

Brunner Recycling AG

Grenchenbachstrasse 34

6340 Baar

Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 9

Jakupi Ryve

Cantieni Gianna

Hofer Norina

Behluli Jehona

Einschreiben

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH - 8022 Zürich

18. April 2012

Klageantwort

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. *Es sei die Klage der Klägerin und Widerbeklagten vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
2. *Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 500'000.- zu bezahlen,
- zuzüglich Zins zu 12% seit dem 18. Dezember 2009 auf den Betrag von CHF 400'000.-;
- zuzüglich Zins zu 12% seit dem 8. November 2010 auf den Betrag von CHF 100'000.-.*
3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

INHALTSVERZEICHNIS

RECHTSBEGEHREN	I
INHALTSVERZEICHNIS	II
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IV
LITERATURVERZEICHNIS.....	VI
ENTSCHEIDVERZEICHNIS	X
I FORMELLES.....	1
<i>A. Vertretung</i>	1
<i>B. Frist</i>	1
II PROZESSUALER TEIL.....	1
<i>A. Fehlender Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses</i>	1
1. Ausgangslage	1
2. Keine Begründung einer Kostenvorschusspflicht durch die Schiedsvereinbarung	1
2.1. Die Mitwirkungspflicht der Parteien	1
2.2. Leistung des Kostenvorschusses als eine Obliegenheit.....	2
3. Separate Vorschüsse nach Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules	3
3.1. Separate Vorschüsse.....	3
3.2. Sachliche Gründe für eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung	4
4. Fazit	5
<i>B. Kein Anspruch auf Rückerstattung des Anteils am Kostenvorschuss</i>	5
1. Ausgangslage	5
2. Folgen der Nichtleistung (Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules)	5
2.1. Allgemeines.....	5
2.2. Bezahlung anstelle der säumigen Partei.....	6
3. Kein unechter Vertrag zugunsten Dritter	6
4. Vorsorgliche und sichernde Massnahmen	6
4.1. Fehlen der Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme	6
4.2. Teilentscheid nicht angebracht.....	8
5. Fazit	8
<i>C. Kein Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten</i>	9
1. Ausgangslage	9
2. Kein Herausgabeanspruch gemäss IBA-Rules	9
2.1. Fehlende Relevanz.....	9
2.2. Zwischenfazit	9
3. Kein Herausgabeanspruch aus Vertrag	10
4. Fazit	10

III	MATERIELLER TEIL	11
	<i>A. Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR</i>	11
	1. Ausbleiben der Erfüllung trotz Möglichkeit der Leistung	11
	1.1. Abnahme hat nicht stattgefunden	11
	1.2. Leistungsmöglichkeit	13
	2. Fälligkeit der Forderung	13
	3. Kein Leistungsverweigerungsrecht	14
	4. Verzug der Schuldnerin	14
	5. Fazit	15
	<i>B. Anspruch auf Rückzahlung der Raten aufgrund Vertragsrücktritts infolge Verzugs gem. Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR</i>	15
	1. Keine Nachfristansetzung nötig	15
	2. Verzichtserklärung erfolgte	16
	3. Unverzüglichkeitserfordernis gewahrt	16
	4. Fazit	17
	<i>C. Sachgewährleistung nach Art. 367 ff. OR</i>	17
	1. Ausgangslage	17
	2. Mangelhaftigkeit des Werks bei Ablieferung	17
	3. Fristgerechte Mängelrüge	17
	4. Kein Ausschlussgrund	17
	4.1. Kein Selbstverschulden nach Art. 369 OR	17
	4.2. Keine Wegbedingung der Mängelrechte durch Konventionalstrafe	18
	4.3. Keine konkludente Genehmigung des Werks	18
	5. Fazit	19
	<i>D. Anspruch auf Rückerstattung der Raten aufgrund Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR</i>	19
	1. Untauglichkeit des Werks zum beabsichtigten Gebrauch	19
	2. Fazit	19
	<i>E. Anspruch auf Zinsen aus Rückforderung des Werklohns</i>	19
IV	GESAMTFAZIT	20

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AAA Rules	American Arbitration Association
Aufl.	Auflage
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
E.	Erwägung
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
N	Randnote(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
Rn	Randnummer(n)

S.	Seite(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Rz	Randziffer(n)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht

LITERATURVERZEICHNIS

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich 2003

(zit. AUBERT/MAHON, Art. N), zit. unter Rz. 17

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

(zit. BERGER/KELLERHALS, N), zit. unter Rz: 15, 19, 29

BUCHER ANDREAS, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, Basel 1989

(zit. BUCHER, N), zit. unter Rz: 13, 27

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

(zit. BUCHER, OR AT, S.), zit. unter Rz: 74, 80

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

(zit. FRANK/STRÄULI/MESSMER, S. N), zit. unter Rz: 4

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

(zit. GAUCH, N), zit. unter Rz: 51, 91, 94, 96

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. 1 und 2, 9. Aufl., Zürich 2008

(zit. GAUCH et al., Bd, N), zit. unter Rz: 12, 60, 86

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: 4

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

(zit. GIRSBERGER/VOSER N), zit. unter Rz: 27

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

(zit. BSK IPRG-BEARBEITER, Art. N), zit. unter Rz: 4, 11

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, Art. N), zit. unter Rz: 47, 48

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

(zit. HUGUENIN, OR AT, N), zit. unter Rz: 10, 11, 12, 60

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts*, 3. Aufl., Bern 2009

(zit. KOLLER, OR AT, § Rn), zit. unter Rz: 86

KOLLER ALFRED, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, 3. Teilband, 1. Untertitelband, *Der Werkvertrag*, Art. 363-366 OR, Bern 1998

(zit. BK OR-KOLLER, Art. N), zit. unter Rz: 78

LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND CLAUDE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse: édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne 1989

(zit. LALIVE/POUDRET/REYMOND, S.), zit. unter Rz: 25

- LIONNET KLAUS/LIONNET ANNETTE, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl.
Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005
(zit. LIONNET/LIONNET, S.), zit. unter Rz: 6, 8
- MEIER ANDREA, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, ZStP Band/Nr. 273,
Zürich 2007
(zit. MEIER, N), zit. unter Rz: 20
- MÜLLER CHRISTOPH, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (Teil 2-4), Zürich
2010
(zit. MÜLLER, N), zit. unter Rz: 16
- PFISTERER STEFANIE/SCHNYDER ANTON K., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit,
Zürich/St.Gallen 2010
(zit. PFISTERER/SCHNYDER, S.) zit. unter Rz: 33, 37
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Droit comparé de l'arbitrage international,
Zürich 2002
(zit. POUDRET/BESSON, N), zit. unter Rz: 30
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980
(zit. RÜEDE/HADENFELDT, S.), zit. unter Rz: 11, 27
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Luzern
und Freiburg 2010
(zit. SCHMID/STÖCKLI, OR BT, N), zit. unter Rz: 83
- SCHWAB KARL HEINZ/WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit: systematischer
Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des
Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das
privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 7. Aufl., Bern 2005
(zit. SCHWAB/WALTER, S.), zit. unter Rz: 6

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern
2009

(zit. SCHWENZER, OR AT, N), zit. unter Rz: 50

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar,
Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010

(zit. BSK ZPO-Bearbeiter, Art. N) zit. unter Rz: 34

WALTER GERHARD, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2007

(zit. WALTER, S.), zit. unter Rz: 4

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: 19, 33

ENTSCHEIDVERZEICHNIS

- BGE 98 II 118 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung vom 11. April 1972. Zit. unter: Rz 91
- BGE 111 Ia 259 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung vom 8. November 1985. Zit. unter: Rz 13, 25
- BGE 117 II 259 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juli 1991. Zit. unter: Rz 82
- BGer 4P.253/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. März 2004. Zit. unter: Rz 4
- BGE 133 III 139 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Februar 2007. Zit. unter: Rz 17
- BGer 4A_232/2011 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. September 2011. Zit. unter: Rz 77

I Formelles

A. Vertretung

1 Das Moot Court Team 9 ist gehörig bevollmächtigt.

B. Frist

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

II Prozessualer Teil

A. Fehlender Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses

1. Ausgangslage

3 Bezüglich der Klageschrift vom 15. Dezember 2011, worin die Widerbeklagte in Rz 3 ff. von der Widerklägerin verlangt, den Kostenvorschussanteil in der Höhe von CHF 125'000.- zu leisten, wird wie folgt Stellung genommen: Die Schiedsvereinbarung begründet keine Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses, sondern höchstens eine Obliegenheit.

2. Keine Begründung einer Kostenvorschusspflicht durch die Schiedsvereinbarung

4 Aus Art. 12.1 des Lieferungsvertrages geht hervor, dass die Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammer gilt. Die Schiedsvereinbarung ist vom Hauptvertrag unabhängig (Art. 178 Abs. 3 IPRG; WALTER, S. 543; FRANK/STRÄULI/MESSMER, S. 782 N 29). Die Schiedsvereinbarung begründet materiell-rechtlich gewisse Leistungs- und Unterlassungspflichten (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 3; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 N 12; BGer 4P.253/2003 E. 5.1). Insoweit ist die Beklagte mit der Klägerin einverstanden.

5 Die Widerbeklagte leitet in Rz 8 ff. ihrer Klageschrift aus der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung ab, dass durch die daraus resultierende Mitwirkungspflicht vertragliche Verpflichtungswirkungen entstehen.

2.1. Die Mitwirkungspflicht der Parteien

6 Aus der Schiedsvereinbarung fliesst die Mitwirkungspflicht der Parteien. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um die Mitwirkung bei der Ernennung der Schiedsrichter und der Durchführung des Schiedsverfahrens. Bei der Verletzung solcher Pflichten werden dem Schiedsgericht ausreichende Befugnisse eingeräumt. Von echten Vertragspflichten kann hier deshalb nicht gesprochen werden. Es fehlt am Rechtsschutzbedürfnis, diese Verpflichtungen vor dem staatlichen Gericht durchzusetzen, zumal die Hauptwirkung der Schiedsvereinbarung

im Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit liegt (SCHWAB/WALTER, S. 65). Ein durch die unterlassene Mitwirkungspflicht entstehender Schaden wird bei der Kostenentscheidung des Schiedsgerichts berücksichtigt. Die Verpflichtungen werden deshalb nur als verfahrensrechtliche Lasten erachtet (LIONNET/LIONNET, S. 175).

- 7 Auch bei der Prozesskostenregelung handelt es sich lediglich um eine verfahrensrechtliche Last. Die Schiedsordnungen enthalten im Ergebnis das gleiche Regelungskonzept (vgl. Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules, Art. 30 Abs. 3 Satz 2 ICC, Art. 33 AAA, Art. 41 Abs. 4 UNCITRAL), wobei diese für die Durchsetzung des Anspruchs auf Vorschuss keine andere Sanktion kennen, als bei Nichtzahlung des gesamten Vorschusses durch den Kläger das Verfahren zu sistieren oder zu beenden. Dieses klare Konzept lässt keinen Raum, die beklagte Partei auf Zahlung ihres Vorschussanteils zu verklagen, es sei denn, die Parteien hätten das mit den Schiedsrichtern ausdrücklich vereinbart, was hier nicht der Fall ist.
- 8 Diese Regelung erscheint sinnvoll, weil die hälftige Vorschusseinforderung von der Erwartung getragen wird, dass beide Parteien an der Durchführung des Schiedsverfahrens gleichermassen interessiert sind und beteiligt sein wollen. Diese Erwartung entfällt, wenn es für die Beklagte Gründe gibt, ihren Vorschussanteil nicht zu leisten. Als ein solcher Grund erscheint die mutwillige Klageerhebung durch die Widerbeklagten (LIONNET/LIONNET, S. 178-179).

2.2. Leistung des Kostenvorschusses als eine Obliegenheit

- 9 Die Pflichten ergeben sich aus dem jeweiligen Schuldverhältnis. Es wird zwischen Haupt- und Nebenpflichten unterschieden.
- 10 Hauptpflichten charakterisieren ein bestimmtes Vertragsverhältnis (HUGUENIN, OR AT, N 60). Bei der Schiedsvereinbarung handelt es sich dabei beispielsweise um die Bestimmung des Sitzes des Schiedsgerichts (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 31).
- 11 Nebenpflichten umschreiben weitere Pflichten der Parteien, die für das konkrete Vertragsverhältnis nicht idealtypisch sind. Sie können sich aus dem Gesetz, aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder gemäss Bundesgericht auch aus Treu und Glauben ergeben (HUGUENIN, OR AT, N 61). Die Widerbeklagte beschreibt die Leistung des Kostenvorschusses in Rz 6 ff. ihrer Klageschrift als eine solche Nebenpflicht, welche sich aus der Mitwirkungspflicht ergeben sollte. Das Gesetz schreibt den Parteien keine Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses vor, sondern gewährt dem Schiedsgericht die Möglichkeit, einen solchen zu fordern. Das Schiedsgericht hat die Möglichkeit, das Verfahren auch ohne die Leistung des Kostenvorschusses fortzuführen oder sich nur mit dem geleisteten Teil

zufrieden zu geben (RÜEDE/HADENFELDT, S. 226). Dass die eine Partei gemäss Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules den noch nicht bezahlten Teil selber erbringen kann, bekräftigt die Tatsache, dass der Leistung des Kostenvorschusses keine Pflicht zugrunde liegen kann, schon gar nicht eine vertragliche.

- 12 Vielmehr handelt es sich bei der Leistung des Kostenvorschusses um eine Obliegenheit. Zwar hat auch sie ein bestimmtes Verhalten gegenüber einem anderen zum Gegenstand. Im Unterschied zur Schuld kann der Belastete aber nicht zur Erfüllung angehalten werden, da das Verhalten, das ihm obliegt, nicht einklagbar ist. Auch kann der Belastete im Falle einer Verletzung der Obliegenheit nicht zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden (GAUCH et al., Bd. 1, N 102; HUGUENIN, OR AT, N 64). Das Schiedsgericht auferlegt zwar auch der Widerklägerin den Kostenvorschuss, jedoch kann dessen Leistung nicht erzwungen werden, weil es sich dabei lediglich um eine prozessuale Last handelt. Nur eine klare Vereinbarung bezüglich dieses Streitpunktes wäre einschlägig gewesen.
- 13 Die vom Bundesgericht öfters erwähnte und auf Treu und Glauben beruhende Pflicht der Parteien, alles zu unterlassen, was ohne zwingende Notwendigkeit den normalen Ablauf des schiedsgerichtlichen Verfahrens verzögern könnte (BGE 111 Ia 259, 262 E. 2a), ist demnach nicht verletzt. Die Tatsache, dass die Widerklägerin nichts zum Kostenvorschuss beiträgt, hat keinen Einfluss auf das Schiedsverfahren, weil die Widerbeklagte gemäss Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules den Vorschuss übernehmen kann und das Verhalten der Widerklägerin keine Verletzung einer Pflicht verursacht. Das Schiedsverfahren kann auf Grundlage der Schiedsvereinbarung durchgeführt werden (BUCHER, N 195). Die Weigerung der Widerklägerin, den hälftigen Kostenvorschussanteil zu übernehmen, stellt demzufolge keine Behinderung für den Prozessverlauf dar, wie die Widerbeklagte anführt. Vielmehr wird der Prozessgang durch das Verhalten der Widerbeklagten verzögert und erschwert.
- 14 Als Zwischenfazit lässt sich sagen, dass für die Parteien bezüglich des Kostenvorschusses keine vertraglichen Verpflichtungswirkungen entstanden sind. Die Widerklägerin hat sich weder widersprüchlich noch rechtsmissbräuchlich verhalten.

3. Separate Vorschüsse nach Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules

3.1. Separate Vorschüsse

- 15 Art. 41 Abs. 1 Swiss Rules sieht die hälftige Teilung des Kostenvorschusses vor. Neben dieser Bestimmung können auch andere Regelungen getroffen werden. Die Vorschüsse zu gleichen Anteilen zu leisten, mag wohl im internationalen Schiedsverfahren die geläufigere

Regel sein. Keineswegs handelt es sich dabei aber um einen unumstrittenen Grundsatz oder gar eine anerkannte Anwendung. Dies belegt unter anderem die unterschiedliche Handhabung in den führenden Schiedsordnungen. Ohne entsprechenden Hinweis in der Schiedsvereinbarung oder einem anderen Schriftstück, kann somit auch keine vertragliche Verpflichtung der Parteien, die Kosten zu gleichen Anteilen vorzuschüssen, bestehen (BERGER/KELLERHALS, N 1447).

- 16 Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules sieht im Falle einer Widerklage oder unter anderen Umständen die separate Verteilung des Kostenvorschusses auf die Parteien vor. Die Bestimmung gibt dem Schiedsgericht die Befugnis, den Kostenvorschuss auf die Parteien aufzuteilen. Dies bedeutet, dass der Kostenvorschuss nicht zu gleichen Anteilen eingefordert werden muss (MÜLLER, Art. 378, N 13ff.). Wie die Widerbeklagte in Rz 16 der Klageschrift richtig erkannt hat, hat das Schiedsgericht eine anteilmässige Aufteilung nach Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules nicht in Betracht gezogen. Dies nur, weil es zunächst vom Grundsatz der hälftigen Teilung ausgegangen ist.

3.2. Sachliche Gründe für eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung

- 17 Das Gleichbehandlungsprinzip verlangt vom Schiedsgericht, die Parteien in allen Verfahrensstadien *ähnlich* zu behandeln (BGE 133 III 139, 143 E. 6.1.). Dies bedeutet nach der klassischen Definition des verfassungsrechtlichen Gleichheitsprinzips, dass das Schiedsgericht die Parteien insoweit ähnlich behandeln muss, als diese sich in vergleichbaren Situationen befinden und die Parteien insoweit ungleich behandeln darf, als diese sich in unterschiedlichen Situationen befinden (AUBERT/MAHON, Art. 8 N 9).
- 18 Verlangt beispielsweise ein Schiedsgericht ohne objektiven Grund von der einen Partei einen wesentlich höheren Kostenvorschuss als von der anderen, so würde eine Ungleichbehandlung vorliegen.
- 19 Die hälftige Aufteilung sollte als Ausfluss des Gleichbehandlungsgrundsatzes gelten. Dieser Grundsatz hindert das Schiedsgericht jedoch nicht daran, unter besonderen Umständen nach seinem Ermessen auch separate und damit ungleiche Vorschüsse festzusetzen (BERGER/KELLERHALS, N 1446). Das Schiedsgericht ist sogar verpflichtet, bei Fehlen einer Parteivereinbarung die anwendbaren Verfahrensregeln selber aufzustellen oder zu bestimmen (WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, S. 120). Eine Aufteilung nach Köpfen wäre eine angemessene Lösung, wenn sich die eingeklagten Beträge in ungefähr der gleichen Höhe bewegen würden. Anpassungen sind vorzunehmen, wenn die sich Klagen summenmässig bedeutend unterscheiden. Im vorliegenden Fall weisen die eingeklagten Beträge der Parteien

eine enorme Differenz auf: Die Klageforderung beträgt CHF 3,5 Millionen. Die Widerklägerin macht hingegen einen Betrag von lediglich CHF 500'000.- geltend. Angesichts dieser Umstände wäre es durchaus angemessen, den Kostenvorschussanteil auf einen Achtel und sieben Achtel zu verteilen. Diese Aufteilung entspricht dem Verhältnis der eingeklagten Beträge und dem Prinzip einer differenzierenden Behandlung der Parteien in unterschiedlichen Situationen.

20 Die Parteien haften solidarisch für den Anspruch der Schiedsrichter und Schiedsrichterinnen auf Honorar und Auslagenersatz. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sie auch solidarische Schuldner für den Kostenvorschuss sind. In der Tat würde die Haftung einer Partei für den gesamten Vorschuss einerseits dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen, andererseits würde sie auch gegen den Wortlaut von Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules verstossen, welcher vorsieht, dass bei Säumnis einer Partei die andere die gesamten Kosten vorschliessen *kann* (MEIER, N 165).

4. Fazit

21 Die in der Schiedsvereinbarung enthaltene Mitwirkungspflicht der Parteien begründet keine Kostenvorschusspflicht von Seiten der Widerklägerin. Für die Widerbeklagte entfällt somit der Anspruch auf die Leistung des Kostenvorschussanteils im Betrag von CHF 125'000.- seitens der Widerklägerin.

22 Eventualiter sei der Kostenvorschuss im Betrag von CHF 250'000.- zu sieben Achtel der Widerbeklagten und zu einem Achtel der Widerklägerin aufzuerlegen.

B. Kein Anspruch auf Rückerstattung des Anteils am Kostenvorschuss

1. Ausgangslage

23 Die Widerbeklagte beansprucht in Rz 18 ff. ihrer Klageschrift die Rückerstattung des von ihr gemäss Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules bezahlten Teils des Kostenvorschusses.

2. Folgen der Nichtleistung (Art. 41 Abs. 2 Swiss Rules)

2.1. Allgemeines

24 Verweigert eine Partei die Bezahlung ihres Kostenvorschusses, so stehen der Gegenpartei gemäss Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules zwei Möglichkeiten offen: sie leistet den Kostenvorschuss anstelle der säumigen Partei und bezahlt somit den gesamten Vorschuss, um die Durchführung des Schiedsverfahrens zu ermöglichen, oder aber sie verzichtet auf das Schiedsverfahren.

2.2. Bezahlung anstelle der säumigen Partei

- 25 Bei Säumnis einer Partei muss das Schiedsgericht der Gegenpartei die Möglichkeit geben, innerhalb einer gewissen Frist anstelle der säumigen Partei zu bezahlen (Art. 41 Abs. 4 Swiss Rules; LALIVE/POUDRET/REYMOND, S. 165), denn das Schiedsgericht muss alles unternehmen, um eine möglichst effiziente Erfüllung der Schiedsvereinbarung zu ermöglichen (BGE 111 Ia 259, 262 E. 2a).
- 26 Die Widerbeklagte strebt die Weiterführung des Schiedsverfahrens an und leistet daher den restlichen Kostenvorschussanteil.
- 27 Die Zahlung durch die Gegenpartei ist freiwillig. Weigert sich die eine Partei, ihren Teil zu erbringen, steht es jeder Partei frei, den Vorschuss für die andere Partei zu bezahlen, um so das Schiedsverfahren fortführen zu können (vgl. BUCHER N 195; GIRSBERGER/VOSER, N 712). Macht eine Partei von dieser Möglichkeit Gebrauch, so steht ihr bezüglich des anstelle der säumigen Gegenpartei bezahlten Anteils kein Rückgriff gegen die andere Partei zu, da bezüglich des Kostenvorschusses keine Solidarschuld besteht (vgl. Rz 20). Dies gilt solange kein Schiedsspruch ergangen ist, welcher die Kostenpflicht endgültig regelt. (RÜEDE/HADENFELDT, S. 225). Ein solcher liegt noch nicht vor. Wie oben dargelegt, hat die Widerbeklagte keinen Anspruch darauf, dass die Widerklägerin den auferlegten Vorschuss an das Schiedsgericht zahlt (vgl. Rz 4 ff.). Somit hat die Widerbeklagte auch keinen klagbaren Anspruch auf die Rückerstattung dieses Kostenvorschussanteils.

3. Kein unechter Vertrag zugunsten Dritter

- 28 Die Widerbeklagte behauptet in Rz 20 ff. ihrer Klageschrift, das Vorliegen eines Vertrags zugunsten Dritter. Ein solcher Vertrag kann mangels schuldrechtlicher Pflicht nicht vorliegen. Die Widerklägerin ist, wie in Rz 11 f. ausgeführt, keine vertragliche Pflicht eingegangen, einen Teil des Kostenvorschusses zu zahlen. Gerade in Bezug auf die Kostenvorschussforderung liegt kein Vertragsverhältnis vor, denn wie aufgeführt, ist die Beklagte mit der Schiedsvereinbarung keine Pflicht eingegangen, einen Teil davon zu übernehmen. Deshalb kann auch kein Versprechen i.S.v. Art. 112 OR vorliegen.

4. Vorsorgliche und sichernde Massnahmen

4.1. Fehlen der Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme

- 29 Die Anordnung der sofortigen Rückerstattung eines geleisteten Vorschusses wäre nur auf dem Wege einer vorsorglichen Massnahme zulässig. Dies macht die Widerbeklagte in Rz 25 ihrer Klageschrift auch geltend. Jedoch setzt dies voraus, dass eine vertragliche Pflicht zur

anteilmässigen Bevorschussung, also ein Verfügungsanspruch, tatsächlich besteht und dass die Klägerin die Gefahr eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils bei Zuwarten einen Verfügungsgrund glaubhaft machen kann (BERGER/KELLERHALS, N 1458).

4.1.1. Fehlen eines Verfügungsanspruchs

30 Der Verfügungsanspruch kann erst dann vorliegen, wenn eine vertragliche Pflicht zur anteilmässigen Bevorschussung tatsächlich besteht (POUDRET/BESSON, N 626). Wie oben ausgeführt, handelt es sich bei der Leistung des Kostenvorschusses höchstens um eine Obliegenheit (vgl. Rz 12). Demnach steht der Klägerin kein klagbarer Anspruch zu. Ein rechtlich geschützter Anspruch besteht nicht, weshalb damit der Verfügungsanspruch entfällt.

4.1.2. Fehlen eines Verfügungsgrundes

31 Da bereits der Verfügungsanspruch der Widerbeklagten entfällt, kann keine vorsorgliche Massnahme angeordnet werden, weil die beiden Voraussetzungen kumulativ gegeben sein müssen, wie die Widerbeklagte in Rz 25 ihrer Klageschrift selber erkannt hat.

32 Falls das Schiedsgericht entgegen der Meinung der Widerklägerin das Bestehen der Voraussetzungen für einen Verfügungsanspruch für gegeben erachtet, so stellt sich die Frage, ob die Widerbeklagte überhaupt einen Verfügungsgrund hat.

33 Der Verfügungsgrund besteht in einem drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, den die Antragstellerin erleiden könnte (WALTER/BÖSCH/BRÖNNIMANN, S. 140). Dieser Nachteil muss jedoch gravierender sein als derjenige, welcher der Gegenpartei, also der Widerklägerin, bei Erlass der vorsorglichen Massnahme entstehen würde (PFISTERER/SCHNYDER, S. 116). Die Behauptung der Widerbeklagten, dass der Widerklägerin bei Leistung des Kostenvorschusses gar kein Schaden i.S. der Differenztheorie entstehen würde, ist zu verwerfen. Auf jeden Fall vermindern sich die Aktiven und die Passiven vermehren sich bei der Widerklägerin, wenn sie CHF 125'000.- bezahlen muss. Insofern wäre der Schaden, der bei Erlass der vorsorglichen Massnahme der Widerklägerin entsteht, nicht geringer als derjenige welcher der Widerbeklagten entsteht, wenn diese den ganzen Kostenvorschuss übernimmt, zumal es ihr frei zusteht, diesen zu übernehmen.

34 Ebenso wenig droht der Widerbeklagten ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Würde ein solcher Härtefall vorliegen, hätte die Widerbeklagte diesen angegeben. Sie erwähnt aber lediglich in Rz 27 ihrer Klageschrift das oben verworfene Argument, dass ihr ein grösserer Schaden entstehen würde. Ausserdem verneint sie die Aussage der Widerklägerin, dass die Widerbeklagte aufgrund mangelnder Bonität, die Widerklägerin zur Zahlung der

ersten Rate gebeten hatte, ansonsten sie das Projekt nicht fortführen könnte. Daraus ist zu schliessen, dass die Widerbeklagte zumindest finanziell in keiner prekären Lage ist. Auch wenn sie das wäre, müsste die Massnahme geeignet sein, um einen drohenden Nachteil abzuwenden (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262 N 37). Dies ist nicht gegeben, zumal es unwahrscheinlich ist, dass die Lage der Widerbeklagten wegen CHF 125'000.- sich verbessern würde.

35 Die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist nicht erfüllt, weshalb der Verfügungsgrund wegfällt und die vorsorgliche Massnahme nicht angeordnet werden kann.

4.2. Teilentscheid nicht angebracht

36 Für den Fall, dass der Widerbeklagen die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs und der Nachweis eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils gelingt, soll das Schiedsgericht berücksichtigen, dass es unter diesen Umständen nicht angemessen wäre, einen Teilentscheid zu fällen, welchen die Widerbeklagte in Rz 24 ihrer Klageschrift anstrebt.

37 Die Widerbeklagte argumentiert, das Nichtbezahlen des Vorschusses erscheine als Verletzung einer eigenständigen vertraglichen Pflicht, die durch das Schiedsgericht vorab durch Teilentscheid beurteilt werden könne. Sie vernachlässigt, dass die anteilmässige Bevorschussung der Verfahrenskosten lediglich provisorischen Charakter hat (PFISTERER/SCHNYDER, S 90) und keine vertragliche Pflicht darstellt (vgl. Rz. 11 ff.). Gemäss dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 Swiss Rules kann nur dort ein Teilentscheid gefällt werden, wo es als angebracht erscheint. In diesem Fall erscheint diese Lösung als nicht angebracht, da die Widerbeklagte eine mutwillige Klage erhoben hat, welche eine ungerechtfertigte und überhöhte Klageforderung enthält (vgl. Schreiben vom 13. September 2011). Der Widerbeklagten soll es deswegen nicht noch zusätzlich einfach gemacht werden, diese Forderung durchzusetzen. Dies würde dem Verfahrensgrundsatz der Gleichbehandlung zuwiderlaufen.

5. Fazit

38 Die Widerbeklagte stützt sich in ihrer Argumentationslinie immer darauf, dass die Leistung des Kostenvorschusses eine vertragliche Pflicht darstellt. Weil dies nicht der Fall ist, steht ihr kein klagbarer Anspruch auf Rückerstattung des geleisteten Kostenvorschusses zu. Dieses Recht kann auch durch Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht gewährt werden, weil die Widerbeklagte die Voraussetzungen nicht zu erfüllen vermag.

C. Kein Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten

1. Ausgangslage

39 Die Widerklägerin trifft keine Pflicht, den Schrottglasslieferungsvertrag und die E-Mail-Korrespondenzen zwischen ihr und ihrem Glashändler dem Schiedsgericht und der Widerbeklagten vorzulegen.

40 Gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 1 Ziff. 7 berücksichtigt das Schiedsgericht die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (nachfolgend IBA-Regeln).

2. Kein Herausgabeanspruch gemäss IBA-Rules

41 Dem Antrag der Widerbeklagten auf Vorlegung der Dokumente nach Art. 3 Ziff. 3 IBA-Rules kann aus folgenden Gründen nicht stattgegeben werden.

2.1. Fehlende Relevanz

42 Die Widerbeklagte führt unter Rz 40 ihrer Klageschrift auf, dass das nicht vertragskonforme Glas *Hauptgrund* für die gescheiterten Inbetriebnahmeversuche war. Beim Inbetriebnahmeversuch vom 9. Juni 2010 gab es tatsächlich minimale Abweichungen, jedoch ist hier anzuführen, dass das Volumen des Eisenglasstücks ($1,6 \times 0,3 \times 0,3 = 0,144 \text{ m}^3$), welches den Dosiertrichter so verstopfte, dass der Trichtereingang blockiert und verbeult wurde, immer noch unter dem angegeben Maximalvolumen ($1,5 \times 0,5 \times 0,2 \text{ m} = 0,15 \text{ m}^3$) liegt. Ausserdem müsste in diesem Fall die Toleranzgrenze der Glasstücke geprüft werden.

43 Das Glassammelunternehmen, von welchem das Glas bezogen wurde, bestätigte zudem, dass mit einer solchen Fehlerquote aufgrund der maschinellen Sortierung jedes Glassammelunternehmen rechnen müsse (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 4). Um solche Abweichungen zu umgehen, müsste das Glas manuell aussortiert werden, was dem Konzept „NO HANDS“ widersprechen würde (vgl. Annex I, Ziff. 1.1).

44 Aus genannten Gründen fehlt es bei den in Frage stehenden Dokumenten am Erfordernis der Relevanz. Somit kann die Widerklägerin nach Art. 9 Ziff. 2 lit. a IBA-Regeln einen gerechtfertigten Einwand gegen die Vorlage der Dokumente erbringen.

2.2. Zwischenfazit

45 Die Widerbeklagte hat nach IBA-Regeln keinen Anspruch auf die Herausgabe der Dokumente.

3. Kein Herausgabeanspruch aus Vertrag

- 46 Die Widerbeklagte bezeichnet unter Rz 48 ihrer Klageschrift Herrn Fuchs als *zeichnungsberechtigten Mitarbeiter*. Herr Fuchs ist der zuständige Mitarbeiter für die Inbetriebnahme des Glasbrechersystems. Er verfügt über das dazu notwendige technische Wissen und darf lediglich diesbezüglich Aussagen im Inbetriebnahmeprotokoll machen. Abmachungen über weitere rechtliche Verpflichtungen der Widerklägerin übersteigen jedoch seinen Kompetenzbereich. So verfügt er beispielsweise über keine Kenntnisse und Kompetenzen bezüglich der Rechtsgeschäfte mit dem Glassammelungsunternehmen. Dies zeigt sich im Protokoll über den 2. Inbetriebnahmeversuch (Beilage B-1), da Herr Fuchs spontan annimmt, dass es einen Vertrag oder E-Mail-Korrespondenzen mit dem Glassammelungsunternehmen gibt, ohne sicher zu wissen, ob dem wirklich so ist. Zudem unterliess es Herr Fuchs Rücksprache mit der Geschäftsleitung der Widerklägerin zu nehmen. Die Rechtsbeziehungen bzw. Rechtsgeschäfte mit Dritten führt nämlich ausschliesslich diese.
- 47 Die Widerklägerin macht bezüglich dieses Streitpunktes einen Willensmangel geltend, da Herr Fuchs sich in einem wesentlichen Irrtum befand. Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vertragsergänzung hatte er eine falsche Vorstellung über seine Kompetenzen und über den Sachverhalt, da er nicht wissen konnte, ob ein solcher Vertrag bzw. E-Mail-Korrespondenzen existieren. Dieser Irrtum ist kausal für die Abgabe der Erklärung zur Herausgabe der Dokumente (BSK OR-SCHWENZER, Art. 23 N 4,5).
- 48 Aufgrund des wesentlichen Irrtums ist die Vertragsergänzung für die Widerklägerin unverbindlich, entfaltet keine Wirkung und es kann kein Anspruch daraus abgeleitet werden (BSK OR-SCHWENZER, Art. 23 N 8).

4. Fazit

- 49 Für die Widerbeklagte besteht weder nach den IBA-Regeln noch nach Vertrag ein Anspruch auf Vorlage der Dokumente.

III Materieller Teil

A. Schuldnerverzug nach Art. 102 ff. OR

1. Ausbleiben der Erfüllung trotz Möglichkeit der Leistung

50 Der Verzug nach Art. 107 Abs. 2 OR setzt voraus, dass die Schuldnerin ihre vertraglich geschuldeten Pflichten nicht erfüllt, obwohl ihr dies möglich wäre (SCHWENZER, OR AT, N 65.02).

51 Beim Werkvertrag trifft den Besteller eine Herstellungs- sowie eine Ablieferungspflicht (GAUCH, N 86). Abnahme und Ablieferung sind korrelative Begriffe, welche denselben Vorgang benennen, je nachdem aus der Optik des Bestellers oder des Unternehmers betrachtet (GAUCH, N 97).

52 Die Widerbeklagte hat ihre Ablieferungspflicht, wie im Folgenden erläutert wird, nicht erfüllt.

1.1. Abnahme hat nicht stattgefunden

53 In ihrer Klageschrift führt die Widerbeklagte unter Rz 54 ff. aus, dass eine Abnahme des Werkes gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag stattgefunden hätte.

1.1.1. Keine Abnahme gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag

54 Laut Art. 8.3 Lieferungsvertrag gilt die Abnahme als erfolgt, wenn die Leistungsgarantien gemäss Annex III oder ausserhalb des Leistungstests während dem Betrieb der Anlage erfüllt worden sind. Die Widerbeklagte erachtet die Abnahme als erfolgt, da die Glasbrecheranlage zwischenzeitlich eine Leistung von 5.4 Tonnen pro Stunde erreicht hat. Die in Annex III garantierte Verarbeitungsleistung von 5.0 Tonnen pro Stunde stellt einen zu erfüllenden *Durchschnittswert* dar, der über den gesamten Betriebszeitraum gewährleistet sein muss. Andernfalls könnte das durch die Modernisierung der Glasbrecheranlage angestrebte Ziel einer dauerhaften Produktivitätssteigerung gar nicht erreicht werden. Wie dem Protokoll zum 2. Inbetriebnahmeversuch zu entnehmen ist, betrug der Leistungsdurchschnitt über den gesamten Inbetriebnahmeversuch lediglich 3.7 Tonnen pro Stunde. In diesem von beiden Parteien unterzeichneten Protokoll wurde des Weiteren festgehalten, dass das Abnahmeprotokoll auf Grund des Nichterreichens der Leistungsgarantien nicht unterschrieben werden könne.

55 Zudem gilt die Abnahme gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag als erfolgt, wenn aus Gründen, für die der Auftragnehmer nicht verantwortlich ist, die Leistungstests bis zum Ende der geplanten Inbetriebnahme oder innerhalb von 8 Monaten nach Inkrafttreten dieses Vertrages

nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten. In Rz 57 ihrer Klageschrift führt die Beklagte aus, der Inbetriebnahmeversuch vom 9. Juni 2010 sei aufgrund der Verwendung nicht vertragskonformen Glases gescheitert. Tatsächlich gab es gewisse minimale Abweichungen von der vertraglich vorgesehenen Glasmischung. Das Glas wurde jedoch seitens der Widerklägerin in der vertraglich vereinbarten Qualität bestellt. Wie das Glassammelungsunternehmen, von welchem das Glas bezogen wurde, bestätigte, muss aufgrund der maschinellen Sortierung jedes Glassammelungsunternehmen mit einer geringen Fehlerquote gerechnet werden (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 4). Somit liegen die Abweichungen, welche bei der Inbetriebnahme auftraten, in der Natur der Sache. Um solche Abweichungen zu verhindern, hätte das Glas vorgängig manuell aussortiert werden müssen, was dem Konzept „NO HANDS“, welches Ziel der vereinbarten Modernisierung ist, grundlegend widersprechen würde (vgl. Annex I, Ziff. 1.1). Das Nichterreichen der Leistungsgarantien liegt somit nicht im Verschulden der Widerklägerin.

56 Des Weiteren tritt gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag eine Abnahmefiktion ein, wenn der Inbetriebnahmezeitpunkt laut Art. 8.1 Lieferungsvertrag abgelaufen ist, wobei der Auftragnehmer nicht die Möglichkeit hatte, die Leistungstests laut Annex III durchzuführen oder zu wiederholen. Die Widerbeklagte beruft sich in Rz 57 ihrer Klageschrift darauf, dass dieser Fall eingetreten sei, da die Widerklägerin es versäumt habe, einen dritten Inbetriebnahmeversuch zu verlangen (vgl. Annex III, Ziff. 5.2.1). Dabei verkennt die Widerbeklagte, dass von der Bestellerin nur zusätzliche Tests verlangt werden können, falls der Inbetriebnahmeversuch aus Gründen, die der Auftragnehmer *nicht* zu vertreten hat, scheitert. Wie unter Rz 55 ausgeführt, hat die Widerklägerin die in Ziff. 5.2.2 Annex III formulierten Vorbedingungen erbracht, womit die Widerbeklagte das Scheitern der Inbetriebnahme zu vertreten hat.

57 Wie dargelegt, ist keiner der in 8.3 des Lieferungsvertrages aufgeführten Fälle, die zu einer Abnahmefiktion führen, eingetreten.

1.1.2. Keine konkludente Abnahme des Werkes

58 Wie bereits in der Einleitungsantwort ausgeführt, hat die Widerklägerin die Rate über CHF 100'000.- lediglich deshalb bezahlt, weil die Widerbeklagte mitteilte, dass sie das Projekt andernfalls mangels Bankbonität nicht weiterverfolgen könne. Die Bezahlung dieser Rate kann in diesem Fall keinesfalls als konkludente Abnahme des Werkes gelten, wie die Widerbeklagte in Rz 60 der Klageschrift behauptet. Wie der Rechnung über die erste Abschlagszahlung (Beilage K-3) zu entnehmen ist, geht die Widerbeklagte davon aus, dass

die Fälligkeit der ersten Rate im Juli 2010 eintritt. Die Widerklägerin bezahlte die Rechnung jedoch erst am 8. November 2010, nicht auf Grund der behaupteten Fälligkeit, sondern lediglich als „Vorschuss“, damit das nach Aussage der Widerbeklagten gefährdete Projekt weiterverfolgt werden konnte. Der Zahlungsvermerk „Abschlagszahlung 1“ in der Rechnung vom 8. November 2010 gründet darin, dass die Widerklägerin zu diesem Zeitpunkt noch davon ausging, dass die Widerbeklagte ihre vertragsgemäss geschuldete Ablieferungspflicht in naher Zukunft erbringen wird, wodurch die Raten fällig geworden wären.

59 Es hat keine Abnahme stattgefunden, womit die Widerbeklagte ihre vertraglich geschuldete Ablieferungspflicht nicht erfüllt hat.

1.2. Leistungsmöglichkeit

60 Objektive Unmöglichkeit der Leistung verhindert die Leistungsmöglichkeit und somit den Verzug, wobei es in der Lehre strittig ist, ob die subjektive Unmöglichkeit einen Verzugsfall oder Leistungsunmöglichkeit darstellt (GAUCH et al., Bd. 2, N 2658; HUGUENIN, OR AT, N 581 f.). Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Leistung der Widerbeklagten (Ablieferungspflicht) objektiv oder subjektiv unmöglich ist, was auch von dieser nicht behauptet wird. Die Leistungsmöglichkeit ist somit gegeben.

2. Fälligkeit der Forderung

61 Die Fälligkeit umschreibt den Zeitpunkt, von dem an die vereinbarte Leistung vom Schuldner verlangt werden darf (BSK OR I-WIEGAND, Art. 102 N 4).

62 Aus Art. 5 Lieferungsvertrag i.V.m. Annex II ergibt sich, dass die Abnahme acht Monate nach Vertragsunterzeichnung, somit am 22. Juni 2010, fällig ist. Die Abrede aus dem Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (Beilage K-2), dass Reparaturen bis Ende November 2010 vorgenommen werden sollen, ist nicht als Fristverlängerung nach Art. 3.2 Lieferungsvertrag zu verstehen. Wie in Rz 55 erläutert, liegen geringe Abweichungen bei der Glaszusammensetzung in der Natur der Sache und stellen keine Pflichtverletzung durch die Widerklägerin dar. Somit fällt die Anwendung von Art. 3.2 Lieferungsvertrag, auf welche sich die Widerbeklagte in Rz 66 ihrer Klageschrift beruft, ausser Betracht.

63 In der Abmachung, dass Reparaturen bis Ende November 2010 vorgenommen werden sollen, ist auch keine konkludente Fristverlängerung ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 3.2 Lieferungsvertrag zu sehen, sondern ein Entgegenkommen der Widerklägerin. Obwohl die Widerbeklagte ihre Ablieferungspflicht nicht fristgerecht erfüllte, wollte man auf Seiten

der Widerklägerin mit der Geltendmachung der Verzugsrechte zuwarten, da man auf ein baldiges Erfüllen der Widerbeklagten hoffte.

64 Das Fälligkeitsdatum bleibt somit der 22. Juni 2010.

3. Kein Leistungsverweigerungsrecht

65 Gemäss Art. 82 OR muss, wer bei einem zweiseitigen Vertrag den anderen zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen hat.

66 Im Lieferungsvertrag vereinbarten die Parteien, dass die von der Widerklägerin zu leistenden Raten zum Ende des darauf folgenden Monats nach der Inbetriebnahme geschuldet sind (Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag). Der Wortlaut dieser Abrede bedarf einiger Erläuterungen, da er offen lässt, ob die Raten nach Beginn oder Beendigung der Inbetriebnahme fällig werden. Laut Art. 372 Abs. 1 OR hat der Besteller die Vergütung bei der Ablieferung des Werks zu bezahlen. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Parteien von der gesetzlichen Regelung abweichen wollten. Somit ist Art. 4.2.2 Lieferungsvertrag dahingehend zu verstehen, dass die Raten erst mit der Abnahme gemäss Art. 8.3 Lieferungsvertrag, folglich mit beendeter Inbetriebnahme, geschuldet sind. Auch nach dem Vertrauensgrundsatz musste die Widerbeklagte die in Frage stehende Vertragsklausel mangels gegenteiligen Äusserungen im Sinne des Gesetzes (Art. 372 OR) verstehen.

67 Wie in Rz 53 ff. ausgeführt, hat die Abnahme bis heute nicht stattgefunden, womit die von der Widerklägerin zu leistenden Raten nicht fällig sind.

68 Die beiden Anzahlungen à CHF 200'000.- gemäss Art. 4.2.1 Lieferungsvertrag wurden vertragsgemäss geleistet. Es lag nun an der Widerbeklagten, die Leistungsgarantien zu erfüllen.

69 Der Widerbeklagten steht folglich kein Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 82 OR zu.

4. Verzug der Schuldnerin

70 Wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde, so kommt der Schuldner gemäss Art. 102 Abs. 2 OR schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug.

71 Aus Art. 5 Lieferungsvertrag i.V.m. Annex II ergibt sich, dass die Abnahme acht Monate nach Vertragsunterzeichnung, somit am 22. Juni 2010, erfolgen sollte.

5. Fazit

72 Die Widerbeklagte befindet sich seit dem 23. Juni 2010 im Verzug.

B. Anspruch auf Rückzahlung der Raten aufgrund Vertragsrücktritts infolge Verzugs gem. Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR

1. Keine Nachfristansetzung nötig

73 Laut Art. 107 OR hat der Gläubiger dem Schuldner bei zweiseitigen Verträgen grundsätzlich eine Nachfrist anzusetzen, um vom Vertrag zurücktreten zu können. Darauf beruft sich die Widerbeklagte in Rz 66 der Klageschrift.

74 Gemäss Art. 108 Ziff. 1 entfällt eine Fristansetzung, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde. Unnütz ist eine Fristansetzung, wenn infolge Säumigkeit des Schuldners die Erfüllung auch innert einer angemessenen Nachfrist ausgeschlossen erscheint (BUCHER OR AT, S. 369).

75 Im Protokoll über Montage und Inbetriebnahme (Beilage K-2) wurde vereinbart, dass Reparaturen bis Ende November 2010 vorgenommen werden sollen (vgl. Rz 62 f). Trotz Reparatur des Dosiertrichters hat die Glasbrecheranlage im Rahmen des zweiten Inbetriebnahmeversuchs am 29. November 2010, fünf Monate nach der geplanten Abnahme (vgl. Annex II), wieder nicht die erforderlichen Leistungsgarantien erbracht. Die Widerbeklagte begründet das Scheitern des zweiten Inbetriebnahmeversuchs unter Rz 57 ihrer Klageschrift damit, dass nicht vertragskonformes Glas verwendet worden sei. Gemäss dem Protokoll über den zweiten Inbetriebnahmeversuch konnte aber die Glaszusammensetzung nicht nachgewiesen werden, weil bereits alles Glas verarbeitet worden war. Selbst wenn es kleinere Abweichungen von der vereinbarten Zusammensetzung gegeben haben sollte, ist dies nicht der Widerklägerin anzulasten, da dies auf Grund der maschinellen Sortierung jedes Glassammlungsunternehmens nicht zu vermeiden ist (vgl. Rz 55). Die Widerklägerin hat die Glasmischung in der laut Art. 6.1 Annex III vereinbarten Qualität bei einem Glassammlungsunternehmen bestellt. Da wie vorgängig erläutert gewisse Abweichungen unumgänglich sind, sind die Vorbedingungen gemäss Art. 6.1 Annex III als erfüllt zu betrachten, wenn die Vorgaben bei der Bestellung des Glases eingehalten werden. Geringe in der Natur der Sache liegende Abweichungen dürfen nicht dazu führen, dass die Leistungsgarantien derart stark unterschritten werden, da andernfalls das Glasbrechersystem seine Zielsetzung gar nie erreichen kann. Andernfalls müsste das Glas vorgängig manuell aussortiert werden, was dem Konzept „NO HANDS“ und dem Ziel der Produktivitätssteigerung widerspricht (Annex I, Ziff. 1.1). Es zeigt sich folglich, dass die

Glasbrecheranlage, so wie sie konzipiert ist, nie in der Lage sein wird, die vereinbarten Leistungsgarantien und Zielsetzungen zu erreichen. Daran würde auch die Ansetzung einer Nachfrist nichts ändern, womit diese nach Art. 108 Ziff. 1 OR entfällt.

2. Verzichtserklärung erfolgte

76 In Rz 65 ihrer Klageschrift führt die Widerbeklagte aus, dass der Vertragsrücktritt vom 7. März 2011 zu spät erfolgt sei. Der Leistungsverzicht wurde gegenüber der Widerbeklagten bereits am 31. Dezember 2012 bekanntgegeben.

77 Die nach OR 107 Abs. 2 erforderliche unverzügliche *Verzichtserklärung* bezweckt den Schutz des säumigen Schuldners, der nicht der Ungewissheit, ob er noch zu liefern hat oder nicht, ausgesetzt sein soll (BGer 4A_232/2011, E. 5.3). Im Gespräch vom 31. Dezember 2010 erklärte die Widerklägerin gegenüber der Widerbeklagten, dass sie auf die Leistung des Vertrags verzichtet. Eine solche Verzichtserklärung kann in beliebiger Form, also auch wie vorliegend mündlich, erfolgen (BSK-WIEGAND, Art. 107 N 14).

78 Damals schlug die Widerklägerin der Widerbeklagten die Tragung der jeweiligen eigenen Kosten vor und forderte die bereits geleisteten Zahlungen erst mit der schriftlichen Rücktrittserklärung vom 7. März 2011 zurück. Da der Gläubiger nicht unverzüglich entscheiden muss, von welchem Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR (Nichterfüllung und Schadenersatz oder Vertragsrücktritt) er Gebrauch machen will (BK OR-KOLLER, Art. 366 N 420), kann es die Wirkung der Verzichtserklärung auch nicht hindern, wenn die Geltendmachung der Rechtsfolgen des Rücktritts erst später konkretisiert wird.

79 Seit dem 31. Dezember 2010 ist der Widerbeklagten der Leistungsverzicht und somit die Tatsache, dass sie keine weiteren Aufwendungen mehr für die Vertragserfüllung zu tätigen hat, bekannt. Der vom Bundesgericht geforderte Schutzzweck von Art. 107 Abs. 2 OR ist somit gewahrt.

3. Unverzüglichkeitserfordernis gewahrt

80 Seit dem zweiten Inbetriebnahmeversuch vom 29. November 2010 steht fest, dass die Glasbrecheranlage nie in der Lage sein wird, die Leistungsgarantien zu erfüllen und die Widerklägerin somit einen Rücktritt ohne Nachfristansetzung nach Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR geltend machen kann. Die Verzichtserklärung erfolgte am 31. Dezember 2010. Was als „unverzüglich“ i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR zu gelten hat, muss für jedes Geschäft gesondert beurteilt werden (BUCHER OR AT, S. 374). Eine Überlegungsfrist von

einem Monat muss dem Unverzüglichkeitserfordernis bei einem derart umfangreichen und kostenintensiven Vertrag genügen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass in den Zeitraum vom 31. November bis 31. Dezember 2010 mehrere gesetzliche Feiertage fallen, an welchen der Geschäftsgang der Widerklägerin eingestellt war.

4. Fazit

81 Die Widerklägerin ist befugt, einen Vertragsrücktritt infolge Verzugs i.S.v. Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 vorzunehmen und die Widerbeklagte hat die bezahlten Raten gegen Rückgabe des Werks zurück zu erstatten.

C. Sachgewährleistung nach Art. 367 ff. OR

1. Ausgangslage

82 Dazu ist zuerst anzumerken, dass die Ablieferung des beendeten Werks Voraussetzung für die Geltendmachung der Mängelrechte ist (BGE 117 II 259, 263 E. 2).

Sollte das Gericht entgegen der Auffassung der Widerklägerin die Ablieferung als erfolgt betrachten, wird eventualiter Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR verlangt.

2. Mangelhaftigkeit des Werks bei Ablieferung

83 Eine Abweichung vom Vertrag, also die Nichtübereinstimmung des abgelieferten mit dem vertraglich vereinbarten Werk, stellt einen Werkmangel dar (SCHMID/STÖCKLI, OR BT, N 1732). Die in Art. 6.2 in Annex III vereinbarten Garantiewerte wurden nicht erfüllt (vgl. Rz 54), womit ein Werkmangel vorliegt.

3. Fristgerechte Mängelrüge

84 Die Widerklägerin hat die Mängel mehrfach gerügt, die Mängel sind genau bezeichnet und der Widerbeklagten bekannt. So ist auch in beiden Abnahmeprotokollen vermerkt, dass die Leistungsgarantien nicht erreicht wurden (vgl. Beilage K-2 und Beilage B-1).

4. Kein Ausschlussgrund

4.1. Kein Selbstverschulden nach Art. 369 OR

85 Die Widerbeklagte führt in ihrer Klageschrift unter Rz 73 aus, dass die Mängelrechte der Widerklägerin dahinfallen, da sie ein Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR treffe. Wie unter Rz 55 erläutert, ist ein Selbstverschulden der Widerklägerin zu verneinen, da sie das Glas in

der vertraglich vereinbarten Qualität bestellt hat und kleinere Abweichungen in der Natur der Sache liegen. Dies darf nicht zu einer derart grossen Abweichung von den vereinbarten Leistungsgarantien führen. Das Nichterreichen der Leistungsgarantien fällt somit in die Verantwortung der Widerbeklagten.

4.2. Keine Wegbedingung der Mängelrechte durch Konventionalstrafe

86 Laut Art. 9.3 Lieferungsvertrag sollen mit der Bezahlung der Konventionalstrafe sämtliche Ansprüche des Auftraggebers, die aus der Nichterfüllung der Leistungsgarantien herrühren, als erfüllt gelten. Die Höhe der Strafe ist ein objektiv wesentlicher Punkt, wobei es ausreicht, dass die Kriterien, nach denen die Bestimmung zu erfolgen hat, im Vertrag enthalten sind (KOLLER OR AT, § 81 Rn 25 mit Verweis auf ZR 1926 Nr. 115 S. 180 f.). Art. 9.3 Lieferungsvertrag statuiert lediglich die maximale Höhe (10% des Vertragspreises) der Konventionalstrafe. Für die genaue Festsetzung jedes einzelnen Wertes der Konventionalstrafe wird in Art. 9.2 Lieferungsvertrag auf Annex III verwiesen. In Annex III finden sich jedoch keinerlei Ausführungen betreffend einer etwaigen Konventionalstrafe bzw. deren Höhe. Zudem wird nicht näher definiert, für welche „einzelnen Werte“ die Konventionalstrafe festgesetzt werden sollen. Somit ist die Höhe der Konventionalstrafe nach dem Lieferungsvertrag nicht bestimmbar und es fehlt ein objektiv wesentlicher Punkt. Fehlt eine Einigung über einen objektiv wesentlichen Punkt, so ist die Vereinbarung über eine Konventionalstrafe nach Art. 2 Abs. 1 OR nicht zustande gekommen (GAUCH et al., Bd. 1, N 332).

87 Des Weiteren ist auch eine Einigung über eine Konventionalstrafe für Verzug nicht zustande gekommen. Art. 5.3 Lieferungsvertrag verweist für die Konventionalstrafe auf Art. 6 Lieferungsvertrag. Die Nennung dieses Artikels ist jedoch nur ein redaktionelles Versehen (vgl. Verfahrensbeschluss Nr. 4 Ziff. 3).

88 Die Geltendmachung von Mängelrügen ist möglich, da keine Vereinbarung über eine Konventionalstrafe zustande kam.

4.3. Keine konkludente Genehmigung des Werks

89 Die am 8. November 2012 von der Widerklägerin bezahlte Rate kann nicht als konkludente Genehmigung des Werks angesehen werden, da die Zahlung lediglich getätigt wurde, weil die Widerbeklagte mitteilte, dass sie das Werk andernfalls mangels Bankbonität nicht weiterverfolgen könne (vgl. Rz 58).

5. Fazit

90 Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Mängelrechte nach Art. 367 ff. OR sind erfüllt.

D. Anspruch auf Rückerstattung der Raten aufgrund Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR

1. Untauglichkeit des Werks zum beabsichtigten Gebrauch

91 Laut Art. 368 Abs. 1 OR darf der Besteller die Annahme des Werks verweigern, wenn das Werk für ihn unbrauchbar ist oder ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann. Gemäss Abs. 3 ist die Wandlung bei Werken, die auf Grund und Boden des Bestellers errichtet worden sind und nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, nicht möglich, es sei denn, das Werk taugte für den beabsichtigten Gebrauch überhaupt nicht (BGE 98 II 118, 123 E. 3 b; GAUCH, N 1575).

92 Ziele der neuen Glasbrecheranlage waren eine Produktivitätssteigerung von drei auf fünf Tonnen pro Stunde sowie eine vollautomatische Sortierung. Wie unter Rz 54 erläutert, kann die von der Widerbeklagten errichtete Glasbrecheranlage diese vertraglich vereinbarten Ziele nicht erreichen. Die Widerklägerin verfügte bereits über eine Glasbrecheranlage wobei eine Modernisierung derselben für sie nur brauchbar ist, wenn dadurch entscheidende Vorteile im Sinne der vereinbarten Zielsetzungen erreicht werden. Für die Widerklägerin ist die durch die Widerbeklagte besorgte Modernisierung des Glasbrechersystems folglich völlig untauglich.

2. Fazit

93 Die Wandlung nach Art. 368 Abs. 1 OR ist zulässig und die Widerbeklagte hat die bezahlten Raten gegen Rückgabe des Werks zurück zu erstatten.

E. Anspruch auf Zinsen aus Rückforderung des Werklohns

94 Wie unter Rz 73 ff. erläutert, steht der Widerklägerin ein Anspruch auf Rückerstattung der bezahlten Raten aufgrund Vertragsrücktritts infolge Verzugs zu. Sinn des Vertragsrücktritts ist es, den vorvertraglichen Zustand wiederherzustellen (GAUCH, N 684). Folglich ist die Widerklägerin so zu stellen, als hätte sie die Raten nie geleistet. Auf der Bank hätte der Betrag im Umfang von insgesamt CHF 500'000.- gewinnbringend angelegt werden können oder die Widerklägerin hätte das Geld anderweitig investieren können. Insofern rechtfertigt sich ein Anspruch auf Zinsen.

- 95 Wie unter Rz 82 ff. ausgeführt, macht die Widerbeklagte eventualiter einen Anspruch auf Wandlung geltend.
- 96 Die Widerbeklagte hat infolge Wandlung Anspruch auf Rückforderung des Werklohns samt Zinsen (BSK-OR I-ZINDEL/PULVER Art. 368 N 25; GAUCH N 1535).
- 97 Laut Art. 4.3 Lieferungsvertrag hat die Widerklägerin bei Zahlungsverzug Zinsen in der Höhe von 12% zu leisten. Der Widerklägerin ist im Falle der Rückerstattung des Werklohns der gleiche Zinssatz zuzusprechen, da andernfalls eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung vorliegen würde.

IV Gesamtfazit

- 98 Sämtliche prozessualen Anträge der Widerbeklagten sind abzuweisen und es sind der Widerklägerin die bereits bezahlten Raten samt Zins zu 12% zurück zu erstatten.