

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

Vertreten durch Moot Court Team 9
Jakupi Ryve
Cantieni Gianna
Hofer Norina
Behluli Jehona

Einschreiben

Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH - 8022 Zürich

15. Dezember 2011

Klageschrift

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

vertreten durch Moot Court Team 9

Klägerin und Widerbeklagte

gegen

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34, CH-6340 Baar, Zug

Vertreten durch Moot Court Team [...]

Beklagte und Widerklägerin

betreffend

Forderung

stellen wir folgende

Rechtsbegehren

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

- CHF 100'000.- am 21. August 2011;

- CHF 100'000.- am 21. September 2011,

etc.

3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*

4. *Die Widerklage der Beklagten und Widerklägerin sei vollumfänglich abzuweisen.*

5. *Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Schiedsgericht und der Klägerin folgende Dokumente (definiert durch die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom 29. Mai 2010, inkl. jede Art von Schreiben und Mitteilungen, unabhängig davon, ob sie auf Papier, durch elektronische Mittel aufgezeichnet oder festgehalten werden) in ihrem Besitz im vorliegenden Schiedsverfahren vorzulegen:*

(1) den zwischen der Beklagten und einem Schrotthändler geschlossenen Vertrag über die Lieferung von Schrottglass, 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.

Anlässlich der Telefonkonferenz vom 26. September 2011 einigten sich die Parteien und das Schiedsgericht darauf, dass sich die Parteien in einer ersten Phase einzig zu den Streitfragen [i-vi] zu äussern haben.

INHALTSVERZEICHNIS

RECHTSBEGEHREN	I
INHALTSVERZEICHNIS	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VI
LITERATURVERZEICHNIS.....	VIII
ENTSCHEIDVERZEICHNIS	XI
I FORMELLES.....	1
1. VERTRETUNG.....	1
2. FRIST.....	1
II MATERIELLER TEIL.....	1
1. QUALIFIKATION DES VERTRAGS.....	1
1.1. <i>Werkvertragliche Bestandteile des Vertragsverhältnisses.....</i>	<i>1</i>
1.2. <i>Abgrenzung zum Kauf einer erst herzustellenden Sache</i>	<i>2</i>
1.3. <i>Auftragsrechtliche Bestandteile des Vertragsverhältnisses</i>	<i>2</i>
1.4. <i>Ingenieurvertrag</i>	<i>2</i>
1.5. <i>Fazit.....</i>	<i>2</i>
2. ANSPRUCH AUF LEISTUNG DES GESAMTVERTRAGSPREISES.....	3
2.1. <i>Ausgangslage.....</i>	<i>3</i>
2.2. <i>Fälligkeit der Raten nach erfolgter Inbetriebnahme.....</i>	<i>3</i>
2.3. <i>Differenzierung zwischen Inbetriebnahme und Abnahme.....</i>	<i>3</i>
2.4. <i>Kein Abbruch der Inbetriebnahme</i>	<i>4</i>
2.5. <i>Anerkennung der Fälligkeit der Raten durch die Beklagte</i>	<i>4</i>
2.6. <i>Abnahme gemäss Lieferungsvertrag.....</i>	<i>4</i>
2.7. <i>Fälligkeit des Gesamtbetrages</i>	<i>6</i>
2.8. <i>Anspruch auf Zahlung der Zinsen</i>	<i>6</i>
2.9. <i>Fazit.....</i>	<i>6</i>
3. KEIN ANSPRUCH AUF RÜCKLEISTUNG DER BEZAHLTEN RATEN.....	7
3.1. <i>Ausgangslage.....</i>	<i>7</i>
3.2. <i>Ausschluss des Rücktritts nach Art. 366 Abs. 1 OR.....</i>	<i>7</i>
3.3. <i>Ausschluss des Rücktrittrechts nach Art. 368 Abs. 1 OR.....</i>	<i>8</i>
3.4. <i>Fazit.....</i>	<i>10</i>
III PROZESSUALER TEIL.....	10

1.	HÄLFTIGE TEILUNG DES KOSTENVORSCHUSSES	10
1.1.	<i>Ausgangslage</i>	10
1.2.	<i>Schiedsvereinbarung nach Art. 178 IPRG</i>	10
1.3.	<i>Gültigkeit der Schiedsvereinbarung</i>	11
1.4.	<i>Hälftige Teilung als grundsätzliche Regelung</i>	11
1.5.	<i>Anerkennung der hälftigen Teilung des Kostenvorschusses</i>	11
1.6.	<i>Gleichheitsgebot</i>	12
1.7.	<i>Keine sachlichen Gründe</i>	13
1.8.	<i>Fazit</i>	13
2.	ANSPRUCH AUF RÜCKERSTATTUNG DES ANTEILS AM KOSTENVORSCHUSS.....	14
2.1.	<i>Ausgangslage</i>	14
2.2.	<i>Widersprechendes und arglistiges Verhalten</i>	14
2.3.	<i>Vorsorgliche und sichernde Massnahmen</i>	14
2.4.	<i>Fazit</i>	15
3.	ANSPRUCH AUF VORLAGE DES VERTRAGS	15
3.1.	<i>Ausgangslage</i>	15
3.2.	<i>Beweisverfahren vor dem Schiedsgericht</i>	15
3.3.	<i>Beklagte verletzt vertragliche Pflicht bei Nichtvorlage von Beweisen</i>	16
3.4.	<i>Vorlage des Vertrages nach IBA-Regeln</i>	17
3.5.	<i>Fazit</i>	18
4.	ANSPRUCH AUF VORLAGE JEDER KORRESPONDENZ	18
4.1.	<i>Ausgangslage</i>	18
4.2.	<i>Vorlage der Korrespondenz nach IBA-Regeln</i>	18
4.3.	<i>Fazit</i>	19
IV	DIE WIDERKLAGE IST ABZUWEISEN	19

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Aufl.	Auflage
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
E.	Erwägung
Ed.	Editors (englisch), Herausgeber
ed.	edition (englisch), Auflage
et al.	und andere (lateinisch)
ff.	fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Chamber of Commerce
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.v.	im Sinn von
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRG	Bundesgesetz vom 8. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
lit.	litera
Mio.	Millionen
N	Randnote(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)

S.	Seite(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Rz	Randziffer(n)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
vgl.	vergleiche
WIPO	World Intellectual Property Organization
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZK	Zürcher Kommentar

LITERATURVERZEICHNIS

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

(zit. BERGER/KELLERHALS, N), zit. unter Rz: 50, 54

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988

(zit. BUCHER, OR AT, S.), zit. unter Rz: 27

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988

(zit. BUCHER, OR BT, S.), zit. unter Rz: 8

DE BOISSESON MATHIEU, Le droit français de l'arbitrage: interne et international, Paris 1990

(zit. DE BOISSESON, N), zit. unter Rz: 76

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen
Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997

(zit. FRANK/STRÄULI/MESSMER, S. N), zit. unter Rz: 46, 56, 67

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

(zit. GAUCH, N), zit. unter Rz: 10, 32, 34, 42

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ/EMMENEGGER SUSAN,

Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches
Haftpflichtrecht, Bd. 2, 9. Aufl., Zürich 2008

(zit. GAUCH et al., N), zit. unter Rz: 37

GIRSBERGER/HEINI/KELLER/KOSTKIEWICZ/SIEHR/VISCHER/VOLKEN (Hrsg.), Zürcher

Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004

(zit. ZK IPRG-BEARBEITER, Art N), zit. unter Rz: 47, 51, 65, 73

GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland,
Zürich/Basel/Genf, 2008

(zit. GIRSBERGER/VOSER N), zit. unter Rz: 50

GLOSSNER/BREDOW/BÜHLER, Das Schiedsgericht in der Praxis, 3. Aufl., Heidelberg, 1990

(zit. GLOSSNER/BREDOW/BÜHLER §), zit. unter Rz: 45

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

(zit. BSK IPRG-BEARBEITER, Art. N), zit. unter Rz: 47, 48, 49, 51

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

(zit. HUGUENIN, OR AT, N), zit. unter Rz: 37

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

(zit. HUGUENIN, OR BT, N), zit. unter Rz: 6, 32, 40

JARVIN SIGVARD, Wenn die beklagte Partei ihren Anteil des Kostenvorschusses nicht
bezahlt. Folgen der Nichtleistung aus Sicht der ICC-Verfahrensordnung,
schwedischen und schweizerischen Rechts in:

PLANTEY ALAIN/BÖCKSTIEGEL KARL HEINZ/BREDONS JENS (Hrsg.), Festschrift
für Ottoarndt Glassner zum 70. Geburtstag, Paris/Köln/Bonn 1994, S. 155
ff. (zit. JARVIN, S.), zit. unter Rz: 59, 64, 67

PFISTERER STEFANIE/SCHNYDER ANTON K., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit,
Zürich/St.Gallen 2010

(zit. PFISTERER/SCHNYDER, S.) zit. unter Rz: 50, 57, 74, 84

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international,
Zürich 2002

(zit. POUDRET/BESSON, N), zit. unter Rz: 48

- RAESCHKE-KESSLER HILMAR, Die IBA-Rules über die Beweisaufnahme in internationalen Schiedsverfahren in: BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ (Hrsg.), Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, Köln 2001
(zit. RAESCHKE-KESSLER, S.), zit. unter Rz: 78, 80
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980
(zit. RÜEDE/HADENFELDT, S.), zit. unter Rz: 54, 55, 73
- SCHLOSSER PETER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Tübingen 1989
(zit. SCHLOSSER, S. N), zit. unter Rz: 50
- SCHWAB KARL HEINZ/WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit: systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsverfahren, 7. Aufl., Bern 2005
(zit. SCHWAB/WALTER, S.), zit. unter Rz: 52, 68, 74
- STACHER MARCO, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen (2009 und 2010), IVO SCHWANDER (Hrsg.), AJP 2011 Zürich, S. 125
(zit. STACHER, AJP, S.), zit. unter Rz: 46, 52
- STACHER MARCO, Art. 41 Swiss Rules in: ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Eds.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2nd. ed., Zürich 2005
(zit. STACHER in: ZUBERBÜHLER et al., S. N), zit. unter Rz: 52
- WALTER GERHARD, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2007
(zit. WALTER, S.), zit. unter Rz: 46, 76
- WALTER GERHARD/BOSCH WOLFGANG/BRÖNNIMANN JÜRGEN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu 12. Kapitel des IPR-Gesetzes, 3. Aufl., Bern 1991
(zit. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, S.), zit. unter Rz: 55

ENTSCHEIDVERZEICHNIS

- BGE 130 III 458 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Juni 2004. Zit. unter: Rz 5
- BGE 109 II 34 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Februar 1983. Zit. unter: Rz 7
- BGE 115 II 57 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Januar 1989. Zit. unter: Rz 9
- BGE 109 II 462 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1983. Zit. unter: Rz 11
- BGE 123 III 35 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. August 1969. Zit. unter: Rz 18
- BGE 119 II 135 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Januar 1993. Zit. unter: Rz 26
- BGE 117 II 259 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juli 1991. Zit. unter: Rz 39
- BGE 114 II 239 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1988. Zit. unter: Rz 40
- BGer 4P.253/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. März 2004. Zit. unter: Rz 47
- BGer 4P.67/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Juli 2003. Zit. unter: Rz 51
- BGer 4P.2/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. März 2003. Zit. unter: Rz 55

I Formelles

1. Vertretung

1 Das Moot Court Team 9 ist gehörig bevollmächtigt.

2. Frist

2 Die vorliegende Klageschrift erfolgt innert Frist (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 3, Rz 13).

II Materieller Teil

1. Qualifikation des Vertrags

3 Zunächst ist der „Vertrag BRAG 22102009 über Lieferungen und Leistungen“ (nachfolgend Lieferungsvertrag) zu qualifizieren. Die vertraglichen Pflichten der Klägerin unterteilen sich in verschiedene sachlich und zeitlich auseinanderfallende Vertragsleistungen, welche im Folgenden erläutert werden.

1.1. Werkvertragliche Bestandteile des Vertragsverhältnisses

4 Die Klägerin vereinbarte mit der Beklagten, deren veralteten Glasbrecher zu modernisieren, wobei möglichst viele Teile der bestehenden Glasbrecheranlage beibehalten werden sollten (vgl. Präambel des Lieferungsvertrags).

5 Nicht nur die Schaffung einer neuen Sache stellt eine Werkherstellung i.S.v. Art. 363 OR dar, sondern auch die Veränderung einer bestehenden Sache, indem ihre Eigenschaften durch Vergrösserung, Verbesserung, Renovation oder in anderer Weise abgeändert werden (BGE 130 III 458 E. 4 S. 461).

6 Die Klägerin übernahm den Entwurf und die technische Planung der Glasbrecheranlage (Annex II) sowie die Lieferung von Maschinen, Bauteilen und Werkstoffen (Art. 1 des Lieferungsvertrags). Wenn die Beschaffung des Werkstoffes ganz oder teilweise dem Unternehmer obliegt, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag (HUGUENIN, OR BT, N 606).

7 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Werk sowohl körperlich als auch unkörperlich sein (BGE 109 II 34 E. 3c S. 37).

Der Entwurf und die technische Planung der Glasbrecheranlage stellen den unkörperlichen Teil, die Lieferung der angepassten Werkteile den körperlichen Teil des Werkes dar.

1.2. Abgrenzung zum Kauf einer erst herzustellenden Sache

8 Einzelne Bestandteile der Elemente der Glasbrecheranlage wurden serienmässig hergestellt oder bei Dritten eingekauft. Die Klägerin nimmt bei der Modernisierung der Glasbrecheranlage aber auf das spezielle Umfeld der Beklagten Rücksicht, indem zahlreiche Bestandteile speziell angepasst wurden. Haftet einer erst herzustellenden Sache Einmaligkeitscharakter an und wurde sie nicht routinemässig hergestellt, so handelt es sich um einen Werkvertrag und nicht um einen Kauf (BUCHER, OR BT, S. 202).

1.3. Auftragsrechtliche Bestandteile des Vertragsverhältnisses

9 Des Weiteren ist die Klägerin zur Leistung von Engineering, Training und Beratung verpflichtet (Art. 1 Lieferungsvertrag). Aufgaben, wie Bauaufsicht und Ähnliches, werden gemäss BGE 115 II 57 E. 1 S. 61 dem einfachen Auftrag zugeordnet.

1.4. Ingenieurvertrag

10 Charakteristisches Merkmal für den Architektur- oder Ingenieurvertrag ist, dass diese Vertragstypen aus verschiedenartigen Einzelleistungen bestehen und deren konkreter Inhalt von Fall zu Fall variiert (GAUCH, N 47). Zunächst ist festzuhalten, dass das, was in Lehre und Rechtsprechung über die rechtliche Qualifikation des Architektenvertrages gesagt wird, sinngemäss auch für den mit ihm verwandten Ingenieurvertrag Geltung hat (GAUCH, N 48) Besonders schwierig gestaltet sich die Qualifikation des Ingenieurvertrags, wenn ein Gesamtvertrag vorliegt, worin ein Ingenieur sich zu sämtlichen Ingenieurleistungen für die Durchführung eines Bauvorhabens, mindestens aber zur Projektierung und Bauleitung, verpflichtet (GAUCH, N 57).

11 Das Bundesgericht qualifiziert derartige Gesamtverträge nach jüngerer Rechtsprechung als gemischte Verträge, die sowohl den Bestimmungen des Auftrags wie auch denjenigen des Werkvertrags unterstellt sind (BGE 109 II 462 E. 3 S. 464).

Für die Beurteilung von Einzelleistungen ergibt sich eine Spaltung der Rechtsfolgen. So bestimmt sich die Haftung aufgrund auftragsrechtlicher Aspekte nach Auftragsrecht und diejenige aufgrund werkvertraglicher Elemente nach Werkvertragsrecht beurteilt (BGE 109 II 466).

1.5. Fazit

12 Bei dem von den Parteien am 22. Oktober 2009 geschlossenen Ingenieurvertrag handelt es sich um einen gemischten Vertrag, dessen Rechtsfolgen je nach Vertragsleistung nach Werkvertrags- oder Auftragsrecht beurteilt werden.

2. Anspruch auf Leistung des Gesamtvertragspreises

2.1. Ausgangslage

13 Bereits am 31. Dezember 2010 äusserte die Geschäftsleitung der Beklagten, dass die Auflösung des Vertrags angestrebt und keine weiteren Zahlungen für das Glasbrechersystem mehr geleistet werden. Diese Weigerung ist vertragswidrig und die Klägerin hat Anspruch auf die Leistung der vertraglich geschuldeten, noch ausstehenden Raten.

2.2. Fälligkeit der Raten nach erfolgter Inbetriebnahme

14 Gemäss Art. 4.2.2 des Lieferungsvertrags, ist die erste der 36 monatlichen Raten zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme geschuldet. Unter Inbetriebnahme versteht man nach Art. 8.1 des Lieferungsvertrags die Zeit zwischen Montageende und Abnahme. In Art. 7.3 des Lieferungsvertrags wird das Montageende als der Tag definiert, an dem die Anlage tatsächlich bereit für die Inbetriebnahme ist, falls zusätzliche Arbeiten nach Mitteilung über das Montageende erforderlich waren, um die Bereitschaft der Anlage für die Inbetriebnahme zu erreichen. Am 9. Juni 2010 wurde das Protokoll über Montage und Inbetriebnahme von beiden Seiten unterzeichnet. Aus diesem geht hervor, dass die Inbetriebnahme gut funktionierte, womit die tatsächliche Bereitschaft für die Inbetriebnahme gegeben ist.

15 Demselben Protokoll ist zu entnehmen, dass die Klägerin Reparaturen vornehmen müsse. Diese Reparaturen waren nötig, weil die Anlage durch die von der Beklagten eingeführte, nicht den Vertragsvorgaben entsprechende Glasmischung, beschädigt wurde. Die Tatsache, dass nach der Erklärung des Montageendes dennoch Reparaturen vorgenommen werden mussten, ist folglich nicht auf die fehlende Bereitschaft für die Inbetriebnahme, sondern auf das Verschulden der Beklagten zurückzuführen. Die Inbetriebnahme hat somit begonnen und die am 16. Juni 2010 in Rechnung gestellte Forderung wurde spätestens am 31. Juli 2010 fällig (Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag).

2.3. Differenzierung zwischen Inbetriebnahme und Abnahme

16 Die Beklagte wendet in ihrer Einleitungsantwort unter Ziff. 3 ein, die Pflicht zur Zahlung der Raten gemäss Art. 4.2.2 sei nicht gegeben, da das Werk die Leistungstests gemäss Art. 8.2 nicht bestanden habe und nicht im Sinne von Art. 8.3 abgenommen sei. Die Beklagte übersieht, dass zwischen Inbetriebnahme und Abnahme klar zu unterscheiden ist und dass für die Fälligkeit der Forderungen lediglich die eingeleitete Inbetriebnahme erforderlich ist. Nicht

vorausgesetzt wird hingegen der erfolgreiche Abschluss derselben, welcher ja bereits als Abnahme gelten würde.

2.4. Kein Abbruch der Inbetriebnahme

17 Im Protokoll über Montage und Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010, welches in Vertretung beider Vertragsparteien unterzeichnet wurde, steht geschrieben, dass die Inbetriebnahme gut funktionierte. In diesem Protokoll ist zwar auch die Rede von einem „Abbruch des Inbetriebnahmeversuchs“, nach dem gemeinsamen Verständnis der Parteien muss damit aber der Abbruch des Abnahmeversuchs gemeint sein.

18 Die Inbetriebnahme bezeichnet gemäss Lieferungsvertrag einen Zeitraum in dem verschiedene Tests durchgeführt werden und der Abbruch eines solchen bedeutet nicht den Abbruch der gesamten Inbetriebnahme. Die Bezeichnung als „Abbruch des Inbetriebnahmeversuchs“ erfolgte versehentlich und nach den aus Art. 18 OR abgeleiteten Regeln der Vertragsauslegung gilt „der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten“ (BGE 123 III 35 E. 2 S. 39).

2.5. Anerkennung der Fälligkeit der Raten durch die Beklagte

19 Die Tatsache, dass die erste Rechnung von der Beklagten beglichen wurde, beweist, dass auch die Beklagte von der eingeleiteten Inbetriebnahme und somit von der Fälligkeit der monatlichen Raten ausging. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten nie geäussert, das Projekt könne mangels Bankbonität nicht weiter verfolgt werden. Die Behauptung der Beklagten, dass sie die Rate auf Grund einer solchen Äusserung bezahlt habe, ist unbegründet.

2.6. Abnahme gemäss Lieferungsvertrag

20 Sollte das Gericht dem Argument der Beklagten folgen, dass für die Fälligkeit der Raten eine Abnahme erforderlich sei, wären die Raten dennoch fällig. Gemäss Art. 8.3 des Lieferungsvertrags gilt die Abnahme als erfolgt, wenn aus Gründen, für die der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist, die Leistungstests innerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten des Vertrags nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten. Der Vertragsschluss und das Inkrafttreten des Vertrags fallen zusammen auf den 22. Oktober 2009 (Art. 19 Lieferungsvertrag), womit die Frist nach 8 Monaten am 22. Juni 2010 abgelaufen ist (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

2.6.1. Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten

21 Aus dem von beiden Parteien unterzeichneten Protokoll über Montage und Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010 geht hervor, dass die Glaszusammensetzung nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach. Laut Art. 2.1 des Lieferungsvertrags erbringt die Klägerin ihre Arbeiten unter der Voraussetzung der Erfüllung der in Art. 3 Lieferungsvertrag aufgeführten Verpflichtungen des Auftraggebers. Gemäss Art. 3 des Lieferungsvertrags und Art. 5.2.2 von Annex III hat der Auftraggeber für die Bereitstellung des Materials in der unter 6.1 Annex III vereinbarten Qualität zu sorgen, welches für das Leistungs-Testprogramm benötigt wird. Dem Protokoll über Montage und Inbetriebnahme vom 9. Juni 2009 ist zu entnehmen, dass die Glaszusammensetzung nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach und der Dosiertrichter, durch ein grosses, sperriges Eisenglasstück verstopft wurde.

22 Zwischenfazit: Da die Beklagte die von ihr geschuldeten Verpflichtungen demnach nicht erfüllt hat, war es der Klägerin gar nicht möglich, die garantierte Verarbeitungsleistung von 5,0 Tonnen zu erbringen.

2.6.2. Erreichen der Leistungsgarantien ist nicht Voraussetzung für Abnahme

23 In Ziff. 3 der Widerklage behauptet die Beklagte, das Erreichen der Leistungsgarantien sei Voraussetzung für die Abnahme. Wie unter Rz 20 dargelegt, wird dies laut Art. 8.3 des Lieferungsvertrags nicht in jedem Fall vorausgesetzt. Art. 8.3 des Lieferungsvertrags statuiert ausdrücklich, dass der Auftragnehmer nach der Abnahme von all seinen Verpflichtungen, ausgenommen der Verpflichtung aus Gewährleistung, befreit ist. Auch diese Regelung, dass nach der Abnahme noch Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden können, spricht dafür, dass das Erreichen der Leistungsgarantien nicht vorausgesetzt ist.

2.6.3. Reparaturen bis Ende November hindern Abnahme nicht

24 Der Trichtereingang wurde bei der Inbetriebnahme blockiert und verbeult, da die Beklagte Glas, welches nicht den vertraglichen Vorgaben entspricht, einführte. Im Protokoll über Montage und Inbetriebnahme vom 9. Juni 2010 vereinbarten die Parteien daraufhin, dass die aufgrund dieses Umstandes nötig gewordenen Reparaturen bis Ende November 2010 von der Klägerin ausgeführt werden sollen. Diese Abmachung ist nicht als Eingeständnis der Nicht- bzw. Schlechterfüllung des Lieferungsvertrages von Seiten der Klägerin zu werten, da aus dem Protokoll klar hervorgeht, dass die Notwendigkeit dieser Reparaturen im Verschulden der Beklagten liegt. Es handelt sich somit um eine separate, vom Lieferungsvertrag unabhängige Abmachung, die keine Auswirkungen auf die Abnahmefiktion nach Art. 8.3 des Lieferungsvertrags hat.

2.6.4. Abnahme ist erfolgt

25 Aufgrund der in Art. 8.3 des Lieferungsvertrags statuierten Abnahmefiktion, fällt die Abnahme auf den 22. Juni 2010 und die erste Rate ist somit am 31. Juli 2010 geschuldet (vgl. Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag).

2.7. Fälligkeit des Gesamtbetrages

26 Vom Grundsatz, dass der Gläubiger beim zweiseitigen Vertrag nur für die bereits verfallenen Raten nach Art. 107 OR vorgehen kann, darf ausnahmsweise abgewichen werden, wenn auch die künftige Vertragserfüllung als ausgeschlossen erscheint (BGE 119 II 135 E. 3 S. 140). Sowohl im Schreiben vom 7. März 2011, als auch in der Widerklage vom 17. Mai 2011 hat die Beklagte den Vertragsrücktritt erklärt und fordert den geleisteten Betrag von CHF 500'000 zurück. Es ist somit klar, dass auch die weiteren Ratenzahlungen nicht beglichen werden. Aus den dargelegten Gründen fordert die Klägerin den Gesamtbetrag von CHF 3'500'000.

2.8. Anspruch auf Zahlung der Zinsen

27 Laut Art. 4.3 des Lieferungsvertrags schuldet der Auftraggeber dem Auftragnehmer bei Zahlungsverzug Verzugszinsen in der Höhe von 12% für die ausstehende Summe. Schuldnerverzug setzt die Fälligkeit der Schuld voraus (BUCHER, OR AT, S. 355). Wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde, so kommt der Schuldner laut Art. 102 Abs. 2 OR schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug. Wie unter Rz 25 erläutert, wurde die erste Rate am 31. Juli 2010 fällig. Diese erste Rate wurde von der Beklagten am 8. November 2010 beglichen.

28 Seit Juni 2010 stellt die Klägerin monatlich Rechnung über CHF 100'000, zahlbar innert 30 Tagen. Sie stützt sich dabei auf Art. 4.2.4 des Lieferungsvertrags. Seit der Rechnung vom 19. Juli 2010, welche folglich am 19. August fällig wurde, beglich die Beklagte keine weiteren Rechnungen mehr. Gemäss Art. 102 Abs. 2 OR befindet sich die Beklagte somit seit dem 19. August 2010 im Verzug.

29 Ein Leistungsverweigerungsrecht i.S.v. Art. 82 OR entfällt. Die Beklagte ist auf Grund des vereinbarten speziellen Zahlungsmodus vorleistungspflichtig, da die Raten gemäss Art. 4.2.2 zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme geschuldet sind.

2.9. Fazit

30 Die Klägerin hat Anspruch auf Leistung des Gesamtvertragspreises.

3. Kein Anspruch auf Rückleistung der bezahlten Raten

3.1. Ausgangslage

31 Die Beklagte verlangt in ihrer Widerklage gestützt auf die Art. 366 Abs. 1 und 368 Abs. 1 OR die Rückzahlung der von ihr geleisteten Anzahlungen sowie der ersten Monatsrate, was insgesamt eine Summe von CHF 500'000 ergibt.

3.2. Ausschluss des Rücktritts nach Art. 366 Abs. 1 OR

32 Die Beklagte macht gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR einen Vertragsrücktritt *ex tunc* geltend, da die Klägerin ihrer Meinung nach weit hinter dem Terminplan liegt. Bei OR 366 I handelt es sich um eine besondere Verzugsregel, die bereits *vor* Eintritt des Ablieferungstermins greift (HUGUENIN, OR BT, N 628). Ablieferung und Abnahme im Sinne des Gesetzes sind korrelative Begriffe, da sie ein und denselben Vorgang bezeichnen, je nachdem, ob es aus der Perspektive des Bestellers (Annahme) oder des Unternehmers (Ablieferung) betrachtet wird (GAUCH, N 97).

33 Gemäss Art. 5.2 des Lieferungsvertrags ist der Tag des Inkrafttretens des Vertrags Ausgangspunkt für alle Fristen. Der Vertrag ist gemäss Art. 19 des Lieferungsvertrags am 22. Oktober 2009 in Kraft getreten. In ihrer Widerklage führt die Beklagte aus, dass der Projektzeitplan gemäss Art. 5 des Lieferungsvertrags und Annex II nicht eingehalten worden sei. Dem Annex II ist zu entnehmen, dass die Abnahme spätestens nach 8 Monaten seit dem Inkrafttreten des Vertrags, somit am 22. Juni 2010, erfolgt sein muss. Wie unter **Rz 25** dargelegt, fand die Abnahme am 22. Juni 2010 und folglich fristgerecht, statt. Selbst wenn die Beklagte, wie in Ziff. 13 der Widerklage ausgeführt, der Ansicht ist, die Ablieferung habe noch nicht stattgefunden, ist die Berufung auf Art. 366 Abs. 1 OR ausgeschlossen, da der Ablieferungstermin weit vor dem Zeitpunkt der Widerklage datiert. Die Abnahme ist am 22. Juni 2010 erfolgt, womit die Anwendung des Art. 366 Abs. 1 ausser Betracht fällt.

34 Als weiteren Grund für die Berufung auf Art. 366 Abs. 1 OR führt die Beklagte an, dass die Klägerin auf Grund der konzeptionellen Mängel des Glasbrechersystems überhaupt nie in der Lage sein würde, vertragsgemäss zu erfüllen (Ziff. 15 Widerklage). Hierbei übersieht die Beklagte, dass dieser Tatbestand nicht von Art. 366 Abs. 1 OR, sondern von Art. 366 Abs. 2 OR erfasst wird. Art. 366 Abs. 1 und Abs. 2 OR regeln zwei verschiedene Tatbestände und je nach dem, welcher davon sich verwirklicht hat, kommt die eine oder andere Bestimmung zur Anwendung (GAUCH, N 894a). Der vorzeitige Rücktritt kann gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR nicht greifen.

3.2.1. Beklagte befindet sich im Gläubigerverzug

35 Selbst wenn man der Ansicht der Beklagten folgen würde, wonach das Erreichen der Leistungsgarantien Voraussetzung für die Abnahme (Widerklage Ziff. 3) sei und diese daher nicht fristgerecht stattgefunden habe, befindet sich die Klägerin nicht im Verzug. Die Tatsache, dass die Leistungsgarantien nicht erreicht werden konnten, liegt nämlich allein in der Verantwortung der Beklagten (vgl. Rz 21 f.).

36 Gemäss Art. 91 OR gerät der Gläubiger in Verzug, wenn er die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert. Das Bereitstellen des Schrottglases in der qualitativ richtigen Zusammensetzung stellt laut Art. 3 des Lieferungsvertrages eine vertragliche Pflicht der Beklagten dar, ohne die die Klägerin ihrerseits nicht erfüllen kann. Wenn bereits das Unterlassen der Vornahme einer Obliegenheit den Gläubigerverzug herbeiführen kann, dann erst Recht die Verletzung einer vertraglichen Pflicht.

37 Damit der Gläubigerverzug eintritt, muss der Schuldner die Leistung gehörig, d.h. die richtige Leistung zur richtigen Zeit am richtigen Ort durch die richtige Person dem richtigen Leistungsempfänger, anbieten (HUGUENIN, OR AT, N 705). Alle Voraussetzungen von Art. 91 OR sind erfüllt und die Beklagte befindet sich somit im Gläubigerverzug. Durch Gläubigerverzug wird Schuldnerverzug ausgeschlossen (GAUCH et al., N 2449).

3.2.2. Anspruch der Beklagten auf Zinsen entfällt

38 Die Klägerin beansprucht in ihren Rechtsbegehren auf den Betrag von CHF 400'000 seit dem 18. Dezember 2009 und auf den Betrag von CHF 100'000 seit dem 8. November 2010 die Bezahlung von 12% Zinsen. Ein Anspruch der Beklagten auf 12% Zins im Verzugsfall ist dem Lieferungsvertrag nicht zu entnehmen. Wie unter Rz 35 ff. ausgeführt, befindet sich die Klägerin nicht im Verzug, womit auch kein Anspruch auf die gesetzlichen Verzugszinse nach Art. 104 Abs. 1 OR (5%) besteht.

3.3. Ausschluss des Rücktrittrechts nach Art. 368 Abs. 1 OR

39 Die Beklagte möchte in analoger Anwendung von Art. 368 Abs. 1 OR einen Rücktritt geltend machen, da bereits vor Ablieferung voraussehbar sei, dass ein unvermeidbarer Mangel sie nach Ablieferung des Werks zur Wandlung berechtigen werde. Dazu ist zuerst anzumerken, dass die Ablieferung des beendeten Werks Voraussetzung für die Anwendung dieses Artikels ist (BGE 117 II 259 E. 2 S. 263). Die Beklagte hat bisher stets geltend gemacht, es habe keine Ablieferung bzw. Abnahme und folglich keine Erfüllung stattgefunden. Die analoge Anwendung von Art. 368 Abs. 1 OR erscheint widersprüchlich, da Art. 368 Abs. 1 OR den

Fall der Schlechterfüllung regelt und somit a priori eine Erfüllung vorliegen muss. Auf das Erfordernis der Erfüllung kann bei der Anwendung von Art. 368 Abs. 1 nicht verzichtet werden, da ansonsten die Einräumung des Rücktrittsrechts aufgrund Nichterfüllung nach Art.107 Abs. 2 OR obsolet wäre.

3.3.1. Fehlende Mangelhaftigkeit

40 Vorstehend wurde die Anwendung von Art. 368 Abs.1 OR verneint. Sollte das Gericht wider Erwarten der Meinung der Beklagten folgen, ist festzuhalten, dass es an der Voraussetzung der Mangelhaftigkeit fehlt. Das Vorliegen eines Mangels wird bejaht, „wenn das Werk vom Vertrag abweicht, wenn ihm eine zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte und voraussetzbare Eigenschaft fehlt“ (BGE 114 II 239 E. 5 S. 244). Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe versprochen, dass unabhängig davon, mit welchen anderen Materialien es auch verbunden sei, das neue Glasbrechersystem 5,0 Tonnen Glas pro Stunde verarbeiten könne. Genau diese Leistung sei jedoch aus grundlegenden und nicht behebbaren konzeptionellen Mängeln des Glasbrechersystems nie erreicht worden. In Art. 6.1 von Annex III steht ausdrücklich geschrieben, dass die garantierten Leistungsdaten nur unter den dort festgehaltenen Vorbedingungen zu erbringen sind. Das Vorliegen eines Mangels ist demnach zu verneinen.

3.3.2. Leistungsgarantien wurden erreicht

41 Des Weiteren ist es eine unbestrittene Tatsache, dass die vereinbarten Leistungsgarantien anlässlich des zweiten Inbetriebnahmeversuchs vom 28. November 2010 während vier Stunden sogar überschritten wurden. Erst nachdem Herr Kummer die Anlage verliess, sank die Leistung wieder ab. Dies lässt darauf schliessen, dass die von der Beklagten bereitgestellte Glasmischung wie bereits beim ersten Inbetriebnahmeversuch wieder nicht den vertraglichen Vorgaben entsprach. Schlussendlich betrug der Leistungsdurchschnitt des gesamten Inbetriebnahmeversuchs, inklusive der vier anfänglichen Stunden, noch 3.7 Tonnen pro Stunde. Diese grosse Diskrepanz zum anfänglichen Leistungsdurchschnitt während der Anwesenheit von Herrn Kummer, untermauert den geäusserten Verdacht, dass die falsche Glasmischung eingespiessen wurde.

3.3.3. Verantwortlichkeit des Bestellers

42 Nach Art. 369 OR fallen die Mängelrechte dahin, wenn der Besteller die Mängel selber zu verschulden hat. Dazu muss der Besteller an der Entstehung des Werkmangels mit einer Ursache beteiligt sein, für die er einstehen muss und die für den betreffenden Mangel alleine

massgeblich ist. Als mögliche Ursache kommt ein Fehlverhalten des Bestellers oder ein anderer Umstand, der dem Besteller zuzurechnen ist, infrage (GAUCH, N 1917 f.).

43 Wie bereits unter Rz 21 f. erläutert, liegt die Bereitstellung der vertraglich definierten Glasmischung in der Verantwortung der Beklagten, womit die Geltendmachung der Mängelrechte nach Art. 369 OR ausgeschlossen ist.

3.4. Fazit

44 Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Raten.

III Prozessualer Teil

1. Häufige Teilung des Kostenvorschusses

1.1. Ausgangslage

45 Bezüglich des Schreibens vom 13. September 2011, worin die Beklagte darlegt, dass sie nicht bereit sei, ihren Kostenvorschussanteil im Betrag von CHF 125'000.- zu leisten, wird wie folgt Stellung genommen: Die Schiedsvereinbarung begründet die gegenseitige Pflicht der Parteien, am Schiedsverfahren mitzuwirken, sich also auch am Kostenvorschuss zu beteiligen (GLOSSNER/BREDON/BÜHLER, § 114). Aus Art. 12.1 des Lieferungsvertrages geht hervor, dass die Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer gilt.

1.2. Schiedsvereinbarung nach Art. 178 IPRG

46 Die Schiedsvereinbarung ist vom Hauptvertrag unabhängig (Art. 178 Abs. 3 IPRG; WALTER, S. 543; FRANK/STRÄULI/MESSMER, S. 782 N 29). Weil die Schiedsvereinbarung Grundlage für die Kostenvorschusspflicht ist, setzt die Verurteilung zu dessen Erfüllung voraus, dass das Schiedsgericht vorfrageweise die Existenz der Schiedsvereinbarung prüft (STACHER, AJP, S. 125, 126).

47 Die Schiedsvereinbarung ist die Übereinkunft, mit der sich mindestens zwei Parteien einigen, „eine oder mehrere bestehende Rechtsstreitigkeiten oder in Zukunft möglicherweise entstehende Rechtsstreitigkeiten verbindlich und unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit dem mit urteilsgleicher Wirkung ausgestatteten Entscheid einer oder mehrerer privater Personen zu unterstellen“ (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 3; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 N 12; BGer 4P.253/2003 E. 5.1). Zwei gleichgesetzte Rechtssubjekte begründen materiell-rechtlich gewisse Leistungs- und Unterlassungspflichten. Die Parteien versprechen sich unter anderem die Mitwirkung bei der Schiedsrichterbestellung und die Leistung von Kostenvorschüssen (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 4).

1.3. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

1.3.1. Materielle Gültigkeit

48 Materiell ist die Schiedsvereinbarung nach Art. 178 Abs. 2 gültig, wenn sie entweder dem von den Parteien gewählten Recht, dem auf die Streitsache anwendbaren Recht oder dem schweizerischen Recht entspricht (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 24; POUURET/BESSON, N 295). Die Parteien können das geltende Recht selber wählen. In Art. 12.3 Lieferungsvertrag wird festgelegt, dass das schweizerische Recht gelten soll. Die Schiedsvereinbarung ist soweit materiell gültig.

1.3.2. Formelle Gültigkeit

49 Auch die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ist gegeben, da sie dem Formerfordernis der Schriftlichkeit genügt (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 6). Im vorliegenden Fall ist die Schiedsvereinbarung im Vertrag selber geregelt, der wiederum schriftlich vorliegt. Der Formzwang ist im Umfang der *essentialia negotii* zu wahren. Diese erfassen die Abrede der schiedsgerichtlichen Streitentscheidung und die Bezeichnung des der schiedsgerichtlichen Streiterledigung unterworfenen Rechtsverhältnisses (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 9). *E contrario* lässt sich also sagen, dass die Anteile am Kostenvorschuss nicht spezifisch geregelt werden mussten.

1.4. Häufige Teilung als grundsätzliche Regelung

50 Gemäss der Schiedsvereinbarung in Art. 12 des Lieferungsvertrags findet vorliegend die Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer Anwendung. Die Parteien, welche eine Swiss Rules Schiedsvereinbarung abschliessen, akzeptieren, dass sie sich häufig am Kostenvorschuss beteiligen müssen, wenn das Schiedsgericht sie dazu auffordert. Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules sieht die häufige Teilung des Kostenvorschusses vor. Die häufige Teilung des Kostenvorschusses wird auch in der Praxis angewandt und ist in vielen gebräuchlichen Schiedsordnungen so vorgesehen (vgl. Art. 41 Abs. 1 UNCITRAL Rules; Art. 30 Abs. 3 ICC Rules; Art. 70 lit. A WIPO Rules; BERGER/KELLERHALS, N 1446; GIRSBERGER/VOSER, N 712; PFISTERER/SCHNYDER, S. 89; SCHLOSSER, S. 466 N 610). Die Beklagte weicht hier bewusst zu ihrem Vorteil von einer in der Praxis etablierten Regel ab.

1.5. Anerkennung der häufigen Teilung des Kostenvorschusses

51 Bei der Tätigkeit eines Geschäfts (Lieferungsvertrag vom 22. September 2009) mit Schiedsklausel (Art. 12 Lieferungsvertrag) liegt eine gültige Willensäusserung über den

Abschluss einer Schiedsvereinbarung vor (ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 N 22; BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 8; BGer 4P.67/2003 E. 2.3). Die Schiedsklausel ist im Vertrag selber und nicht im Anhang oder in einem anderen Dokument enthalten. Durch die Unterzeichnung des Vertrages erklärt die Beklagte ihr Einverständnis zur Formulierung des Art. 12.1 des Lieferungsvertrags.

- 52 Die Klägerin darf deshalb aus der Zustimmung der Gegenpartei zur Schiedsvereinbarung schliessen, dass diese nicht nur auf Streitigkeiten aus dem Hauptvertrag, sondern auch auf Streitigkeiten aus der Schiedsvereinbarung anwendbar sein soll (STACHER, AJP, S. 125, 126). Die Pflicht zur Mitwirkung im Schiedsverfahren, insbesondere die Verpflichtung zur Zahlung des Prozesskostenvorschusses, ergibt sich aus der Schiedsvereinbarung, damit diese ihr Ziel erreichen kann (SCHWAB/WALTER, S. 60, N 21). Die Leistung des eigenen Kostenvorschussanteils ist nicht eine Obliegenheit der Partei, sondern stellt eine Pflicht gegenüber der anderen Partei dar (STACHER in: ZUBERBÜHLER et al., S. 346 N 20).
- 53 Die Beklagte war sich ihrer schuldrechtlichen Pflicht im Betrag von CHF 4 Mio. bewusst und sie hätte im Streitfall mit einem potentiellen Streitwert von CHF 3.5 Mio. rechnen müssen. Hätte die Klägerin die hälftige Teilung des Kostenvorschusses vermeiden wollen, hätte sie bei Vertragsschluss auf eine entsprechende Klausel bestehen sollen. Da sie dies unterlassen hat, hat sie die hälftige Teilung des Kostenvorschusses stillschweigend akzeptiert.
- 54 Im Übrigen fällt die Berechtigung, die Höhe des Vorschusses jeder Partei zu bestimmen, in die Kompetenz des Schiedsgerichts (vgl. Art. 182 Abs. 2 IPRG: Die Kompetenz des Schiedsgerichts, das Verfahren festzulegen; BERGER/KELLERHALS, N 1446/7, RÜEDE/HADENFELDT, S. 290). Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, dass die Beklagte der Aufforderung des Schiedsgerichts nicht Folge leistet bzw. dessen Kompetenz nicht respektiert und die Anteile am Kostenvorschuss selber bestimmen will.

1.6. Gleichheitsgebot

- 55 Die Anträge der Klägerin sollen auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot gutgeheissen werden. Der Anspruch auf Gleichstellung der Parteien im Verfahren vor dem Schiedsgericht ist in der gesetzlichen Ordnung als zwingendes Recht festgelegt (Art. 182 Abs. 3 IPRG; RÜEDE/HADENFELDT, S. 212; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, S. 125; BGer 4P.2/2003 E. 3.2). Das Schiedsgericht muss beide Parteien im Verfahren gleich behandeln, und darf daher nicht nur einer Partei, etwa der Klägerin, den vollen Vorschuss abverlangen (RÜEDE/HADENFELDT, S. 223). Wenn die Klägerin, gemäss dem Schreiben der Beklagten vom 13. September 2011, 7/8 des Kostenvorschusses übernehmen sollte, könnte keineswegs von einer Gleichbehandlung gesprochen werden, zumal ein Anteil von 7/8 beinahe den ganzen

Kostenvorschusses umfasst. Es ist deshalb nicht akzeptabel, dass sich die Beklagte der vom Schiedsgericht auferlegten Kostenverteilung widersetzt.

1.7. Keine sachlichen Gründe

56 Nachdem die Beklagte Widerklage eingereicht hat, hat gemäss Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules das Schiedsgericht die Möglichkeit, nach freiem Ermessen separate Vorschüsse festzusetzen. Dem Ermessen des Schiedsgerichts wird aber insoweit eine Schranke gesetzt, als die Vorschüsse nur dann nicht gleichmässig verteilt sein müssen, wenn es nach den Umständen angemessen erscheint (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, S. 800 N 76).

57 Ausnahmsweise kann eine ungleiche Aufteilung gerechtfertigt sein, falls eine Widerklage erfolgt, die mit erheblichem Aufwand verbunden ist (PFISTERER/SCHNYDER S. 89). Nun liegt aber keine solche Ausnahme vor, da hier nicht in der Widerklage, sondern in der Klage CHF 3.5 Mio. geltend gemacht werden und die Widerklageforderung CHF 500'000.- beträgt.

58 Auch scheint es keineswegs angemessen, dass solche separate Vorschüsse festgesetzt werden, denn es ergeben sich keine sachlichen Gründe dafür, welche das Gleichbehandlungsgebot (Rz 55) hinter eine unterschiedliche Behandlung der Parteien stellen würden.

59 Insbesondere ist das Argument der Beklagten, der Streitwert würde künstlich erhöht, zu verwerfen. Mit dieser Begründung verletzt sie ein elementares Prinzip des Schiedsverfahrens, indem sie sich zum Richter in eigener Sache macht (JARVIN, S. 158). Die CHF 700'000.- sind Bestandteil der insgesamt geforderten Leistung von CHF 3.5 Mio. Gemäss Rz 26 ist der ganze Betrag fällig und geschuldet. Die Klägerin ist der Beklagten mit günstigen Leistungskonditionen entgegengekommen, was die Beklagte hier auszunutzen versucht. Die Geltendmachung des ganzen fälligen Betrag von CHF 3.5 Mio. kommt keiner künstlichen Erhöhung des Streitwertes gleich.

60 Zudem macht die Klägerin eine gerechtfertigte Klageforderung geltend, weil die Beklagte den gemeinsamen Vertrag verletzt hat und der Klägerin dadurch ein grosser vermögensrechtlicher Schaden entstanden ist. Darüber hinaus ist die Klage nicht aussichtslos, zumal die Vertragsverletzung durch die Beklagte erfolgt ist.

1.8. Fazit

61 Für eine Abweichung vom Grundsatz der hälftigen Teilung liegen keine sachlichen Gründe vor, vielmehr würde dadurch das Gleichheitsgebot verletzt. Die Klägerin hat einen Anspruch auf hälftige Teilung des Kostenvorschusses gegenüber der Beklagten. Der Antrag der Klägerin ist gutzuheissen.

2. Anspruch auf Rückerstattung des Anteils am Kostenvorschuss

2.1. Ausgangslage

62 Für den Fall, dass das Schiedsgericht die Beklagte wider Erwarten nicht zur Leistung ihres
Anteils am Kostenvorschuss verurteilt, würde die Klägerin dazu gezwungen, den ganzen
Kostenvorschuss zu leisten. Für diesen Fall fordert die Klägerin von der Beklagten die
Rückerstattung des von ihr vorgeleisteten Betrages im Umfang von CHF 125'000.- zuzüglich
5% Zins.

2.2. Widersprechendes und arglistiges Verhalten

63 Im Verfahrensbeschluss Nr. 2 setzt das Schiedsgericht in Anwendung des Art. 41 Abs. 4
Swiss Rules der Klägerin eine Frist zur Sicherstellung des restlichen Teils des
Kostenvorschusses. Wird diese Frist nicht eingehalten, beschliesst das Schiedsgericht dann
die Unterbrechung oder Sistierung des Schiedsverfahrens.

Da die Beklagte ihre Leistung verweigert, führt das nun zur zwangsweisen Bezahlung des
beklagtischen Anteils am Kostenvorschuss durch die Klägerin.

64 Das Verhalten der Beklagten erscheint widersprüchlich, weil sie sich zum einen zur
Mitwirkung verpflichtet und andererseits genau diese Pflicht verletzt. Ohnehin ist die
Versuchung für die Beklagte gross, sich des Anteils am Vorschuss zu entziehen, weil die
Swiss Rules keine effektiven Mittel dagegen beinhalten (JARVIN, S. 157).

65 Die Beklagte ist sich bewusst, dass die Klägerin ein grosses Interesse an der Weiterführung
des Verfahrens hat. Sie leistet ihren Kostenvorschussanteil arglistig nicht, damit gemäss Art.
41 Abs. 4 Swiss Rules die Klägerin aufgefordert wird, den noch fälligen Teil zu bezahlen, um
den Fortgang des Schiedsverfahrens sicherzustellen (ZK IPRG-VISCHER, Art. 182 N 10).

66 Durch dieses entstandene Ungleichgewicht, einerseits das einfache Nichtstun der Beklagten
und andererseits die Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Klägerin, erwirbt letztere
einen klagbaren Anspruch gegen die Beklagte auf Rückerstattung.

2.3. Vorsorgliche und sichernde Massnahmen

67 Eventualiter sollen vorsorgliche und sichernde Massnahmen durch das Schiedsgericht
angeordnet werden. Die Klägerin kann dadurch i.S.v. Art. 183 Abs. 1 ihr Rückgriffsrecht
sicherstellen (JARVIN, S. 159). Die Kompetenz zur Regelung vorsorglicher Massnahmen liegt
beim Schiedsgericht, da keine Parteivereinbarung vorliegt (Art. 183 Abs. 1 IPRG ;
FRANK/STRÄULI/MESSMER, S.798 N 72).

68 Voraussetzung ist, dass die angeordnete vorsorgliche Massnahme auch erfüllt werden kann und ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil auf der einen Seite entsteht (SCHWAB/WALTER, S. 160, N 5).

69 Der verlangte Kostenvorschussanteil im Betrag von CHF 125'000.- kann von der Beklagten durchaus erbracht werden. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die Beklagte finanziell nicht dazu in der Lage wäre, den Kostenvorschuss zu leisten. Sie beschwert sich lediglich über die Verteilung und die Höhe des Streitwerts, der diesen Kostenvorschuss bedingt. Bei der Klägerin entsteht eine grosse finanzielle Last, da sie ohnehin schon auf die Bezahlung von CHF 3.5 Mio. wartet. Durch die zusätzliche Bezahlung des beklagten Kostenvorschussanteils von CHF 125'000.- würde sich die finanzielle Lage der Klägerin erheblich verschlechtern, weil das Unternehmen flüssige Mittel braucht, um die Geschäfte und Tätigkeiten aufrecht zu erhalten.

70 Dieses Ungleichgewicht ist stossend, weshalb für die Klägerin ein klagbarer Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten besteht.

2.4. Fazit

71 Der Klägerin steht ein klagbarer Anspruch auf Rückerstattung des für die Beklagte vorgeleisteten Anteils am Kostenvorschuss im Betrag von CHF 125'000.- zuzüglich Zins zu.

3. Anspruch auf Vorlage des Vertrags

3.1. Ausgangslage

72 Die Klägerin verlangt die Herausgabe des zwischen der Beklagten und einem Schrotthändler geschlossenen Vertrags, welchen Herr Fuchs gemäss Protokoll zum 2. Inbetriebnahmeversuch von 29. November 2010 erwähnt hat. Bezüglich der Beweisaufnahme berücksichtigt das Schiedsgericht die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (2010).

3.2. Beweisverfahren vor dem Schiedsgericht

73 Das Beweisverfahren vor Schiedsgericht ist in der Regel Bestandteil der Verfahrensordnung nach Art. 182 IPRG (ZK IPRG-VOLKEN, Art. 184 N 9). Art. 184 Abs. 1 IPRG hält fest, dass die Beweisabnahme Sache des Schiedsgerichtes ist. Der Umfang der Beweiserhebung wird in erster Linie durch die von den Parteien angebotenen Beweismittel bestimmt (RÜEDE/HADENFELDT, S. 261). Für das schiedsgerichtliche Verfahren kommen alle

Beweismittel in Betracht, die die massgebende Verfahrensordnung kennt (RÜEDE/HADENFELDT, S. 262).

74 Dokumente gelten als das zuverlässigste Beweismittel (SCHWAB/WALTER, S. 127 N 22). Unter Urkunden/Dokumenten wird im internationalen Schiedsgericht jede Art von festgehaltener Information verstanden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie auf Papier, mithilfe elektronischer Mittel, durch Ton-oder Bildaufnahmen oder durch andere mechanische oder elektronische Verfahren zur Aufzeichnung oder Wiedergabe aufgezeichnet oder festgehalten werden (PFISTERER/SCHNYDER, S. 96; vgl. auch IBA Regeln). Der Vertrag zwischen der Beklagten und dem Schrotthändler ist ein solches Dokument und gehört somit zu den zuverlässigsten Beweismitteln.

75 Nach Art. 24 Abs. 2 Swiss Rules kann das Schiedsgericht eine Partei auffordern, ihm sowie der anderen Partei eine Aufstellung der Schriftstücke und anderer Beweismittel vorzulegen, auf die sich die betreffende Partei zum Nachweis strittiger Tatsachen zu berufen beabsichtigt. Die Klägerin fordert, dass das Schiedsgericht die Beklagte zur Vorlegung des Vertrags verpflichten soll, da die Klägerin mittels dieses Vertrags beweisen kann, dass die Glaszusammensetzung wie schon bei der Inbetriebnahme im Juni 2010 nicht den vertraglichen Vorbedingungen entsprach und der Fehler ganz klar auf Seiten der Beklagten liegt.

76 Ein Schiedsgericht vermag nur so lange wirksam zu arbeiten, als die Beteiligten sich seinen Anordnungen freiwillig unterziehen (ZK IPRG-VOLKEN, Art. 184 N 5). Dem Schiedsgericht fehlt somit jegliche Zwangsgewalt (WALTER, S. 249). Die Klägerin macht hier aber geltend, dass es in Kontinental-Europa anerkannt wird, dass man bei der Vorlage von Dokumenten von einer allgemeinen Verfahrensregel im internationalen Schiedsrecht sprechen kann, die sich aus der Pflicht der Parteien ergibt, nach Treu und Glauben am Verfahren mitzuwirken (DE BOISSESON, N 751; ICC Schiedsspruch Nr. 1434, Clunet 1976, 982 i.f.).

3.3. Beklagte verletzt vertragliche Pflicht bei Nichtvorlage von Beweisen

77 Nach Art. 11.2 Lieferungsvertrag sind Vereinbarungen, die nach dem Datum der Unterzeichnung des Vertrags erfolgen, als Vertragsergänzung anzusehen. Dies gilt jedoch nur unter der Bedingung, dass diese schriftlich erfolgte und durch einen bevollmächtigten Vertreter beider Vertragsparteien unterzeichnet ist. Das Protokoll über den 2. Inbetriebnahmeversuch in der Beilage B-1 ist eine solche Vereinbarung nach Vertragsschluss, welche schriftlich erfolgte und von den bevollmächtigten Vertretern beider Parteien (A. Kummer für die Klägerin und S. Fuchs für die Beklagte) unterzeichnet wurde. Es liegt

demnach eine Vertragsergänzung vor. Sollte die beklagte Partei den Vertrag nicht vorlegen, verletzt sie folglich eine vertragliche Pflicht.

3.4. Vorlage des Vertrages nach IBA-Regeln

78 Häufig kann eine Partei den von ihr zu führenden Beweis mit eigenen Dokumenten nicht erbringen, weiss aber, dass die Gegenpartei das ihr fehlende Dokument in ihrem Besitz hat (RAESCHKE-KESSLER, S. 48). Die Voraussetzungen, unter welchen die Klägerin von der Beklagten die Vorlage des Vertrags verlangen kann, sind in Art. 3 Abs. 2-9 aufgeführt und werden nachfolgend geprüft. Der Antrag der Klägerin richtet sich an das Schiedsgericht (RAESCHKE-KESSLER, S. 49):

79 Art. 3 Abs. 3 lit. a (i) verlangt eine Beschreibung jedes vorzulegenden Dokuments, die dessen Identifizierung ermöglicht. Die Klägerin hat das Dokument als Vertrag bezeichnet, der die Lieferung von Schrottglass zwischen der Beklagten und dem Schrotthändler beinhaltet. Diese Identifizierung erfolgt aufgrund der Aussage von Herrn Fuchs in der Beilage B-1. Demzufolge ist die Identifizierung zweifelsohne möglich. Eine detaillierte Beschreibung nach Art. 3 Abs. 3 lit. a (ii) ist nicht erforderlich.

80 Gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. b soll erklärt werden, inwiefern die vorzulegenden Dokumente für den Fall relevant und wesentlich für dessen Entscheidung sind. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die herausverlangten Dokumente dazu bestimmt sind, die eigenen Behauptungen des Antragstellers zu stützen oder im Gegenteil dazu dienen sollen, die Behauptungen des Antraggegners oder einer anderen Partei des Schiedsverfahrens zu widerlegen (RAESCHKE-KESSLER, S. 52). Aus Sicht der Klägerin handelt es sich bei dem Vertrag zwischen der Beklagten und einem ihrer Kunden im Bereich der Glassammlung zweifelsohne um ein relevantes Dokument. Nur durch dessen Vorlage kann die Lieferung des verarbeiteten Schrottglases eruiert werden und nachgewiesen werden, dass es sich dabei um eine Glaszusammensetzung handelte, die nicht den vertraglichen Bedingungen entsprach.

81 Art. 3 Abs. 3 lit. c (i) verlangt eine Erklärung, dass sich die vorzulegenden Dokumente nicht im Besitz, Gewahrsam oder in der Verfügungsmacht der die Vorlegung begehrenden Partei befinden oder eine Erklärung, warum es für die die Vorlegung verlangende Partei einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten würde, die Dokumente selbst vorzulegen. Die Klägerin erklärt hiermit, dass der genannte Vertrag sich nicht in ihrer Verfügungsgewalt, sondern im Gewahrsam der Beklagten befindet. Der Vertrag wurde zwischen der Beklagten und einem ihrer Schrotthändler geschlossen, worauf die Klägerin keinen Zugriff hat. Es bestehen, wie bereits erwähnt, keine Zweifel darüber, dass dieser Vertrag existiert und dieser sich auch in der Verfügungsgewalt der Beklagten befindet. Das Beschaffen des Vertrags ist

für die Klägerin unmöglich, da sie keinen freien Zugriff auf fremde Daten hat. Selbst wenn es eine Möglichkeit gäbe, wäre diese mit einem unverhältnismässigen Aufwand behaftet.

82 Nach Art. 3 Abs. 3 lit. c (ii) soll die Angabe der Gründe erfolgen, aus denen die die Vorlegung begehrende Partei annimmt, dass sich die vorzulegenden Dokumente im Besitz, Gewahrsam oder in der Verfügungsmacht der anderen Partei befinden. Zu dieser Annahme ist die Klägerin berechtigt, da der Vertrag von einem bevollmächtigten Vertreter der Beklagten erwähnt wird und daraus zu schliessen ist, dass eine Zusammenarbeit mit dem Schrotthändler stattgefunden hat.

3.5. Fazit

83 Die Klägerin beantragt gestützt auf den Lieferungsvertrag, Art. 24 Abs. 2 Swiss Rules und Art. 3 Abs. 2 IBA-Regeln, die Beklagte sei vom Schiedsgericht aufzufordern, den genannten Vertrag vorzulegen.

84 Sollte die Beklagte dieser Editionsverfügung nicht nachkommen, soll das Schiedsgericht hieraus schliessen, dass der Vertrag den Interessen der Beklagten nachteilig ist (PFISTERER/SCHNYDER, S. 97; Art. 9 Abs. 5 IBA-Regeln).

4. Anspruch auf Vorlage jeder Korrespondenz

4.1. Ausgangslage

85 Die Klägerin verlangt die Herausgabe jeglicher Korrespondenz, welche die Beklagte mit dem besagten Schrotthändler geführt hat.

86 Die Ausführungen in den Randziffern 73 – 77 gelten hier ebenfalls.

4.2. Vorlage der Korrespondenz nach IBA-Regeln

87 Nach Art. 3 Abs. 3 lit. a (ii) soll eine ausreichend detaillierte Beschreibung (mit Inhaltsangabe) einer eng umschriebenen Kategorie von vorzulegenden Dokumenten erfolgen, für deren Existenz hinreichende Anhaltspunkte bestehen. Liegen Dokumente in elektronischer Form vor, kann die die Vorlegung begehrende Partei spezifische Dateien, Suchbegriffe, Personen oder andere Mittel zur effizienten und kostengünstigen Dokumentsuche benennen.

88 Die Kategorisierung der Dokumente erfolgt durch die detaillierte Beschreibung der Korrespondenz zwischen der Beklagten mit einem ihrer Schrotthändler. Spezifische Dateien

im Bereich der Glaszusammensetzung können mithilfe von Suchbegriffen wie „Schrottglass“ und „Schrotthändler“ ermittelt werden.

89 Die übrigen Voraussetzungen sind aus den oben genannten Gründen (Rz 78 - 82) auch hier erfüllt und eine Prüfung erübrigt sich.

4.3. Fazit

90 Die Beklagte ist dazu verpflichtet, jegliche Korrespondenz zwischen ihr und einem ihrer Kunden im Bereich der Glaszusammensetzung vorzulegen.

IV Die Widerklage ist abzuweisen

91 Im Sinne der erfolgten Ausführungen steht der Klägerin der gesamte ausstehende Vertragspreis in der Höhe von CHF 3'500'000.- zuzüglich Zinsen zu. Zudem hat die Beklagte dem Schiedsgericht und der Klägerin den oben genannten Vertrag und die Korrespondenz vorzulegen, sowie den hälftigen Kostenvorschuss zu leisten. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Rückleistung der bereits bezahlten Raten. Die Widerklage ist vollumfänglich abzuweisen.