bestehen, dass der Rückerstattungsanspruch nur noch beschwerlich durchzusetzen ist. (ICC Case 11330, zit. in SECOMB, S. 63 Nr. 20; so auch BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 82; SIEBER, S. 58 Rz. 64 spricht von *empty shell*).

7 Die Beklagte macht in ihrer Eingabe an das Schiedsgericht vom 13. September 2011 keinem der beiden oben genannten Gründe [Rz. 6] geltend. Sie verweigert die Zahlung aus dem Grund, dass der Kostenvorschuss in jener Höhe angefallen sei, weil *die Klägerin eine überhöhte und ungerechtfertigte Klageforderung gestellt* habe. Diese Einwendung kann im Einzelfall zu einer berechtigten Weigerung führen, auch wenn nicht klar ist, ab wann eine Forderung überhöht und unbegründet sein soll (SIEBER, S. 57 Rz. 56). Des Weiteren soll weder die nichtzahlende Partei noch das Schiedsgericht schon eine materiell-rechtliche Würdigung vorneh-

men (JARVIN, S. 158; SIEBER, S. 57 Rz. 60; ROHNER/LAZOPOULOS, S. 563). Wie weiter unten ausgeführt wird [Rz. 55], hat die Klägerin einen begründeten Anspruch auf Zahlung von CHF 3'500'000. Somit sei das Argument der Beklagten, abgesehen davon, dass sie nicht schon im Voraus über einen materiell-rechtlichen Anspruch selbst urteilen soll, vom Schiedsgericht nicht zu schützen.

8 Die Beklagte würde sich allenfalls zur Bezahlung bereiterklären, wenn sie einen ihrem Widerklagestreitwert angepassten Kostenvorschuss zu leisten hätte. Nach Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules kann das Schiedsgericht separate Kostenvorschüsse festsetzen, wenn es den Umständen angemessen ist. Eine Widerklage an sich bedeutet noch nicht, dass es den Umständen angemessen ist, separate Kostenvorschüsse festzulegen (COMMENTARY-STACHER, Art. 41 N 9). Es liegt somit kein Grund für das Schiedsgericht vor, separate Kostenvorschüsse festzulegen und es hält an Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules fest, womit die Beklagte die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen hat.

#### **1.4 Das Schiedsgericht ist befugt, darüber zu entscheiden**

9 Da es sich vorliegend, wie oben [Rz. 1 ff.] dargestellt, um einen vertraglichen Anspruch aus der Schiedsordnung handelt, ist das Schiedsgericht auch kompetent über die daraus folgenden Ansprüche zu entscheiden. Im Unterschied zu den deutschen Schiedsgerichten (SANDROCK, S. 715) sind die Schweizer Schiedsgerichte unter den Swiss Rules nach Art. 38 befugt über die in jenem Artikel festgelegten Kosten zu entscheiden und nach Art. 41 Abs. 1 ausdrücklich dazu ermächtigt, Kostenvorschüsse festzulegen (SANDROCK, S. 720).

#### **1.5 Das Schiedsgericht möge einen Entscheid nach Art. 32 Swiss Rules erlassen**

10 Der vertraglichen Herangehensweise folgend, dürfte konsequenterweise das Urteil in Form eines (Zwischen-)Entscheidunges und nicht einer prozessleitenden Verfügung erfolgen (SECOMB, S. 66 Nr. 35; BERGER/KELLERHALS, N 1458). Nach Art. 32 Abs. 1 Swiss Rules ist das Schiedsgericht berechtigt, sowohl endgültige als auch vorläufige Zwischen- oder Teilschiedsentscheidungen zu erlassen. Zwar ist die Festsetzung der Höhe der Kostenvorschusses nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules eine prozessleitende Verfügung (BGE 136 III 597, 600, E. 4.2), welche das Schiedsgericht im Laufe des Verfahrens den Umständen anpassen darf, vorliegend handelt es sich jedoch um einen vertraglichen Anspruch, über welchen das Schiedsgericht abschliessend entscheiden kann. Dies kann nur durch einen Entscheid nach Art. 32 Swiss Rules erreicht werden (FADLALLAH, S. 57 Nr. 13; BÜHLER, S. 293 Nr. 7; ICC Case 17050 in ASA Bulletin 3/2011 (Vol. 29), S. 639). Dieser Entscheid ist unabhängig vom Endentscheid, in

welchem schlussendlich definitiv über die Kostenverteilung entschieden wird (ROHNER/LAZOPOULOS, S. 557; BÜHLER, S. 291 Nr. 4).

- 11 Das Schiedsgericht ist auch ermächtigt, einen Entscheid zu fällen, obwohl es selbst vom Entscheid profitiert. Die gegenseitige vertragliche Verpflichtung der Parteien sieht vor, dass beide je die Hälfte des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht zu leisten haben. Das Schiedsgericht ist dabei keine Vertragspartei, sondern lediglich die begünstigte Dritte bei diesem unechten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR; s.u. [Rz. 12]). Das bedeutet, das Schiedsgericht hat nicht zu entscheiden, ob es selbst einen Anspruch auf Leistung von der Beklagten aus dem Schiedsrichtervertrag (receptum arbitrii) hat (BGE 136 III 597, 603), sondern es hat über einen materiell-rechtlichen Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten aus Schiedsvertrag zu entscheiden. Es liegt kein Urteilen in eigener Sache vor (BERGER/KELLERHALS, N 1479).

#### **1.6 Verpflichtung, die Hälfte des Kostenvorschusses zu tragen, ist ein unechter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR)**

- 12 Ein unechter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR) ist kein eigenständiger Vertrag an sich, sondern verpflichtet den Versprechenden, eine Leistung aus dem Deckungsverhältnis (i.c. Schiedsvereinbarung) zwischen ihm und dem Versprechensempfänger an einen Dritten zu leisten, welcher selbst nicht Partei des Vertrages ist (BSK OR-GONZENBACH, Art. 112 N 1 f.). Mit der Übernahme der Swiss Rules und dementsprechend deren Art. 41 Abs. 1 hat die Klägerin aufgrund Art. 112 Abs. 1 OR einen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Erfüllung, dass diese die Hälfte des Kostenvorschusses an das Schiedsgericht (dritte Partei) leistete, da ihr als Versprechensempfängerin alleine das Recht zusteht, vom Versprechenden Leistung an den Dritten zu verlangen (BSK OR-GONZENBACH, Art. 97 N 13; HUGUENIN, OR AT, N 1145).
- 13 Mit dem Zustandekommen eines Schiedsrichtervertrages (receptum arbitrii) zwischen den einzelnen Parteien und jedem einzelnen Schiedsrichter (LIONNET/LIONNET, S. 256) erhält das Schiedsgericht einen Anspruch auf Vergütung (LIONNET/LIONNET, S. 267). Das vorliegende Schiedsgericht ist aus dem receptum arbitrii nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules ermächtigt, einen Kostenvorschuss von den Parteien zu verlangen. Die Aufforderung einen Kostenvorschuss zu bezahlen, ist die Bedingung, welche der Klägerin (entsprechendes gälte auch für die Beklagte) erlaubt, von der Beklagten nach Art. 112 Abs. 1 OR Erfüllung zu verlangen.

## 1.7 Fazit

14 Die Klägerin hat gestützt auf Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules gegenüber der Beklagten einen klagbaren Anspruch auf Leistung ihres hälftigen Anteils am Kostenvorschuss von CHF 125'000 an das Schiedsgericht.

## 2. Eventualiter hat die Klägerin einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten

### 2.1 Ausgangslage

15 Sollte das Schiedsgericht gegen das von der Klägerin eingereichte Rechtsbegehren Nr. 1 entscheiden, bleibt der Klägerin keine Wahl, als den beklagischen Anteil am Kostenvorschuss gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 2 vom 14. September 2011 dem Schiedsgericht zu entrichten, um Konsequenzen nach Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules zu vermeiden.

16 Wie oben [Rz. 1 ff.] dargelegt, ist die Pflicht zur Zahlung des anteiligen Kostenvorschusses nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules eine vertragliche Pflicht an einen Dritten zu leisten (Art. 112 Abs. 1 OR; s.o. [Rz. 12 f.]). Da die Klägerin nicht mehr auf Erfüllung (Primäranspruch) klagen kann, kann sie nach Art. 97 Abs. 1 OR gegen die Beklagte vorgehen.

### 2.2 Die Erfüllung ist nicht mehr möglich (Art. 97 Abs. 1 OR)

17 Der Schiedsrichtervertrag bildet die Basis für die Aufforderung des Schiedsgerichts an die Parteien, ihren je hälftigen Anteil am Kostenvorschuss zu bezahlen (Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1). Damit entfaltet Art. 112 Abs. 1 OR seine Wirkung. Mit der Weigerung der Beklagten ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen, muss die Klägerin die vertragliche Verpflichtung der Schiedsparteien gegenüber dem Schiedsgericht alleine erfüllen, womit der Anspruch des Schiedsgerichts auf Bezahlung des Kostenvorschusses erlischt. Die Beklagte kann dadurch ihren Verpflichtungen aus der Schiedsvereinbarung nicht mehr nachkommen. Da somit die Klägerin anstelle der Beklagten geleistet hat, kann sie nach Art. 97 Abs. 1 OR auf Schadenersatz klagen.

### 2.3 Die Klägerin hat Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 97 Abs. 1 OR

18 Eine Schadenersatzklage nach Art. 97 Abs. 1 OR ist möglich, wenn eine vertragliche Pflicht verletzt ist. Dabei muss es zu einem Schaden gekommen sein, zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen und die vertragsverletzende Partei ein Verschulden treffen (HUGUENIN, OR AT, N 598). Eine Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR liegt bei einer Nichterfüllung wegen nachträglicher, objektiver Unmöglichkeit vor (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N 7). Da vorliegend die Beklagte nicht mehr leisten

könnte [Rz. 17] liegt Unmöglichkeit vor, welche erst nachträglich eingetreten ist. Durch die Weigerung der Beklagten ihren vertraglichen Pflichten nach Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules nachzukommen, sah sich die Klägerin genötigt, mehr an das Schiedsgericht zu leisten (nämlich den Anteil am Kostenvorschuss der Beklagten in der Höhe von CHF 125'000) als sie eigentlich müsste. Ein Kausalzusammenhang kann nicht bestritten werden und in der absichtlichen Verweigerung der Bezahlung seitens der Beklagten liegt eindeutig ein Verschulden.

19 Der Schadenersatzanspruch geht dabei auf das positive Interesse (HUGUENIN, OR AT, N 612) und bemisst sich i.c. daran, was die Klägerin an das Schiedsgericht anstelle der Beklagten geleistet hat.

20 Die Fälligkeit der Leistung richtet sich dabei, da keine anderslautenden Bestimmungen bestehen, nach Art. 75 OR, sie wird somit sofort mit Eintreten des Anspruchs auf Schadenersatz fällig. Bei einer verspäteten Leistung (nach einer Frist von drei Tagen) soll Art. 104 Abs. 1 OR zur Anwendung kommen, welcher einen Verzugszins von 5% vorsieht.

## **2.4 Fazit**

21 Die Klägerin hat aus Art. 97 Abs. 1 OR einen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Rückerstattung von CHF 125'000 als Schadenersatz zzgl. 5% Verzugszins nach Fristablauf von drei Tagen, wenn sie anstelle der Beklagten leistet.

## **3. Die Beklagte hat den Vertrag zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen vorzulegen**

### **3.1 Ausgangslage**

22 In Art. 24 Abs. 3 Swiss Rules wird der Grundsatz festgehalten, dass das Schiedsgericht die Parteien zur Vorlage von Schrift- oder Beweisstücken auffordern kann, wenn diese zur Beurteilung des Falles nötig sind (COMMENTARY-NATER-BASS, Art. 24 N 12; CARON/CAPLAN/PELLONPÄÄ, S. 575, Art. 27 Abs. 3 UNCITRAL Rules analog). Da jedoch weder das IPRG noch die Swiss Rules genauere Regeln zur Vorlegung von Dokumenten enthalten, kommen hier die detaillierteren Regeln der IBA Rules zur Anwendung, was bei internationalen Schiedsgerichten in der Schweiz oft der Fall ist (KARRER, Art. 24 N 3; BERGER/KELLERHALS, N 1200). Die Berücksichtigung der IBA Rules wurde zudem im Konstitutions- und Verfahrensbeschluss Nr. 1 festgehalten. Bei den folgenden Begehren um Vorlegung des Vertrages und der Korrespondenz orientiert sich die Klägerin demzufolge an Art. 3 Abs. 3 der IBA Rules und dessen Anforderungen an einen Antrag auf Vorlegung von Dokumenten.

### **3.2 Bezeichnung des Vertrages**

23 Die Beklagte hat den Vertrag zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen, welchen Herr Fuchs in Beilage B-1 erwähnt hat, vorzulegen. Da Dokumente grundsätzlich vollständig (COMMENTARY-NATER-BASS, Art. 24 N 15) und nicht nur teilweise vorgelegt werden müssen, wird die Vorlegung des ganzen Vertrages verlangt.

### **3.3 Der Vertrag ist relevant für den Fall und wesentlich für dessen Entscheidung**

24 Gemäss Art. 18 Abs. 3 Swiss Rules hat die Klägerin sämtliche Dokumente, welche sie als erheblich erachtet, der Klageschrift beizulegen. Da der besagte Vertrag für die Klägerin zwar erheblich ist, ihr jedoch nicht vorliegt, verlangt sie dessen Vorlegung. Der Vertrag beinhaltet gemäss Herrn Fuchs möglicherweise Informationen über die Zusammensetzung des gesammelten Glases (B-1), welches bei den Leistungstests in den Glasbrecher gegeben wurde. Dass die Beklagte die Beschädigung des Dosiertrichters durch ein zu grosses Eisenglasstück beim ersten Leistungstest selbst verschuldet hat, bedarf keiner weiteren Erläuterung, oblag es doch ihr, für die korrekte Glaszusammensetzung besorgt zu sein (K-1, Art. 3.1 und 8.2). Da die Glasbrecheranlage vertragskonform und dem Stand der Technik entsprechend erstellt wurde [Rz. 42 ff.], spricht vieles dafür, dass die Störungen beim zweiten Leistungstest durch die nicht vertragskonforme Glaszusammensetzung verursacht worden sind.

25 Die Klägerin könnte anhand des Vertrages belegen, dass die Störungen bei den Leistungstests sowie der zu tiefe Output nicht durch die angeblichen konzeptionellen Mängel der Glasbrecheranlage, sondern durch die Glaszusammensetzung verursacht wurden. Der Vertrag ist insofern relevant für den Fall, als er geeignet ist, die Behauptungen, auf welche sich die Klägerin beruft, zu beweisen. Der Vertrag ist auch wesentlich für die Entscheidung, denn das Schiedsgericht benötigt den Vertrag zwingend, um den Fall umfassend und gerecht zu beurteilen (RAESCHKE-KESSLER, S. 657).

### **3.4 Die Klägerin hat keinen Zugang zum Vertrag | Die Beklagte ist im Besitz des Vertrages**

26 Der fragliche Vertrag wurde zwischen der Beklagten und dem Glassammlungsunternehmen abgeschlossen, die Klägerin war nicht Vertragspartei. Der Klägerin wurde der Vertrag auch weder im Laufe ihrer Geschäftstätigkeit mit der Beklagten vorgelegt, noch hat sie sonst auf einem anderen Weg Zugang zum Vertrag. Dass sich die Beklagte als Vertragspartei im Besitz des Vertrages befindet, kann jedoch ohne weiteres angenommen werden, da Herr Fuchs das Dokument selbst erwähnt hat (B-1).

### **3.5 Es liegen keine Gründe vor, welche eine Nicht-Vorlegung rechtfertigen**

#### **3.5.1 Es liegen keine Ausschlussgründe gemäss Art. 9 Abs. 2 IBA Rules vor**

27 Sämtliche Einwände, welche von der Beklagten gestützt auf Art. 9 Abs. 2 der IBA Rules erhoben werden können, werden hiermit bestritten. Insbesondere ist die Relevanz gegeben (Art. 9 Abs. 2 lit. a IBA Rules, siehe oben Rz. 24 f.) und es bestehen keine rechtlichen Hindernisse oder Verweigerungsrechte (lit. b). Denn die Anwendbarkeit von Art. 271 StGB sowie des DSG fällt aufgrund der privaten Natur des Schiedsverfahrens und des Sitzes des Schiedsgerichts in der Schweiz ausser Betracht (SCHNEIDER/SOMMER/CARTIER, S. 291 f.). Zudem bedeutet die Vorlegung keinen unverhältnismässigen Aufwand (lit. c). Der Aufwand erscheint besonders in zeitlicher als auch finanzieller Hinsicht in Anbetracht der Bedeutung des Dokumentes für das Schiedsverfahren, dessen Beurteilung und des hohen Streitwertes als proportional (s.a. KAUFMANN-KOHLER/BÄRTSCH, S. 20). Auch können kaum Verlust oder Zerstörung des Dokumentes vorliegen (lit. d), da Herrn Fuchs' Äusserung (B-1) dessen Existenz nahe legt. Wirtschaftliche oder technische Gründe für Verschwiegenheitspflichten kommen ebenfalls nicht in Betracht (lit. e), da die Parteien in verschiedenen Branchen tätig sind und keine Konkurrenten, sondern vielmehr Vertragsparteien sind. Es ist offensichtlich, dass der Beklagten keine Nachteile und der Klägerin keine Vorteile daraus entstehen können, wenn die Beklagte den Vertrag vorzulegen hat. Des Weiteren sind politische oder institutionelle Geheimhaltungspflichten (lit. f) im vorliegenden Fall nicht vorstellbar. Schliesslich liegen keine Gründe der Prozessökonomie, Verhältnismässigkeit, des fairen Verfahrens oder der Gleichbehandlung der Parteien vor (lit. g), welche gegen eine Edition der Dokumente sprechen. Im Gegenteil, eine Vorlegung würde das Verfahren deutlich vereinfachen, da so ein langwieriges und komplexes Beweisaufnahmeverfahren vermieden werden kann. Zum fairen Verfahren siehe Rz. 29.

#### **3.5.2 Die Vertraulichkeit ist sichergestellt**

28 Art. 43 Abs. 1 der Swiss Rules stellt die vertrauliche Behandlung der Unterlagen sicher (s.a. COMMENTARY-NATER-BASS, Art. 24 N 17, m.w.N.) und zwar sowohl durch die Parteien als auch andere am Verfahren beteiligte Personen. Da der einzureichende Vertrag nicht allgemein zugänglich ist, kommt auch Art. 3 Abs. 13 IBA Rules zur Anwendung, welcher ebenfalls die vertrauliche Behandlung der Unterlagen verlangt. Des Weiteren kann das Schiedsgericht gemäss Art. 9 Abs. 4 IBA Rules die notwendigen Massnahmen treffen, um den geeigneten Vertraulichkeitsschutz bei der Vorlegung oder Auswertung zu gewährleisten. Die vertrauliche Behandlung des Dokumentes ist somit sichergestellt. Eventuelle Vorbringen der Beklagten,

dass die Vertraulichkeit ihrer Dokumente nicht gewährleistet werden könne, sind somit unbegründet.

### **3.5.3 Der Klägerin muss Möglichkeit gegeben werden, ihren Rechtsstandpunkt darzulegen**

29 Gemäss Art. 8 ZGB und dem diesen entsprechenden Art. 24 Abs. 1 Swiss Rules (KARRER, S. 331) trägt jede Partei die Beweislast für die Behauptungen bzw. Tatsachen, auf die sie sich stützt. Der Klägerin muss im Sinne eines fairen Verfahrens und unter Wahrung des Anspruches auf rechtliches Gehör (Art. 182 Abs. 3 und Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG) Möglichkeit gegeben werden, ihren Standpunkt mit allen verfügbaren Beweismitteln darzulegen und vertreten zu können (s.a. BGE 127 III 576, 578, E. 2c). Sollte die Beklagte sich weigern, den fraglichen Vertrag vorzulegen, würde sie die Klägerin nicht nur der Möglichkeit berauben, ihr Recht auf Beweisführung (BGE a.a.O.) vollumfänglich wahrzunehmen. Es läge auch ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 1 Swiss Rules, ein Verstoß gegen die IBA Rules, welche einen international anerkannten Standard darstellen (BERGER/KELLERHALS, N 1200), sowie ein Verstoß gegen die Pflicht der Parteien nach Treu und Glauben am Schiedsverfahren mitzuwirken vor (BSK IPRG-SCHNEIDER, Art. 184 N 18). Die Beklagte hat den Vertrag daher vorzulegen.

### **3.6 Folgen der Nicht-Vorlegung**

30 Sollte die Beklagte der Editionsverfügung nicht nachkommen und die gewünschten Dokumente nicht vorlegen, möge das Schiedsgericht davon ausgehen, dass die Glaszusammensetzung nicht vertragskonform war. Diese Möglichkeit ist generell weit verbreitet und anerkannt (BORN, S. 1919 f.) und besteht auch unter den UNCITRAL Rules (CARON/CAPLAN/PELLONPÄÄ, S. 578; s.a. COMMENTARY-NATER-BASS, Art. 24 N 20 m.w.N.). Sollte das Schiedsgericht diesen Schluss nicht ziehen wollen, möge es die Beweislast betr. die vertragskonforme Glaszusammensetzung zulasten der Beklagten umkehren (HILGARD, S. 123), einen Zwischenentscheid erlassen und in diesem die Beklagte zur Vorlegung des Vertrages verpflichten oder das zuständige staatliche Gericht gem. Art. 184 Abs. 2 IPRG um Mitwirkung ersuchen.

## **4. Die Beklagte hat jede E-Mail- und sonstige Korrespondenz zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen vorzulegen**

### **4.1 Bezeichnung der Korrespondenz**

31 Die Beklagte hat sämtliche Korrespondenz zwischen ihr und dem Glassammlungsunternehmen vorzulegen, welche in Zusammenhang mit der Glaszusammensetzung für die neue Glasbrecheranlage steht und von Herrn Fuchs gemäss Beilage B-1 erwähnt wurde. Die Korres-

pondenz sei für den Zeitraum zwischen Vertragsschluss der Beklagten mit dem Glassamm-  
lungsunternehmen (Datum unbekannt) und dem 28. November 2010 vorzulegen, da sich wäh-  
rend des ganzen Zeitraumes Äusserungen über die Glaszusammensetzung finden könnten.  
Sollten sich im Vertrag keine Informationen zur Glaszusammensetzung finden, sei auch die  
Korrespondenz vor dem Vertragsschluss zwischen der Beklagten und dem Glassamm-  
lungsunternehmen vorzulegen, da sich die Parteien im Vorfeld des Vertragsschlusses über die Glas-  
zusammensetzung ausgetauscht haben müssen. Die Klägerin hält fest, dass diese Umschrei-  
bung Art. 3 Abs. 3 lit. a Ziff. ii der IBA Rules genügt, in dem eine *eng umschriebene Katego-  
rie* von Dokumenten verlangt wird, zumal eine genauere Bezeichnung ohne Zugang zur Kor-  
respondenz nicht möglich ist, Herr Fuchs die Existenz der Dokumente selbst erwähnt und die  
Bekanntgabe der Glaszusammensetzung versprochen hat. Es soll dementsprechend keine  
Ausforschung der Beklagten stattfinden, was gemäss den IBA Rules unzulässig ist (IBA  
WORKING PARTY, S. 20; RAESCHKE-KESSLER, S. 644, 648; KARRER, Art. 24 N 3), sondern  
lediglich der Klägerin die Möglichkeit gegeben werden, ihren Rechtsstandpunkt mit Bewei-  
sen zu belegen. Da sich die Geschäftsbeziehung der Beklagten mit dem Glassamm-  
lungsunternehmen durch Glaslieferungen ergibt, ist anzunehmen, dass bei sämtlicher Korrespondenz auf  
die Glaszusammensetzung Bezug genommen wird. Es kann davon ausgegangen werden, dass  
zwischen den beiden Unternehmen eine rein vertragliche Beziehung besteht, weshalb die An-  
zahl der E-Mails gering sein dürfte. Die Klägerin fordert gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a Ziff. ii  
IBA Rules insbesondere die Vorlegung von E-Mails, welche bei Suchbegriffen wie „Glaszu-  
sammensetzung“, „Gewicht“ und dergleichen Treffer ergeben.

#### **4.2 Die Korrespondenz ist relevant für den Fall und wesentlich für dessen Entschei- dung**

32 Auch wenn der Vertrag zwischen der Beklagten und dem Glassamm-  
lungsunternehmen vorge-  
legt wird und daraus eine vereinbarte Glaszusammensetzung ersichtlich ist, kann nicht ausge-  
schlossen werden, dass nach Vertragsschluss Abreden betreffend die Glaszusammensetzung,  
Qualität oder spezifisches Mindestgewicht getroffen wurden, welche nicht in einem neuen  
Vertrag festgehalten wurden. Dass der Dosiertrichter beim ersten Leistungstest aufgrund der  
falschen Glaszusammensetzung beschädigt wurde (K-2), liegt auf der Hand. Mit Hilfe der  
vorzulegenden Korrespondenz kann zudem bewiesen werden, dass die Störungen beim zwei-  
ten Leistungstest, sowie der zu tiefe Output nicht durch die Klägerin zu verantworten waren.  
Daher ist nicht nur der Vertrag, sondern auch die verlangte Korrespondenz von grösster Rele-  
vanz für den Fall, als sie geeignet ist, die Behauptungen der Klägerin zu unterstützen und zu  
beweisen. Die Korrespondenz ist auch wesentlich für die Entscheidung des Falles, da sie für

eine umfassende Abklärung der Sachlage unerlässlich ist und da das Schiedsgericht nur anhand der Korrespondenz im Stande ist, den Fall gerecht zu entscheiden.

#### **4.3 Die Klägerin hat keinen Zugang zur Korrespondenz | Die Beklagte ist im Besitz der Korrespondenz | Folgen der Nicht-Vorlegung**

33 Hierzu kann sinngemäss auf Rz. 26 und Rz. 30 verwiesen werden.

#### **4.4 Es liegen keine Gründe vor, welche eine Nicht-Vorlegung rechtfertigen**

34 Für die Ausführungen, weshalb keine Gründe vorliegen, welche gegen eine Vorlegung sprechen, kann sinngemäss auf die Erläuterungen von Rz. 27 ff. verwiesen werden. Insbesondere ist festzuhalten, dass die Vorlegung der E-Mails weder kosten- noch zeitmässig einen übermässigen Aufwand darstellt, da E-Mails üblicherweise auf Computern und/oder online gespeichert werden und somit leicht zugänglich und durchsuchbar sind. Die Kompetenz des Schiedsgerichts umfasst klarerweise auch die Möglichkeit, von einer Partei die Vorlegung interner Dokumente (z.B. E-Mails) zu verlangen (RAESCHKE-KESSLER, S. 645). Die Beklagte hat daher die E-Mails und Korrespondenz gem. Rz. 31 vorzulegen.

### **5. Die Klägerin hat Anspruch auf die Leistung des Kaufpreises in der Höhe von CHF 3'500'000 zzgl. Zinsen von 12% auf fällige Abschlagszahlungen**

#### **5.1 Ausgangslage**

35 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Klägerin ihren vertraglichen Pflichten gemäss Vereinbarung vom 22. Oktober 2009 (K-1) nachgekommen ist. Es wird ausserdem dargelegt, dass die Beklagte ihrerseits die vertraglichen Pflichten nicht erfüllt hat.

#### **5.2 Vertragsqualifikation**

36 Gegenstand des Vertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten vom 22. Oktober 2009 bilden die Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Modernisierung der bestehenden Recyclinganlage (Präambel, K-1). Die Klägerin soll dabei ein neues Glasbrechersystem einbauen unter der Voraussetzung, dass vorhandene Anlageteile des Recyclingcenters wieder verwendet werden (Annex I, K-1). Die Beklagte ist im Gegenzug zur Zahlung von CHF 4'000'000 verpflichtet.

37 Beim vorliegenden Vertrag handelt es sich – wie folgt dargelegt – um einen Werkvertrag. Beim Werkvertrag wird typischerweise ein Erfolg geschuldet, dieser besteht unter anderem darin, dass der Unternehmer abredegemäss ein körperliches Werk herstellt (HUGUENIN, OR BT, N 600). Gemäss Bundesgericht umfasst der Begriff *Herstellung eines Werks* auch Mon-

tage-, Reparatur- und Kontrollarbeiten (BGE 130 III 458, 461, E. 4). I.c. umfasst der Einbau nebst Entwurfs-, Planungs-, und Herstellungsarbeiten auch Transport-, Montage-, Inbetriebnahme- und Trainingsarbeiten (Art. 1.1, Annex II, K-1). Da der Unternehmer auch die Stofflieferung übernommen hat, liegt ein Werklieferungsvertrag gemäss Art. 363 ff. OR vor.

38 Abzugrenzen ist der Werkvertrag zu einem Kauf mit Montagepflicht, bei dem die Montagepflicht eine Nebenpflicht darstellt. Die Sachlieferung überwiegt dabei das Element der Arbeitsleistung (HUGUENIN, OR BT, N 611).

39 Insbesondere ist der vorliegende Vertrag von einem Vertrag über den Kauf einer zukünftigen Sache (Kaufvertrag) abzugrenzen. Im Unterschied zum Werkvertrag, bei dem ein individuell für den Besteller angefertigtes Werk übergeben wird, ist von einem Kaufvertrag auszugehen, wenn die Sache serienmässig hergestellt wird (MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/FURRER, S. 213 N 12-14). Auch sind allfällige Arbeitsleistungen bei einem Kaufvertrag untergeordnete Nebenleistungen, während diese beim Werkvertrag die charakteristischen Elemente bilden (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 363-379 N 9). Vorliegend ist die charakteristische Leistung des Vertrages die individuelle Herstellung des Glasbrechersystems. Obwohl einzelne Bestandteile des Glasbrechersystems serienmässig hergestellt oder bei einem Dritten gekauft werden, wird das System den Bedürfnissen der Auftraggeberin angepasst (Ziff. 1, Verfahrensbeschluss Nr. 4). Zudem stellen vertraglich vereinbarte Arbeitsleistungen wie Montagearbeiten und Leistungstests keine untergeordneten Nebenleistungen dar.

40 Obschon im Vertrag die Begriffe *Auftragnehmer* und *Auftraggeber* benützt werden, ist gem. Art. 18 OR bei der Auslegung des Vertrags der wirkliche Wille der Vertragspartien massgebend. Wie oben ausgeführt [Rz. 37], ist ein Arbeitserfolg (Werk) geschuldet und nicht bloss ein Tätigwerden im Interesse des Auftraggebers, demzufolge handelt es sich nicht um einen Auftrag, sondern um einen Werkvertrag (BSK OR- ZINDEL/PULVER, Art. 363-379 N 8).

41 Da vorliegend das Glasbrechersystem Vertragsgegenstand ist, sind die Besonderheiten der Maschinen- und Industrieanlagen und deren Praxis für die Auslegung des Vertrages zu beachten (BÜHLER, Verträge, S. 62).

### **5.3 Die Klägerin hat ihre vertraglichen Hauptpflichten erfüllt**

42 Gemäss Art. 4.2.2 des Vertrags i.V.m. Art. 8 des Vertrags (K-1) sind 90% des Gesamtpreises ratenweise *nach der Inbetriebnahme* zu überweisen. Es wird folgend aufgezeigt, dass eine

Inbetriebnahme und damit eine Abnahme des Glasbrechersystems erfolgte, womit die Klägerin ihrer Hauptpflicht nachgekommen ist.

### **5.3.1 Abnahme des Glasbrechersystems am 9. Juni 2010**

43 Weder im Maschinen- noch im Industriebau wird das gesetzliche System der Ablieferung nach Art. 367 OR strikt befolgt. Stattdessen wird durch vertragliche Abmachungen davon abgewichen (BÜHLER, Verträge, S. 61 f.). Der Unternehmer hat die Vollendung des Werks dem Besteller anzuzeigen. Vollendet ist das Werk, sobald sämtliche vereinbarten Arbeiten, die der Unternehmer schuldet, ausgeführt sind (BGE 94 II 161, 164, E. 2d; GAUCH, N 101 f.). Nach Art. 7 des Vertrags (K-1) ist nach Montagearbeit und Kalttest das Ende der Montage anzuzeigen, worin eine Vollendung des Werks zu erblicken ist. Die *Vollendung des Werks* wird durch den Besteller mit der Abnahme bestätigt. Diese Abnahme korreliert nicht mit der Genehmigung des Werks, auch wenn die Abnahme durch eine gemeinsame Prüfung des Werks erfolgt (GAUCH, N 2633). Gemäss Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (K-2) ist der Aufbau des Glasbrechersystems bis Ende April 2010 und damit nach Plan erfolgt und die Kaltbetriebsnahme war erfolgreich. Demzufolge sind die Voraussetzungen nach Art. 7.3 des Vertrags (K-1) für das Montageende gegeben, insbesondere ist die Anlage vollendet und inbetriebnahmebereit.

44 Art. 5 Annex III (K-1) sieht weiter vor, dass ein Abnahme-Testlauf (Kalttest und Inbetriebnahme) stattfindet, welcher insbesondere aus einem Leistungstestprogramm besteht. Nach erfolgreichem Testverlauf während der Inbetriebnahmezeit sollte es zur Abnahme des Werks und der Unterzeichnung eines Abnahmezertifikats kommen (Art. 8.2, K-1). Der erste Leistungstest erfolgte am 9. Juni 2010 (K-2). Nach Art. 5.2.1 Annex III (K-1) kann der Auftragnehmer zusätzliche Tests verlangen, falls der Test aus Gründen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, scheitert. Die anlässlich des Leistungstests vom 9. Juni 2010 (K-2) verwendete Glasmischung entsprach nicht den vertraglichen Vorgaben, welche in Art. 6.1 Annex III (K-1) spezifiziert sind. Da die Glasmischung einerseits Fremdmaterial beinhaltete und andererseits nicht das vereinbarte Mindestgewicht aufwies, konnte die zugesicherte Verarbeitungsleistung nicht erreicht werden (K-2). Die Beschaffung des Rohmaterials zur Durchführung der Tests lag nach Art. 3.1 des Vertrags i.V.m. Art. 8.2 des Vertrags (K-1) in der Verantwortung der Beklagten, womit sie das Scheitern des Tests zu vertreten hat [Rz. 24].

45 Gemäss Art. 8.1 des Vertrages i.V.m. Art. 8.3 des Vertrags (K-1) gilt die Abnahme als erfolgt, wenn der Inbetriebnahmezeitraum abgelaufen ist und aus Gründen, für die der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist, die Leistungstests bis Ende der geplanten Inbetriebnahme

von einem Monat oder innerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten des Vertrages nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten, je nachdem was früher eintritt. Da die Verwendung der falschen Glasmischung nicht von der Klägerin zu verantworten ist und ein erfolgreicher Leistungstest weder innerhalb eines Monats seit Montageende Ende April 2010 noch innerhalb von 8 Monaten seit Vertragsschluss stattfand, ist der Inbetriebnahmezeitraum abgelaufen und die Abnahme somit erfolgt. Da die Beklagte zudem der ersten Abschlagszahlung (K-3) nachkommt, machte sie konkludent deutlich, dass aus ihrer Sicht eine Ab- und Inbetriebnahme gemäss Art. 8 (Art. 4.2.2, K-1) erfolgt ist.

### **5.3.2 Abnahme des Glasbrechersystems am 29. November 2010**

46 Nach erfolgreicher Reparatur des Dosiertrichters erfolgte am 28. November 2010 in Anwesenheit der Klägerin und der Beklagten der zweite Leistungstest. Der zweite Leistungstest endete damit, dass eine erfolgreiche Inbetriebnahme festgestellt wurde und die Klägerin daraufhin am Abend die Anlage verliess (B-1). Herr Fuchs, Mitarbeiter der Beklagten, kündigte an, dass er nachts die Anlage alleine fahren werde. Die von Herrn Fuchs verrichteten nächtlichen Arbeiten sind nicht mehr als Leistungstest, sondern bereits als Produktionsarbeiten zu qualifizieren. Art. 8.2 des Vertrags (K-1) schreibt vor, dass die Leistungstests in Anwesenheit der Auftragnehmerin durchgeführt werden müssen, woraus zu schliessen ist, dass das Protokoll (B-1) fehlerhaft ist, da der gemeinsame Leistungstest am Vortag erfolgreich war. Somit ist spätestens der Leistungstest vom 28. November 2010 als Inbetriebnahme zu betrachten.

### **5.3.3 Abnahme des Glasbrechersystems durch konkludentes Verhalten der Beklagten**

47 Nach Art. 5.2.1 Annex III (K-1) kann die Auftraggeberin zusätzliche Leistungstests verlangen, falls sie das Scheitern des Tests zu vertreten hat. Da schon beim ersten Leistungstest Fremdmaterial in der Glaszusammensetzung zu finden war [Rz. 44], vermutet die Klägerin, dass die Glaszusammensetzung beim zweiten Leistungstest wiederum nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach. Die Beklagte versprach in der Folge, die Zusammensetzung der Glasmischung ausfindig zu machen (B-1). Deswegen wartet die Klägerin seit dem 29. November 2010 darauf, dass die Beklagte die Glaszusammensetzung feststellt, damit der Fehler ausfindig gemacht wird – und danach die richtige (vertraglich vorgegebene) Glaszusammensetzung gebraucht werden kann.

48 Dem Besteller ist der Einwand der nicht erfolgten Abnahme zudem verwehrt, wenn sein Verhalten das berechtigte Vertrauen des Unternehmers erweckt hat, er lasse das Werk als abgeliefert gelten (GAUCH, N 104). Wie bereits ausgeführt [Rz. 46], erfolgte seit dem Leistungstest

vom 28. November 2010 von der Beklagten keine Aufforderung zu einem dritten Leistungstest. Obwohl das Glasbrechersystem der Beklagten seit Montageende im April 2010 zur Verfügung stand (K-1, 8.2 Annex), äusserte sie ihre grundsätzliche Unzufriedenheit mit dem Werk erst im Gespräch vom 31. Dezember 2010 (Ziff. 13, Einleitungsanzeige). Aufgrund der Absprache mit Herrn Fuchs am 29. November 2010 (Protokoll B-1) ging die Klägerin davon aus, dass die Beklagte bezüglich der Glaszusammensetzung auf sie zukommen würde. Als die Anzeige ausblieb, verstärkte sich auf Seiten der Klägerin das Vertrauen, dass die Beklagte das Glasbrechersystem als abgenommen betrachtete und eine Inbetriebnahme zu bejahen ist.

#### **5.4 Die Klägerin hat ihre vertraglichen Nebenpflichten erfüllt**

49 Die Klägerin hat nach Art. 364 Abs. 1 OR bei der Erfüllung des Vertrags im Rahmen ihrer Neben(leistungs)pfllichten sorgfältig vorzugehen (BGE 96 II 58, 61, E. 1; GAUCH, N 817; HUGUENIN, OR BT, N 621). Dabei ist die Klägerin u.a. verpflichtet, die Beklagte über den sachgemässen Gebrauch des Werkes aufzuklären, indem sie ihr genaue Anweisungen gibt (BGE 129 III 604, 611, E. 4.1; BGE 94 II 157, 160, E. 5; GAUCH, N 836). In Art. 6.1 Annex III (K-1) ist festgehalten, welche Eigenschaften die Glasmischung aufweisen muss, um einen allfälligen Schaden an der Glasbrechermaschine zu verhindern. Zudem machte die Klägerin die Beklagte anlässlich der zwei Leistungstests darauf aufmerksam, dass sie nicht die richtige Glasmischung und -menge verwendete und sich um diese bemühen muss, um die gewünschte Leistungskapazität zu erreichen (K-2; B-1).

#### **5.5 Zwischenfazit**

50 Die Klägerin konnte davon ausgehen, dass das Glasbrechersystem als abgenommen gilt und eine Inbetriebnahme zu bejahen ist. Insbesondere hat sie ihre Haupt- und Nebenpflichten erfüllt.

#### **5.6 Die Beklagte hat ihre Hauptpflicht nicht erfüllt**

51 Die Bezahlung einer Vergütung bildet nach Art. 372 OR die Hauptpflicht des Bestellers (BGE 110 II 176, 178, E. 2a; GAUCH, N 896; HUGUENIN, OR BT, N 642). Die Beklagte bezahlte die zwei vertraglich festgelegten Anzahlungen von je CHF 200'000 im November 2009 und am 22. Dezember 2009. Danach wurden nach Art. 4.2.2 des Vertrags (K-1) Ratenzahlungen, welche in der Maschinenindustrie weit verbreitet sind, vereinbart (BÜHLER, Vertragsrecht, S. 220 f.; GAUCH, N 1163). Die erste Abschlagszahlung von CHF 100'000 wurde im Juli 2010 fällig (K-3). Diese Rate beglich die Beklagte erst am 8. November 2010 (K-4). Die weiteren 35 Raten wurden nach Art. 4.2.3 des Vertrags (K-1) mit dem 3. Monat nach der Inbetriebnahme fortlaufend jeden Monat fällig. I.c. ist die Beklagte der Zahlung dieser Raten bis heute nicht

nachgekommen. Da keine vertraglichen Abmachungen über den Verzug bestehen, kommen die allgemeinen Bestimmungen nach Art. 102 ff. OR zur Anwendung.

### **5.6.1 Die Beklagte befindet sich im Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR**

- 52 Der Schuldnerverzug kommt zur Anwendung, wenn der Schuldner nicht leistet, obwohl die Leistung noch möglich ist. Auch der Zahlungsverzug einer fälligen Abzahlungsrate untersteht den Voraussetzungen und Wirkungen des Schuldnerverzugs (GAUCH, N 1274). Die Beklagte bezahlte bisher die Rechnungen über insgesamt 15 Abschlagszahlungen in der Höhe von je CHF 100'000 nicht. Für eine Geldschuld kann Unmöglichkeit nicht eintreten (HUGUENIN, OR AT, N 650), weshalb die Beklagte somit nicht leistet, obwohl es ihr möglich wäre.
- 53 Des Weiteren muss die Forderung fällig sein. Mit Fälligkeit ist der Zeitpunkt gemeint, von dem an die Gläubigerin die Leistung beim Schuldner einfordern kann (BSK OR-WIEGAND, Art. 102 N 4; HUGUENIN, OR AT, N 652). Im Vertrag (K-1) wurde in Art. 4.2.3 vereinbart, dass ab dem 3. Monat nach Inbetriebnahme monatliche Abschlagszahlungen in der Höhe von CHF 100'000 zu leisten sind, welche jeweils 30 Tage nach Rechnungsdatum fällig sind (Art. 4.2.4, K-1). Wie aus der Beilage K-5 ersichtlich ist, sind der Beklagten bis zum heutigen Tag insgesamt 16 Rechnungen zugestellt worden. Es wurde weder ein Verfalltagsgeschäft vereinbart, noch erfolgte eine Kündigung (Art. 102 Abs. 2 OR), weshalb der Schuldner nach Art. 102 Abs. 1 OR mit Mahnung in Verzug gesetzt werden muss. Die Beklagte machte in ihrem Schreiben vom 7. März 2011 jedoch unmissverständlich deutlich, dass sie den Vertrag beenden möchte und damit die geschuldeten Abschlagszahlungen nicht leisten wird. Darum kann die Klägerin analog zu Art. 108 Ziff. 1 OR auf Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR verzichten (BSK OR-WIEGAND, Art. 102 N 11; HUGUENIN, OR AT, N 669; BGE 94 II 26, 32, E. 3). Damit sind die Forderungen fällig geworden und bezüglich der zukünftigen Abschlagszahlungen, welche noch nicht fällig sind, ist keine Mahnung mehr nötig.
- 54 Als letzte Voraussetzung des Schuldnerverzugs darf der Schuldnerin kein Leistungsverweigerungsrecht zustehen. I.c. kommt dieses Recht nicht zu Anwendung, insb. entfällt die Einrede des nichterfüllten Vertrags gemäss Art. 82 OR. Die Schuldnerin kann ihre Leistung nur zurückbehalten, wenn die Gläubigerin die Leistung noch nicht erbracht bzw. gehörig angeboten hat (BSK OR-WIEGAND, Art. 102 N 12). Die Klägerin ist, wie bereits dargelegt [Rz. 42-50], ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag hingegen vollständig nachgekommen. Alle Voraussetzungen des Schuldnerverzugs i.S.v. Art. 102 ff. OR sind damit erfüllt.

### **5.6.2 Die Klägerin hat einen Anspruch auf Leistung des gesamten Kaufpreises von CHF 3'500'000**

55 Laut Art. 4.2.3 des Vertrags (K-1) wurden Abschlagszahlungen in Verbindung mit weiteren monatlichen Zahlungen, die durch die erzielten Einsparungen berechnet werden, vereinbart. Mit Abbau des Glasbrechersystems erzielt die Beklagte aber aus eigenem Verschulden keine Einsparungen, womit Art. 4.2.3 des Vertrags (K-1) hinfällig wird. Deshalb hat die Klägerin einen Anspruch auf Bezahlung des gesamten Kaufpreises von CHF 3'500'000.

### **5.6.3 Die Klägerin hat Anspruch auf Verzugszinsen in Höhe von 12%**

56 Da die Beklagte mit der Leistung einer Geldschuld im Verzug ist, hat die Klägerin gemäss Art. 4.3 des Vertrags (K-1) Anspruch auf die Leistung von Verzugszinsen in der Höhe von 12%. Als Beginn der Zinsdauer gilt der Zeitpunkt, an dem der Verzug eintritt (BSK OR-WIEGAND, Art. 104 N 3). Da die Beklagte ohne Mahnung der Klägerin in Verzug gefallen ist [Rz. 53], schuldet die Beklagte auf mittlerweile 15 Abschlagszahlungen Verzugszinsen von 12%, wobei die erste Abschlagszahlung am 19. August 2010 fällig wurde.

### **5.7 Die Beklagte hat ihre Nebenpflichten nicht erfüllt**

57 Die Rechtspflichten, die zur Vergütungspflicht des Bestellers hinzutreten, fliessen aus dem vertraglichen Treueverhältnis, welches sich aus Art. 2 ZGB ergibt (Bger 4C.149/01, E.7; GAUCH, N 1320). Die Bestellerin ist vor oder während des Herstellungsprozesses zu Mitwirkungshandlungen, die für die Ausführung des Werkes erforderlich sind, verpflichtet (GAUCH, N 1329). Grundsätzlich handelt es sich bei Mitwirkungspflichten um Obliegenheiten, welche nicht vertraglich vereinbart werden und somit nicht einklagbar sind (GAUCH, N 1344; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 101). In Art. 6.1 des Vertrags (Annex III, K-1) wurde die zu verarbeitende Glasmischung vertraglich festgehalten. Bei der Bereitstellung und Verwendung der richtigen Glasmischung von Seiten der Beklagten handelt es sich somit um eine echte Nebenleistungspflicht, die Anspruch auf Erfüllung gibt und deren Verletzung eine Vertragsverletzung darstellt.

Des Weiteren haben sich die Vertragsparteien gemäss Art. 2.2 des Vertrages (K-1) alles zu unternehmen, um den Vertrag aufrecht zu erhalten. Ohne ihre Mitwirkungspflichten erfüllt zu haben (obwohl dies durch Herr Fuchs indiziert wurde), wollte die Beklagte Ende Dezember 2010 den Vertrag plötzlich auflösen und baute innerhalb einer Woche das Glasbrechersystem ab, ohne eine Rückmeldung seitens der Klägerin abzuwarten (Ziff. 13 und 14, Einleitungsanzeige).

58 Es sind somit von Seiten der Beklagten keine Bemühungen ersichtlich, alles zu unternehmen, um den Vertrag aufrecht zu erhalten. Vielmehr deutet das Verhalten der Beklagten darauf hin, dass diese eine Alternative zum Glasbrechersystem gefunden hat (Ziff. 13, Einleitungsanzeige). Da das Glasbrechersystem aus ihrer Sicht zurzeit nicht rentabel ist und sie *nicht bereit ist*, ihren vertraglichen Pflichten *nachzukommen* [Rz. 51], bringt sie die fehlgeschlagenen Leistungstests als Argument vor, um ihren Vertragspflichten *nicht nachkommen zu müssen*.

## 5.8 Fazit

59 Da die Klägerin alle ihre vertraglichen Haupt- und Nebenpflichten erfüllt hat, die Beklagte sich hingegen mit der Leistung des Kaufpreises im Verzug befindet, hat die Klägerin Anspruch auf die Leistung des gesamten Kaufpreises in der Höhe von CHF 3'500'000 zuzüglich Zins in der Höhe von 12% auf jede der 15 Abschlagzahlungen ab ihrem jeweiligen Fälligkeitsdatum.

### 6. Die Beklagte hat keinen klagbaren Anspruch auf die Rückleistung der bezahlten Raten des Gesamtvertragspreises in der Höhe von CHF 500'000

60 Die Beklagte erklärte mit Schreiben vom 7. März 2011 die Beendigung des Vertrages (B-2). In der Widerklage begründet sie diesen Rücktritt mit der Nichtvollendung des Werks gemäss Art. 366 Abs. 1 OR, resp. mit dem Wandlungsrecht nach Art. 368 Abs. 1 OR (Ziff. 14, Einleitungsantwort). Im Folgenden wird dargelegt, dass der Beklagten keines dieser Rechte zusteht.

#### 6.1 Kein Rücktrittsrecht aufgrund eines Herstellungsverzugs nach Art. 366 OR

61 Damit der Besteller gemäss Art. 366 Abs. 1 OR vom Verträge zurücktreten kann, ist erforderlich, dass der Unternehmer mit der Werksausführung nicht rechtzeitig beginnt, diese in vertragswidriger Weise verzögert oder dass ein erheblicher Rückstand vorliegt, so dass die *rechtzeitige Vollendung* nicht mehr vorauszusehen ist. Da wie bereits ausgeführt [Rz. 43], eine Vollendung des Glasbrechersystems durch das Montageende erreicht worden ist, sind die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 nicht gegeben. Zudem unterzeichnete die Beklagte die Protokolle (K-2; B-1), welche eine erfolgreiche Kaltinbetriebnahme und funktionierende Inbetriebnahme und damit die Vollendung des Werks bestätigen.

62 Die Beklagte kann des Weiteren der Klägerin nicht vorwerfen, sie sei mit der Ausführung des Werks verzögert, da sie ihre ihr zufallenden Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt [Rz. 57]. Ausserdem müsste die Beklagte die Behauptung, dass sich das Glasbrechersystem noch im Versuchsstadium befindet (Ziff. 9, Einleitungsanzeige), substantiiert beweisen.

## 6.2 Kein Rücktrittsrecht aufgrund von Wandlung nach Art. 368 OR

- 63 Nach Art. 8.3 des Vertrags (K-1) hat der Auftragnehmer für Sachgewährleistung einzustehen. Da darüber aber keine vertraglichen Abmachungen bestehen, kommen die gesetzlichen Bestimmungen der Sachgewährleistung nach Art. 368 OR zur Anwendung.
- 64 Ein Werkmangel ist ein vertragswidriger Zustand des Werkes, der darin besteht, dass dem Werk eine vertraglich vereinbarte Eigenschaft zum Zeitpunkt der Ablieferung fehlt (GAUCH, N 1356; BSK OR-ZINDEL/PULVER Art. 368 N 9). I.c. hatte die Klägerin vertraglich zugesichert, dass das neue Glasbrechersystem eine Verarbeitungsleistung von 5.0 Tonnen pro Stunde erreicht (Art. 1.1, Annex I, K-1). Diese vertragliche Zusicherung steht und fällt allerdings mit der Verwendung der vertraglich vorgegebenen Glasmischung, bzw. -menge (Art. 6.1, Annex III, K-1). Vorliegend erreichte das Glasbrechersystem anlässlich der zwei Leistungstests nicht die vertraglich vereinbarte Durchschnittsleistung von 5,0 Tonnen pro Stunde (K-2; B-1). Die Ursache für die Leistungsschwäche lag beim ersten Leistungstest *mit Sicherheit* und beim zweiten Leistungstest *vermutungsweise* in der Verwendung einer nicht vertragskonformen Glasmischung (K-2; B-1). Entgegen der Behauptungen der Beklagten, wonach die Materialbeschaffenheit unwesentlich sei (Ziff. 1, Einleitungsantwort), wurde deren Beschaffenheit vertraglich vorgeschrieben (Art. 6.1 Annex III, K-1). Die Beklagte muss somit im Bestreitungsfall den Nachweis erbringen, dass vertraglich vereinbarte und vorausgesetzte Anwendungsbedingungen eingehalten wurden (SIEGENTHALER, N 49). Dem Glasbrechersystem fehlt somit keine vertraglich vereinbarte Eigenschaft zum Zeitpunkt der Ablieferung, denn es muss nur die vertraglich vorgegebene Glasmischung verwendet werden, um die zugesicherte Leistung zu erreichen. Aus diesem Grund liegt kein Werkmangel vor.
- 65 Zudem müsste der Mangel genau angegeben sein, so dass der Unternehmer der Mitteilung entnehmen kann, in welchem Punkt und welchem Umfang das Werk mangelhaft ist (BGE 107 II 172, 175, E. 1a). Die Beklagte hat die Mängelrüge weder nach Ablieferung des Werks (Art. 367 Abs. 1 OR) noch sofort nach dessen Entdeckung (Art. 370 Abs. 2 und 3 OR) erhoben. Die im Schreiben vom 7. März 2011 erwähnten Mängel werden nicht in ihrer konkreten Form geschildert (B-2) und die Erklärung, dass das Glasbrechersystems nicht funktionsfähig sei und konzeptionelle Fehler bestünden (Ziff. 6 und 14, Einleitungsantwort), beschreiben die Ausgestaltung des Mangels nur unzureichend. Die Mängelrüge erfolgte damit weder form- noch fristgerecht und ist unzureichend substantiiert.

66 Ferner verhält sich die Beklagte widersprüchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB), indem sie die Beendigung des Vertrags wegen Mängeln verlangt und zugleich die Anlage abbaut (B-2), womit ein allfälliger Mangel gar nicht festgestellt werden kann. Es muss somit davon ausgegangen werden, dass die Beklagte an einer Mängelbehebung gar nicht interessiert ist.

67 Des Weiteren verwirkt die Bestellerin gem. Art. 370 OR ihre Ansprüche aus Gewährleistung, indem sie das Werk ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt (BGE 115 II 456, 459, E. 4; 113 II 264, 267, E. 2b; BÜHLER, Vertragsrecht, S. 98). Beim zweiten Leistungstest am 28. November 2010 erklärte der Vertreter der Beklagten, dass die Begleitung durch die Vertreter der Klägerin nicht mehr nötig sei (B-1). Damit brachte die Beklagte zum Ausdruck, dass sie das Glasbrechersystem zur weiteren Inbetriebnahme bereit hält und damit genehmigt hat.

68 Ausserdem kann die Beklagte die Mängelrüge seit Ende April 2011 nicht mehr geltend machen, da die Klage wegen Mängeln an einer beweglichen Sache nach Art. 371 OR i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR mit Ablauf eines Jahres nach deren Ablieferung und Abnahme durch den Besteller verjährt.

### **6.3 Kein Rücktrittsrecht gegen Schadloshaltung nach Art. 377 OR**

69 Die Beklagte kann nicht gem. Art. 377 OR gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung der Klägerin vom Vertrag zurücktreten, da das Glasbrechersystem, wie bereits festgehalten [Rz. 43], von der Klägerin vollendet wurde. Das Rücktrittsrecht des Bestellers findet seine Schranke am Verbot des Rechtsmissbrauchs gem. Art. 2 Abs. 2 ZGB (BSK OR-ZINDEL/PULVER Art. 377 N 9). Die Beklagte hat mit der Zahlung der ersten Abzahlungsrate [Rz. 44] und der Nichtinanspruchnahme des dritten Leistungstest [Rz. 47] das schutzwürdige Vertrauen der Klägerin begründet, dass sie das Glasbrechersystem als abgenommen betrachtete. Gestützt darauf hat die Klägerin Dispositionen getroffen, indem sie an einem 2. Leistungstest teilnahm [Rz. 46], obwohl sie dazu nicht verpflichtet gewesen war. Die Beklagte hat mit ihrem Verhalten folglich das schutzwürdige Vertrauen der Klägerin enttäuscht, womit der Beklagten der Rechtsschutz zu verweigern ist.

### **6.4 Fazit**

70 Da der Beklagten kein Rücktrittsrecht bzw. Wandelung des Vertrags zusteht, hat sie keinen klagbaren Anspruch auf die Rückleistung der bezahlten Raten des Gesamtvertragspreises in der Höhe von CHF 500'000.