

Moot Court Team 10
Pierina Janett
Flurin Kohler
Anna Kotlinski
Fabian Staub

EINSCHREIBEN

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Bleicherweg 5
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

Zürich, 17. April 2014

KLAGEANTWORT

Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution
Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG
Aarethalstrasse 105
CH-3052 Zollikofen
Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 1

gegen

Feller Gear AG
Hirschstrasse 22
D-70173 Stuttgart
Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 10

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Unter Wahrung der Frist stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin folgende

Rechtsbegehren

„1. Auf die Klage sei nicht einzutreten;

2. Eventualiter sei sie abzuweisen;

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.“

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidverzeichnis	VII
Materialienverzeichnis	VIII
A Nichteintreten auf Klage	1
1. Zuständigkeit	1
1.1 Verhältnis Rahmenvertrag – Einzelvertrag mit AGB.....	1
1.2 AGB als Teil des Einzelvertrages	1
1.3 Vertragsänderung durch Schweigen auf modifizierte Auftragsbestätigung.....	2
1.4 Fazit.....	3
B Klägerin als vertragsfremde Dritte in Bezug auf den Reparaturvertrag.....	3
2. Relativität der Schuldverhältnisse	3
2.1 Keine Einschränkungen der Vertragsfreiheit.....	3
2.2 Fazit.....	4
C Ablehnung einer Nachbesserungspflicht.....	4
3. Verneinung des Vorliegens eines Werkmangels im Zeitpunkt der Ablieferung... 	4
3.1 Zeitpunkt der Ablieferung.....	4
3.2 Begriff des Werkmangels.....	4
3.2.1 Kein Fehlen von vertraglich vereinbarten Eigenschaften	4
3.2.2 Kein Fehlen der besonderen Gebrauchstauglichkeit.....	5
3.3 Fazit.....	6
4. Information betreffend die Betriebseinstellung („Mängelrüge“)	6
4.1 Ablehnung des Stellvertretungsverhältnisses.....	6
4.2 Verspätete Anzeige des vermeintlichen Werkmangels (Art. 370 Abs. 3 OR).....	6
5. Möglichkeit der Mangelbehebung.....	7
6. Ausschlussgründe.....	7
6.1 Genehmigung des Werkes nach Art. 370 Abs. 3 OR	7
6.2 Bejahung von klägerischem Selbstverschulden	7
6.2.1 Unsachgemässer Gebrauch durch die MECC (Art. 17.4 Rahmenvertrag).....	8
6.2.2 Missachtung der Anweisungen von Feller Gear AG (Art. 17. 9 Rahmenvertrag)	8
6.2.3 Mangelhafter Werkstoff.....	9
6.2.4 Mangelhafte Information durch die Klägerin (Art. 4.3 Rahmenvertrag)	10
6.3 Verjährungseintritt aufgrund erfolgter Abnahme	10
6.3.1 Auslegung der vertraglichen Begrifflichkeiten.....	10
6.3.2 Erfolgreiche Durchführung der Leistungstest.....	11
7. Fazit	12
D Ablehnung der Haftung aus unsorgfältiger Auftragsausführung (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR)	12
8. Umfassendes Bestreiten einer Vertragsverletzung	12
8.1 Keine lückenhafte Überwachung und Instruktion bei der Montage.....	12
8.2 Mangelnde Kausalität der modifizierten Überwachung	13
8.3 Ablehnung der Verantwortung für die Abwesenheit beim Kalttestlauf.....	14
8.4 Mangelnde Kausalität der Abwesenheit beim Kalttestlauf.....	14

9. Umfassendes Bestreiten eines Verschuldens.....	15
E Kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.....	15
10. Ausschluss bereicherungsrechtlicher Ansprüche bei Vorliegen eines Vertrages	15
11. Bereicherung seitens der Beklagten.....	16
12. Keine kausale Entreicherung seitens der Klägerin	16
13. Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für den Vermögenszuwachs seitens der Beklagten.....	17
14. Fazit.....	17
F Keine Fälligkeit der Konventionalstrafe.....	17
15. Voraussetzungen der Konventionalstrafe	17
15.1 Kumulation	17
15.2 Mangleintritt während der Garantiezeit	18
15.3 Anerkennung der Haftung	18
15.4 Eintritt der Bedingung	19
15.5 Verschulden	20
16. Fazit.....	20

Literaturverzeichnis

BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007. (zit. BRÄNDLI, N x) [Rz. 27]

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988. (zit. BUCHER, S. y) [Rz. 12, 60]

BÜHRER MARC P., in: FORSTMOSER PETER (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, AGB-Kollisionen, Band 96, Zürich 1987. (zit. BÜHRER, N x) [Rz. 7]

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2, 4. Teilband (Art. 394 – 406) (Bern 1992). (zit. BK FELLMANN, Art. y, N x) [Rz. 45]

FORSTMOSER PETER, in: MERZ HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980. (zit. FORSTMOSER, S. y) [Rz. 2, 3]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich 2012. (zit. CHK-BEARBEITER/IN, OR y, N x) [Rz. 61]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011. (zit. GAUCH, N x) [Rz. 15, 21, 40, 42]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel 2010. (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. y, N x) [Rz. 41]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011. (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. y, N x) [Rz. 26, 55, 60, 61, 64]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012. (zit. HUGUENIN, N x) [Rz. 11, 44, 59]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012. (zit. SCHWENZER, N x) [Rz. 12]

STADLER ASTRID, in: JAUERNIG OTHMAR/STÜRNER ROLF (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 15. Auflage, München 2014. (zit. STADLER, § y, N x) [Rz. 57]

WEYERS HANS-LEO, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Werkvertrag, Köln 1981. (zit. WEYERS, S. y) [Rz. 21]

Entscheidverzeichnis

BGE 97 II 350	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 26. Oktober 1971 [Rz. 64]
BGE 105 II 284	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. November 1980 [Rz. 47]
BGE 115 II 62	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 30. Januar 1989 [Rz. 55]
BGE 126 III 119	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 6. März 2000 [Rz. 57]
BGer 4C.34/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 26. August 2002 [Rz. 29]
BGer 4C.297/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 20. Februar 2004 [Rz. 37]
BGE 132 III 715	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 28. August 2006 [Rz. 49]
BGer 4A_428/2007	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 2. Dezember 2008 [Rz. 18]
BGer 4A_252/2010	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 25. November 2010 [Rz. 26]

Materialienverzeichnis

Semaine Judiciaire 36 (1986) 613. (zit. Semjud 36 (1986) 613) [Rz. 18]

Semaine Judiciaire 18 (1989) 310. (zit. Semjud 18 (1989) 310) [Rz. 18]

A Nichteintreten auf die Klage

1. Zuständigkeit

1.1 Verhältnis Rahmenvertrag – Einzelvertrag mit AGB

- 1 Die Klägerin beruft sich in ihrer Klageschrift auf Art. 23.1 des Rahmenvertrags (K-1), wonach Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus den unter dem Rahmenvertrag abgeschlossenen Einzelverträgen durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu entscheiden sind. Der Rahmenvertrag regelt gemäss Art. 1.1 die Rahmenbedingungen der Geschäftsbeziehungen, wobei die Festlegung der spezifischen Modalitäten und Konditionen der Lieferung in separaten Einzelverträgen erfolgt. So lässt der Rahmenvertrag bewusst Raum für konkretisierende und abweichende Abreden, wobei allfällige Abweichungen gesondert aufzuführen und herauszustellen sind (Art. 2.1 Rahmenvertrag).
- 2 Grundsätzlich hat die Verweisung auf AGB vor Vertragsschluss zu geschehen. Allerdings gilt im kaufmännischen Verkehr (sowohl im schweizerischen wie auch im deutschen Recht), dass eine nachträgliche Verweisung auf AGB in Schriftform dann genügt, wenn der Vertragspartner keinen Einspruch erhebt (FORSTMOSER, S. 116).
- 3 Die Beklagte war sich zu jeder Zeit bewusst, dass allfällige Abweichungen gesondert hervorzuheben sind und sie hat die Klägerin deshalb im Bestellschein (K-2, als Bestandteil des Einzelvertrags) auf den Vorrang der AGB hingewiesen. Zudem stellte die Beklagte der Klägerin die AGB gesondert am 17. November 2011 per E-Mail zu (B-3). Beides blieb seitens der Klägerin unwidersprochen. Wer AGB ungeprüft akzeptiert – was die Klägerin durch die Unterzeichnung des Einzelvertrags tut – gibt trotzdem eine gültige Willenserklärung ab (FORSTMOSER, S. 114). Die Klägerin hat die AGB akzeptiert, somit sind diese anwendbar.

1.2 AGB als Teil des Einzelvertrages

- 4 Die AGB der Beklagten enthalten in Art. 18 eine Schiedsklausel, die im Falle einer Streitigkeit aus dem mit den AGB zusammenhängenden Vertrag ein Schiedsgericht nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. in München vorsieht. Aus Art. 1 geht hervor, dass die AGB für sämtliche internationalen Verträge der Beklagten Geltung haben, wobei diese der jeweiligen Vertragspartnerin regelmässig mit dem Leistungsschein zugestellt werden. Die Klägerin führt in Rz. 3 ihrer Klageschrift zu Recht aus, dass Art. 1.3 der AGB einzelnen schriftlichen Abreden im Vertrag, dem die AGB zuge-

hörig sind, Vorrang einräumt. Dabei erkennt die Klägerin jedoch nicht, dass die AGB Bestandteil des Leistungsscheins und so auch Bestandteil des Einzelvertrags sind und somit nicht dem Rahmenvertrag zugehörig sind. Art. 23 des Rahmenvertrags stellt keine schriftliche Abrede i.S.v. Art. 1.3 der AGB dar.

- 5 Demselben Irrtum unterliegt die Klägerin auch in Rz. 5 ihrer Klageschrift, wo sie ausführt, dass eine Individualabrede in einem Vertrag den dazugehörigen AGB vorgeht. Auch hier muss, wie bereits oben dargelegt, deutlich festgehalten werden, dass die AGB Bestandteil des Einzelvertrags sind, weshalb die Gerichtsstandsvereinbarung im Rahmenvertrag nicht den AGB des Einzelvertrages entgegensteht.
- 6 Die Bestimmungen der AGB als Teil des Einzelvertrages haben somit keinen subsidiären Charakter gegenüber dem Rahmenvertrag. Für Streitigkeiten aus dem Einzelvertrag ist die Gerichtsstandsvereinbarung in den AGB anwendbar.

1.3 Vertragsänderung durch Schweigen auf modifizierte Auftragsbestätigung

- 7 Eventualiter hat das angerufene Schiedsgericht seine Unzuständigkeit festzustellen, weil die Beklagte durch Unterzeichnung des Einzelvertrags mitsamt den AGB eine entsprechende Vertragsmodifikation angenommen hat. Das Zusenden einer modifizierten Auftragsbestätigung ist infolge der Abweichung zur Offerte als neuer Antrag zu verstehen. Eine Vertragsmodifikation kann dabei unter Verweis auf AGB geschehen, wenn denn die Vertragspartei die Auftragsbestätigung als neuen Antrag annimmt (BÜHRER, N 87 ff.). Es liegt in der Verantwortung der modifizierenden Partei, die Zustimmung ihrer Vertragspartnerin bezüglich der Vertragsabänderung einzuholen. Für gewöhnlich kann das Schweigen der Vertragspartnerin nicht als Zustimmung gewertet werden (BÜHRER, N 89). Wie allerdings nachfolgend dargelegt, lassen vorliegend die objektiven Umstände den Schluss zu, dass die Beklagte von einer Zustimmung ausgehen durfte.
- 8 I.c. bildet der Bestellschein (K-2) mit seinem Verweis auf die AGB die modifizierte Auftragsbestätigung. Die Beklagte hat der Klägerin die AGB auf ihr ausdrückliches Verlangen hin per E-Mail vom 17. November 2008 zugestellt (B-3, Verfahrensbeschluss Nr. 2). Die Beklagte durfte davon ausgehen, dass die Klägerin, wenn sie schon um den Erhalt der AGB bemüht war, diese auch sorgfältig studiert und deren Inhalt zur Kenntnis genommen hat. Dass die Klägerin widersprochen hätte, wäre sie mit den AGB oder einzelnen in ihr enthaltenen

Bestimmungen nicht einverstanden gewesen, darf ebenfalls vorausgesetzt werden – schliesslich ist die Klägerin ein weltweit tätiges Unternehmen mit einer professionellen und erfahrenen Geschäftsleitung. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die modifizierte Auftragsbestätigung angenommen hat, weshalb eine gültige Vertragsänderung zustande gekommen ist und der Gerichtsstand der AGB im vorliegenden Falle gilt.

1.4 Fazit

- 9 Das durch die Klägerin angerufene Schiedsgericht ist für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche im Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013 nicht zuständig.

B Klägerin als vertragsfremde Dritte in Bezug auf den Reparaturvertrag

- 10 Wie nachstehend ausgeführt missachtet die Klägerin mit ihren geltend gemachten Ansprüchen den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse.

2. Relativität der Schuldverhältnisse

- 11 Verträge begründen grundsätzlich nur Rechte und Pflichten zwischen den daran beteiligten Parteien (HUGUENIN, N 88). Im vorliegenden Fall wurde der Reparaturvertrag über das Zentralgetriebe II am 1. August 2011 zwischen der MECC und der beklagten Feller Gear AG abgeschlossen. Es ist dabei mangels anderslautender Hinweise nicht von einem Vertrag zugunsten eines Dritten auszugehen, welcher die Klägerin auf irgendeine Art und Weise zu einem selbständigen Einfordern der Erfüllungshandlungen berechtigen würde (vgl. HUGUENIN, N 1125).

2.1 Keine Einschränkungen der Vertragsfreiheit

- 12 Zentrales Element des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ist die Partnerwahlfreiheit, welche das Recht umfasst, seine Vertragspartner frei zu wählen (SCHWENZER, N 26.16). Dieses Recht kann dem Postulat der Privatautonomie folgend in gewissem Rahmen vertraglich beschränkt werden (z.B. Exklusivverträge oder Alleinvertriebsverträge; BUCHER, S. 263). In den vorliegenden Verträgen sind aber keinerlei Klauseln ersichtlich, die es der Beklagten in irgendeiner Weise untersagt hätten, mit der MECC ausserhalb des bestehenden Vertragsgebildes weitere vertragliche Abreden zu treffen. Ausserdem kam die Initiative zum Vertragsabschluss von Seiten der Vertragspartnerin der Klägerin, weshalb für die Beklagte kein Grund zur Annahme bestand, dass die Cementra Design AG nicht mit dem Vorgehen einverstanden war.

2.2 Fazit

- 13 Der Abschluss des Reparaturvertrages war ohne Weiteres zulässig, wobei die Klägerin daraus weder berechtigt noch verpflichtet worden ist. Weshalb sie nun dennoch Ansprüche geltend macht, die in diesem ihr fremden Vertragsverhältnis wurzeln, ist in keiner Weise ersichtlich.

C Ablehnung einer Nachbesserungspflicht

3. Kein Werkmangel im Zeitpunkt der Ablieferung

- 14 Voraussetzung für das Entstehen von Ansprüchen aus Sachgewährleistung ist das Vorliegen eines Werkmangels im Zeitpunkt der Werkablieferung, was von der Beklagten aus nachstehenden Gründen umfassend bestritten wird.

3.1 Zeitpunkt der Ablieferung

- 15 Der massgebende Zeitpunkt für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit eines Werkes ist der Moment dessen Ablieferung. In der Regel handelt es sich dabei um die körperliche Übertragung des vollendeten Werkes in Absicht der Vertragserfüllung (GAUCH, N 87).
- 16 Gemäss Einzelvertrag erfolgt die rechtlich relevante Ablieferung im King Abdul Aziz Port in Dammam (K-3), was am 2. Februar 2010 durch die Besitzübertragung an die Klägerin auch effektiv der Fall war. Dieser Standpunkt wird auch von der Klägerin in ihrer Klageschrift in Rz. 22 vertreten.

3.2 Begriff des Werkmangels

3.2.1 Kein Fehlen von vertraglich vereinbarten Eigenschaften

- 17 Die Klägerin bringt in ihrer Klageschrift vor, dem Zentralgetriebe fehle es an der Gebrauchstauglichkeit, da es nicht den Anforderungen von Art. 5.5 des Rahmenvertrages entspreche. Gemäss besagtem Artikel hat das gelieferte Werk den gesetzlichen Bestimmungen, dem Stand der Technik und den anerkannten Regeln des Software Engineerings zu entsprechen.
- 18 Als anerkannt gelten technische Regeln, wenn sie eine deutliche Mehrheit fachkundiger Anwender als richtig erachtet (BGer 4A_428/2007 vom 2.12.2008, E. 3.1). Dabei reicht es aber nicht aus, wenn ein Vorgehen zwar dem neusten Stand der Wissenschaft entspricht, sich dieses aber in der Praxis noch nicht bewährt hat (Semjud 36 (1986) 613). Massgebend für die

Bestimmung des aktuellen Branchenstandes ist dabei stets der Zeitpunkt der Werksausführung (Semjud 18 (1989) 310).

- 19 Im vorliegenden Fall wurde das Zentralgetriebe im November 2008 bestellt und aufgrund der Ausschreibung durch die MECC, der Offerte der Beklagten und eines Meetings vom 12. Oktober 2008 konzipiert. Die Klägerin bemängelt nun, dass im Rahmen dieses Prozesses bei der Konstruktion der Ölspritzeinrichtung nicht das neuartige Design berücksichtigt worden ist. Dabei verkennt sie, dass es sich bei den wenigen bereits ausgeführten Projekten um individuelle Einzelfalllösungen handelt und ein Analogieschluss nicht ohne Weiteres möglich ist. Ausserdem hat man die neuen Erkenntnisse erst ein Jahr nach Arbeitsbeginn des hier in Frage stehenden Zementwerks in ersten Objekten umgesetzt. Somit kann im Zeitraum der Werks Herstellung nicht von einem weiterentwickelten Stand der technischen Regeln die Rede sein, weshalb vom Vorliegen sämtlicher vertraglich vereinbarten Eigenschaften ausgegangen werden kann.

3.2.2 Kein Fehlen der besonderen Gebrauchstauglichkeit

- 20 Die Klägerin behauptet, dass dem gelieferten Getriebe die besondere Gebrauchstauglichkeit gefehlt habe, da die ursprüngliche Konstruktion im Zusammenhang mit den häufigen Stromausfällen nicht funktionstüchtig gewesen sei (Einleitungsanzeige, Rz. 23).
- 21 Zuerst gilt es klarzustellen, dass die Sicherstellung der Stromzufuhr im Verantwortungsbereich der MECC lag und nicht in demjenigen der Beklagten (Verfahrensbeschluss Nr. 2). Da die MECC offenbar keine ununterbrochene Stromzufuhr garantieren konnte, kann die Klägerin keine vollständige Störungsfreiheit verlangen, sondern hat eine gewisse Störungshäufigkeit als vertragsmässig hinzunehmen (WEYERS, S. 1160). Wird zudem in einem Vertrag auf die anerkannten Regeln der Technik verwiesen, so ist eine im konkreten Fall damit unvereinbare volle Gebrauchstauglichkeit nicht geschuldet (GAUCH, N 1430). Mangels Erfahrungen hätte die Verwendung des sich in Entwicklung befindenden Upgrades ein Risiko dargestellt, welches mit den vertraglichen Vereinbarungen bezüglich der Einhaltung des aktuellen Wissensstandes nicht vereinbar gewesen wäre.

3.3 Fazit

- 22 Somit kann festgehalten werden, dass das gelieferte Werk im Zeitpunkt seiner Ablieferung nicht an einem Mangel litt, sondern ein taugliches Objekt für eine einwandfreie Vertragserfüllung darstellte.

4. Information betreffend die Betriebseinstellung („Mängelrüge“)

- 23 Die Klägerin bringt an, das Schreiben vom 8. Juli 2011 hätte eine Mängelrüge im Sinne von Art. 17.3 des Rahmenvertrages dargestellt, stellvertretend ausgesprochen durch die MECC (Klageschrift, Rz. 26).

4.1 Ablehnung des Stellvertretungsverhältnisses

- 24 Es scheint sehr fragwürdig, dass sich die Klägerin einerseits auf ein Stellvertretungsverhältnis bezüglich der angeblichen Mängelrüge vom 8. Juli 2011 beruft, sich aber vom nachfolgend abgeschlossenen Reparaturvertrag distanziert. Nächste Aktivitäten seitens der Klägerin finden sich erst wieder ab dem Zeitpunkt der Verrechnungserklärung am 18. Mai 2012. Angesichts der Dringlichkeit der Schadensbehebung aufgrund des totalen Betriebsausfalls in Saudi-Arabien erweckt diese lange Passivität erhebliche Zweifel an den guten Absichten der Klägerin. Somit ist die Information bezüglich der Betriebseinstellung nicht als Mängelrüge der Cementra Design AG zu deklarieren, sondern stellt wohl einen Alleingang der MECC dar. Die im Nachhinein offensichtlichen Kommunikationsprobleme zwischen der Klägerin und ihrer Vertragspartnerin MECC dürfen sich aber keinesfalls zuungunsten der Beklagten auswirken, weshalb das Vorliegen einer korrekten Mängelrüge zu verneinen ist.

4.2 Verspätete Anzeige des vermeintlichen Werkmangels (Art. 370 Abs. 3 OR)

- 25 Falls das Gericht das Vorliegen eines versteckten Werkmangels bejaht, wäre dieser gemäss Art. 370 Abs. 3 OR ohnehin durch eine verspätete Rüge genehmigt. Im Schreiben vom 8. Juli 2011 (K-10) erwähnte Herr Al-Dschabir von der MECC, dass seit dem 26. Dezember 2010 vermehrt Teile der Produktion des Zementwerks Nr. II eingestellt werden mussten, am 8. Juli jedoch der erste Totalausfall eingetreten ist. Zusammen mit Herrn Heller wurde „zu einem früheren Zeitpunkt“ sogar die mangelhafte Ölzufuhr als Schadensursache lokalisiert.
- 26 Versteckte Mängel müssen sofort nach deren Erkennen gerügt werden. Als erkannt gelten die Mängel, sobald eine hohe Wahrscheinlichkeit bezüglich deren Vorliegen gegeben ist und die Ernsthaftigkeit der Situation deutlich wird (BSK-OR I ZINDEL/PULVER, Art. 370, N 17). Hin-

sichtlich der Wichtigkeit der Ölversorgung bei Getriebeanlagen hätte die Klägerin als Spezialistin in der Konstruktion von Zementproduktionsanlagen bei einer Häufung von punktuellen Betriebsausfällen eine Mängelrüge im Sinne des Gesetzes erheben müssen. Das Bundesgericht orientiert sich hierbei an einer siebentägigen Frist als Obergrenze (vgl. BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010, E. 6.4). Wie aus K-10 ersichtlich wird, ist dies im vorliegenden Fall nicht eingehalten worden, weshalb ein allfälliger Mangel ohnehin als genehmigt gelten würde.

5. Möglichkeit der Mangelbehebung

- 27 Die Klägerin verlangt in ihrer Klageschrift die unentgeltliche Nachbesserung des Werkes. Die Geltendmachung dieses Rechts setzt aber begriffsnotwendigerweise die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Mängelbeseitigung voraus (BRÄNDLI, N 378 ff.). Im vorliegenden Fall hat aber in der Zeit zwischen der Information über die Betriebseinstellung („Mängelrüge“) bis zur Prozesshängigkeit bereits eine Reparatur des Werkes stattgefunden. Somit besteht für die Beklagte gar keine Möglichkeit mehr, die geforderte Leistung zu erbringen. Auch kann Art. 368 Abs. 2 OR nach Arbeitsausführung nicht als blosse Kostenzumessungsnorm beigezogen werden. Vertritt die Klägerin die abzulehnende Position, die Beklagte habe die Nachbesserungsunmöglichkeit zu vertreten, so würden allenfalls ihre anderen Mängelrechte wieder aufleben (BRÄNDLI, N 566). Der Weg über das Nachbesserungsrecht bleibt aber mangels Nachbesserungsmöglichkeit verschlossen.

6. Ausschlussgründe

- 28 Nebst dem Fehlen sämtlicher anspruchsbegründender Voraussetzungen liegen, wie nachstehend ausgeführt, auch diverse Ausschlussgründe für eine Gewährleistungspflicht vor.

6.1 Genehmigung des Werkes nach Art. 370 Abs. 3 OR

- 29 Wie unter Punkt 4.2 dargelegt, ist der angebliche Mangel verspätet gerügt worden, was gemäss Art. 370 Abs. 3 OR zu einer Genehmigungsfiktion führt. Infolgedessen sind die Mängelrechte für den davon betroffenen Mangel verwirkt (BGer 4C.34/2005 vom 18.8.2005, E. 5.2).

6.2 Bejahung von klägerischem Selbstverschulden

- 30 Wie nachstehend geschildert, stellen mehrere Verhaltensweisen sowohl der Klägerin als auch ihrer arabischen Vertragspartnerin kausale Ursachen für den eingetretenen Schaden dar.

6.2.1 Unsachgemässer Gebrauch durch die MECC (Art. 17.4 Rahmenvertrag)

- 31 In der Informationsmail vom 6. Juli 2010 (B-4) beanstandete Herr Fallet die mangelhafte Baustellenvorbereitung vor Ort. Weiter bringt er an, dass bereits während dieser Phase – und somit noch vor der Verbindung mit dem Schmieröl-System (vgl. Liste „Zu erledigende Arbeiten vor Inbetriebnahme“, K-8) – das Zentralgetriebe ohne Wissen der Beklagten bewegt worden war, was erste Schäden verursacht hat (B-4). Jede durchschnittliche Person – speziell die Klägerin als Entwicklerin von Zementanlagen – weiss, dass ein Bewegen jeglicher technischer Anlagen ohne Ölversorgung fatale Folgen hat. Daher handelt es sich im vorliegenden Fall um einen unsachgemässen Gebrauch i.S.v. Art. 17.4 des Rahmenvertrags, was zu einem Haftungsausschluss seitens der Beklagten führt.
- 32 Weiter waren am Ölsystem mehrere Kontrollinstrumente vorhanden (vgl. K-4, lit. B, Ziff. 1), welche unter anderem der Überprüfung der Ölversorgung dienten. Eine ständige Ölunterversorgung, wie sie von der Klägerin behauptet wird (Einleitungsanzeige, Rz. 23), wäre somit bei genügender Sorgfalt problemlos für sie erkennbar gewesen. Der fortgeführte Betrieb ohne Information der Beklagten ist als verantwortungslos einzustufen und stellt daher ebenfalls einen unsachgemässen Gebrauch im Sinne des oben erwähnten Artikels dar.
- 33 Zudem ist sämtlichen am Projekt beteiligten Parteien bekannt, dass eine Reparatur der Anlagen nur durch speziell fachkundiges Personal zulässig ist (vgl. Art. 17.3 Rahmenvertrag). Am Tag des Betriebsausfalls am 8. Juli 2011 versuchte aber das Personal der Anlagebetreiberin einen aufgetretenen Defekt selbständig zu beheben (Einleitungsantwort, Rz. 18), was schliesslich auch den Hauptschaden am Nebengetriebe verursachte (Einleitungsantwort, Rz. 22). Somit liegt das Verschulden für den Umfang des eingetretenen Schadens ohnehin bei der Klägerin oder ihrer Endabnehmerin, da klar gegen die allgemeine Schadensminderungspflicht verstossen wurde.

6.2.2 Missachtung der Anweisungen von Feller Gear AG (Art. 17.9 Rahmenvertrag)

- 34 Im Schreiben vom 16. August 2010 wurden sowohl die Klägerin wie auch die MECC ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Starten der Zentraltriebessysteme ohne die Anwesenheit eines Servicetechnikers von Feller Gear AG nicht erlaubt sei. Diese verbindliche Weisung stellt eine Anweisung i.S.v. Art. 17.9 erstes Lemma des Rahmenvertrags dar, bei deren Missachtung die Haftung und Verantwortlichkeit der Auftragnehmerin nicht greift.

- 35 Trotz dieses Hinweises musste Herr Fallet am 15. September 2010 feststellen, dass in Abwesenheit der Beklagten sogar ein Kalt-Testlauf durchgeführt worden war (vgl. Einleitungsantwort Rz. 17). Die Klägerin bringt in ihrer Klageschrift nun vor, die Abwesenheit der Beklagten läge in deren eigenen Verschuldensbereich. Dem kann keinesfalls beigespflichtet werden, vielmehr trägt die Verantwortung für den vertragswidrigen Alleingang einzig die Klägerin. Zwar wurde die Beklagte am 23. August 2010 von Herrn Alfred Weil darauf hingewiesen, dass man „baldmöglichst“ einen Testlauf durchführen wolle, jedoch wurde gegenüber der Beklagten nie ein konkretes Datum kommuniziert. Es musste aber auch nicht mit der Durchführung des Kalttestlaufs gerechnet werden, da im Einzelvertrag ein Recht auf Teilnahme des Projektleiters festgehalten ist (K-4, lit. E, Ziff. 5). Weder Herr von Wickenbrock als Mitglied der Geschäftsleitung und Leiter von Verkauf und Nutzung, noch Herr Heller als Leiter der Abteilung Vertrieb Getriebe Industrie wurden aber zum besagten Anlass eingeladen, ja noch nicht einmal über dessen Datum informiert. Da der im Voraus erstellte Zeitplan durch die eingetretenen Verzögerungen keine verlässlichen Informationen mehr bereithielt, wäre die Beklagte umso stärker auf eine frühzeitige Information durch die Klägerin angewiesen gewesen. Die Unterhaltung eines saudischen Prinzen im Rahmen eines Baustellenbesuchs wiegt dabei wohl kaum schwerer als das Interesse der Werksherstellerin an einer Teilnahme der verantwortlichen Personen.
- 36 Dieses Vorgehen ist als bewusstes Hinwegsetzen über verbindliche Weisungen der Beklagten zu verstehen und stellt somit einen haftungsausschliessenden Vertragsverstoss i.S.v. Art. 17.9 des Rahmenvertrags dar.

6.2.3 Mangelhafter Werkstoff

- 37 Weiter ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin gemäss Art. 4.1 des Rahmenvertrages (K-1) für sämtliche Werkstoffe verantwortlich ist, die im Leistungs- und Lieferumfang der Auftragnehmerin nicht enthalten sind. Davon erfasst ist laut Verfahrensbeschluss Nr. 2 auch das mangelhafte Verriegelungssystem, welches in der durchgeführten Schadensanalyse als kausale Mitursache des eingetretenen Schadens ermittelt werden konnte (vgl. Einleitungsantwort, Rz. 23). Somit ist auch diese kausale Schadensursache ausserhalb des Verantwortlichkeitsbereichs der Beklagten anzusiedeln. Diese Risikoverteilung bezüglich mangelhafter Werkstoffe hat ihren Niederschlag auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts gefunden (u.a. BGer 4C.297/2003 vom 20.2.2004, E.2.2.1).

6.2.4 Mangelhafte Information durch die Klägerin (Art. 4.3 Rahmenvertrag)

- 38 Gemäss Art. 4.3 des Rahmenvertrages trifft die Auftraggeberin die Pflicht, die Auftragnehmerin mit sämtlichen Informationen zu versorgen, die für eine vollständige und korrekte Arbeitserfüllung nötig sind. Weiter müssen diese Informationen den tatsächlichen Verhältnissen vor Ort entsprechen. Die problematischen Verhältnisse hinsichtlich der Stromversorgung wurden gegenüber der Beklagten aber nie transparent gemacht, obwohl dies für die Konstrukteure der Feller Gear AG eine wichtige Information dargestellt hätte. Da die Gewährleistung des ordentlichen Stromzugangs der MECC oblag und die Problematik gegenüber der Auftragnehmerin nicht eingeräumt wurde, hat die Klägerin ihre Informationspflicht i.S.v. Art. 4.3 des Rahmenvertrages verletzt.

6.3 Verjährungseintritt aufgrund erfolgter Abnahme

- 39 Die Klägerin macht geltend, im vorliegenden Fall liege keine Abnahme vor, weshalb die längere Verjährungsfrist gemäss Art. 17.2 des Rahmenvertrags greife, wobei sich das fristauslösende Moment in der körperlichen Übergabe im Hafen von Dammam manifestiere (Klageschrift, Rz. 65). Diese Sichtweise wird vollumfänglich bestritten, stattdessen wird, wie nachstehend erläutert, das Eingreifen einer Abnahmefiktion bejaht.

6.3.1 Auslegung der vertraglichen Begrifflichkeiten

- 40 Grundsätzlich handelt es sich bei den Begriffen der Ablieferung und der Abnahme um korrelative Begriffe (GAUCH, N 97). In den vorliegenden Verträgen werden die Termini aber hinsichtlich unterschiedlicher Ereignisse verwendet. So beschreibt die „Ablieferung“ gemäss Einzelvertrag die körperliche Übergabe im Hafen von Dammam (K-3, Seite 2), die „Abnahme“ hingegen wird durch die Unterzeichnung eines Zertifikats oder durch das Eingreifen von Abnahmefiktionen vollzogen (K-1, Art. 13). Da von dieser Abnahme gemäss Art. 13.3 die Verpflichtungen aus Gewährleistung ausgenommen sind, handelt es sich dabei aber nicht um eine Genehmigung i.S.v. Art. 370 OR. Sinn und Zweck der Abnahme im vertraglichen Sinne sollte viel eher die Feststellung der Vollständigkeit des Werkes sein, wodurch die primäre Herstellungspflicht der Unternehmerin ihr Ende findet. Dies wird durch Art. 13.4 des Rahmenvertrages verdeutlicht, der eine Abnahmeverweigerung trotz Vorliegen der Grundfunktionen der Lieferung als missbräuchlich deklariert. Diese Auslegung ist mehr als gerechtfertigt, da der Unternehmer so einen Leistungsverzug verhindern kann, dem Besteller aber seine Mängelrechte mangels Genehmigung gewahrt bleiben.

6.3.2 Erfolgreiche Durchführung der Leistungstest

- 41 Im vorliegenden Fall kann von einem erfolgreich durchgeführten Leistungstest i.S.v. Art. 13.2.1 des Rahmenvertrages ausgegangen werden. Aus den Verträgen ist keinerlei Anwesenheitspflicht der Beklagten während der Leistungstest ersichtlich. Es wird lediglich im Leistungsschein (K-3, Seite 3) festgehalten, dass die Durchführung der Tests der Auftraggeberin obliegt. Somit liegt viel eher ein Teilnahmerecht der Unternehmerin vor, wobei die Klägerin aber auch in Abwesenheit der beklagten Feller Gear AG die Vollständigkeit und Funktionsfähigkeit des Werkes feststellen konnte. Das Ergebnis des Leistungstests wäre ausserdem auch in Anwesenheit der Beklagten identisch ausgefallen, da die Problematik der Ölunterversorgung einzig in der konkreten Situation eines Stromausfalls erkennbar gewesen ist. Zudem ist die Abwesenheit der Feller Gear AG, wie bereits ausgeführt, auf das Selbstverschulden der Klägerin zurückzuführen, weshalb die Leistungstest durch die Klägerin bis anhin auch nie beanstandet worden sind. Die korrekte Begleichung der letzten Rechnung als vertragliche Folge des Endtestlaufs (K-4, lit. F, Ziff. 3 und 4) ist ein weiterer Beweis für die Anerkennung der Vorgänge als vertragsgemäss. Dies nun zu bestreiten stellt klarerweise widersprüchliches Verhalten dar, mit welchem die Klägerin das Verbot des venire contra factum proprium verletzt (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2, N 43).
- 42 Somit kann geschlossen werden, dass am 26. Dezember 2010 ein erfolgreicher Endtestlauf stattgefunden hat, weshalb gemäss Rahmenvertrag die kürzere zwölfmonatige Frist von Art. 17.2 für die Geltendmachung allfälliger Gewährleistungsansprüche einschlägig ist. Die angebliche Mängelrüge vom 8. Juli 2011 als aussergerichtliche Erklärung vermag die Verjährungsfrist nicht zu unterbrechen, da Art. 135 OR die gesetzlichen Unterbrechungsgründe abschliessend aufzählt und vertraglich auch keine weiteren vereinbart worden sind (GAUCH, N 2271). Die Ausführung der Reparaturarbeiten durch die Beklagte kann nicht als konkludente Anerkennungshandlung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR eingestuft werden, da bereits im Schreiben vom 8. Juli 2011 auf den wahrscheinlichen Gewährleistungsausschluss hingewiesen worden ist. Von den Reparaturabreden war die Klägerin ohnehin nicht tangiert, weshalb sie nie Empfängerin einer mangelerkennenden Willenserklärung geworden ist. Die eingereichte Einleitungsanzeige hätte zwar Unterbrechungswirkung, die vereinbarte Frist ist am 11. Januar 2013 aber bereits seit mehreren Jahren verstrichen, weshalb die behaupteten Ansprüche ohnehin ihrer Klagbarkeit verlustig gegangen sind.

7. Fazit

- 43 Somit kann geschlossen werden, dass der Klägerin in Ermangelung sämtlicher anspruchsbegründenden Voraussetzungen keine Ansprüche aus Werkvertrag zustehen.

D Ablehnung der Haftung aus unsorgfältiger Auftragsausführung (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR)

8. Umfassendes Bestreiten einer Vertragsverletzung

- 44 Die Klägerin wirft der Beklagten mehrere Verletzungen der abgeschlossenen Verträge vor, was wie nachstehend ausgeführt umfassend bestritten wird. Die Beklagte handelte stets pflichtgemäss und im Interesse ihrer Auftraggeberin (vgl. HUGUENIN, N 3221).

8.1 Keine lückenhafte Überwachung und Instruktion bei der Montage

- 45 Gemäss Einzelvertrag (K-3) kommt der Auftragnehmerin im Rahmen des technischen Services die Rolle der Überwachung bei der Neumontage und Inbetriebnahme zu. Dies wird im Anhang I des besagten Einzelvertrages (K-4) dahingehend konkretisiert, dass das Servicepersonal der Beklagten die Montagearbeiten beaufsichtigt und instruiert. Genauere verbindliche Weisungen bezüglich der konkreten Art der Ausführung finden sich in den Verträgen nicht. Für die Auslegung dieser Bestimmungen ist ebenfalls zu berücksichtigen, wie die Parteien die einzelnen Klauseln in der Realität umgesetzt haben. Aus der Einleitungsantwort geht hervor, dass sich die Ingenieure der Auftragnehmerin vor Ort bereithalten, die konkreten Einsätze dann aber von der Auftraggeberin festgelegt werden (Rz. 15, Inanspruchnahme des technischen Services). Somit handelt es sich bei dieser konkreten Festlegung der Arbeitseinsätze um ein Weisungsrecht der Auftraggeberin, welches sie zu einer einseitigen Konkretisierung des vertraglichen Rahmens ermächtigt (BK FELLMANN, Art. 397, N 9). Die Auftragnehmerin trifft trotz grundsätzlicher Befolgungspflicht dieser Weisungen aber auch eine Pflicht zum Mitdenken, wobei sie stets zu hinterfragen hat, ob die einmal erteilten Weisungen noch dem Sinn der Auftraggeberin entsprechen. Diese Ansicht wird auch in der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu § 665 BGB vertreten, welcher dem schweizerischen Art. 397 OR entspricht (vgl. BK FELLMANN, Art. 397, N 3 und 55). Von einer geplanten Abweichung von verbindlichen Weisungen ist der Auftraggeberin aber grundsätzlich im Voraus Anzeige zu machen, wobei ihr Gelegenheit zum Entschluss geboten werden muss (§ 665 BGB).
- 46 Das erste Element der vertraglichen Vereinbarungen, die Instruktion der mit der Ausführung betrauten Personen, hat mangels anderslautender Weisungen korrekt stattgefunden, indem

Herr Fallet der Klägerin und der MECC vor seiner Abreise eine umfassende Liste mit den zu erledigenden Arbeiten ausgehändigt hat (K-8), in welcher ausserdem ausdrücklich auf die Folgen einer allfälligen Nichtbeachtung hingewiesen wurde.

47 Das zweite Element der Beaufsichtigung soll eine korrekte Arbeitsausführung garantieren. Die Montagearbeiten vor Ort kamen wider Erwarten nur äusserst schleppend voran, wobei der Service der Beklagten auch nur punktuell in Anspruch genommen wurde (Einleitungsantwort, Rz. 15). Diese Entwicklung der tatsächlichen Geschehnisse war in der vorgängig ausgesprochenen Weisung zur ständigen Anwesenheit von Ingenieuren aufgrund ihrer Unvorhersehbarkeit nicht berücksichtigt worden. Aufgrund der Pflicht zum aktiven Mitdenken und zur bestmöglichen Interessenwahrung der Auftraggeberin hat sich der zuständige Ingenieur der Beklagten zu Recht verpflichtet gefühlt, von der ursprünglich erteilten Weisung abzuweichen. Dem sachverständigen Beauftragten wird zur Interessenwahrung des Auftraggebers ein grösserer Ermessensspielraum in der Interpretation des Auftrages zugestanden (BGE 105 II 284 E. 1 285). Die Beklagte als Spezialistin in der Herstellung von Getrieben aller Art war ohne Weiteres in der Lage abzuschätzen, ob auch eine nachträgliche Kontrolle der ausgeführten Arbeiten den Sinn und Zweck der vereinbarten Beaufsichtigung wahren kann. Dies war vorliegend der Fall, schliesslich sind die Arbeiten bis dahin auch mit lediglich sporadischer Inanspruchnahme des technischen Services störungsfrei vorangekommen (vgl. Einleitungsantwort, Rz. 15). Mit seiner Abreise hat Herr Fallet zugleich auch die finanziellen Interessen der Klägerin gewahrt. Eine illoyale Vertragspartei hätte wohl versucht möglichst viel Lohn einzuheimsen (vgl. zur Berechnung K-4, lit. E, Ziff. 7).

48 Wie auch in § 665 BGB verlangt, hat die Auftragnehmerin vor diesem von den ursprünglichen Weisungen abweichenden Vorgehen ihre Benachrichtigungspflicht gewahrt, indem die Abreise vorgängig angekündigt worden war (vgl. K-8). Der Auftraggeberin war also hinreichend Zeit geblieben um angemessen zu reagieren, was vorliegend aber unterlassen wurde. Somit durfte und musste die Beklagte ihrer eigenen fachkundigen Einschätzung der Situation folgen, was auch dem hypothetischen Willen der Auftraggeberin zu entsprechen schien.

8.2 Mangelnde Kausalität der modifizierten Überwachung

49 Damit Art. 97 Abs. 1 OR als taugliche Anspruchsgrundlage beigezogen werden kann, muss zwischen der in Frage stehenden Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden natürliche und adäquate Kausalität vorliegen. Die natürliche Kausalität wird bejaht, wenn die schä-

digende Handlung nicht weggedacht werden kann, ohne dass nicht auch der eingetretene Schaden entfielen (BGE 132 III 715 E. 2.2 718).

- 50 Gemäss den Ermittlungen der Beklagten konnten für den Schaden verschiedene kausale Mitursachen ermittelt werden. Wie dargelegt sind einerseits der unsachgemässe Gebrauch der Anlage und die Missachtung klarer Anweisungen der Beklagten als Schadensursachen zu nennen. Andererseits ist in die Gesamtanlage ein mangelhaftes Verriegelungssystem eingebaut worden, welches ebenfalls als für den Schaden ursächlich deklariert werden konnte.
- 51 Der unsachgemässe und werksschädigende Gebrauch durch die Klägerin hat bereits vor der Abreise von Herrn Fallet am 16. August 2010 stattgefunden (gemeldet am 6. Juli 2010, B-4). Die dadurch entstandenen Schäden hätten durch eine ständige Anwesenheit der Beklagten während der darauffolgenden Phase der Montage und Ingebrauchnahme somit nicht verhindert werden können. Auch in Bezug auf die Schadensursache des mangelhaften Verriegelungssystem kann die ständige Anwesenheit der Ingenieure nicht als *conditio cum qua non* betrachtet werden, da diese mangels Fachkenntnissen bezüglich solch spezieller Einzelteile deren Mangelhaftigkeit ohnehin nicht hätten erkennen können. Der Hauptteil des eingetretenen Schadens ereignete sich zudem erst am Tage des Betriebsausfalls, welcher sich erst ungefähr drei Monate nach dem letzten Einsatz der Ingenieure von Feller Gear AG (vgl. Einleitungsanzeige Ziff. 19) ereignete. Somit besteht in diesem Schadensposten ohnehin kein Zusammenhang mit der Überwachung während der Montagephase.
- 52 Demnach fehlt es bereits an der nötigen natürlichen Kausalität, weshalb eine Prüfung der adäquaten Kausalität obsolet wird.

8.3 Ablehnung der Verantwortung für die Abwesenheit beim Kalttestlauf

- 53 Anders als von der Klägerin behauptet, liegt die Verantwortung für den Alleingang bei der Durchführung des Kalttestlaufs nicht auf Seiten der Beklagten. Für genauere Ausführungen kann an dieser Stelle auf Punkt 6.2.2 verwiesen werden. Somit kann erneut festgehalten werden, dass die Beklagte auch in diesem Punkt keine Vertragsverletzung begangen hat.

8.4 Mangelnde Kausalität der Abwesenheit beim Kalttestlauf

- 54 Wie bereits in Punkt 8.2 würde es auch hier an der nötigen natürlichen Kausalität zum Schadenseintritt mangeln. Die schadenshervorrufenden Ereignisse (unsachgemässer Ge-

brauch, mangelhaftes Verriegelungssystem, etc.) sind bereits vor der Durchführung der Testläufe eingetreten. Da sich deren Auswirkungen aber erst in der konkreten Situation eines Stromausfalls offenbaren, wären die Unstimmigkeiten auch trotz Anwesenheit der Beklagten im Verborgenen geblieben.

9. Umfassendes Bestreiten eines Verschuldens

- 55 Bei der Ermittlung des Verschuldens muss stets beachtet werden, dass die Auftragnehmerin lediglich ein erfolgsbezogenes Tätigwerden schuldet, sie aber grundsätzlich nicht für das Eintreten des Erfolges einstehen muss (BSK OR I-WEBER, Art. 398, N 27). Für den zu beachtenden Sorgfaltsmassstab verweist das Gesetz in Art. 398 Abs. 1 OR explizit auf die Regelungen des Arbeitsrechts, speziell Art. 321e OR. Dabei handelt es sich um einen objektivierten Massstab, der sich am berufsspezifischen Durchschnittsverhalten orientiert (BGE 115 II 62 E. 3a 64). Die Haftung entfällt somit, wenn die Schadensursachen nach dem aktuellen Stand des Wissens trotz aufmerksamer und gewissenhafter Prüfung nicht hätten erkannt werden können (BSK OR I-WEBER, Art. 398, N 27).
- 56 Selbst wenn die oben beschriebenen Handlungen der Beklagten vom Gericht als ursächlich für den Schaden eingestuft werden, so können sie keinesfalls als vorsätzlich bezeichnet werden. Die Beklagte hat stets im Interesse der Klägerin gehandelt um ihr eine bestmögliche Leistung zu bieten, aber auch um eine unnötige Kostenanhäufung zu vermeiden. Auch das Vorliegen von Fahrlässigkeit kann verneint werden, da die Beklagte bei ihrem Vorgehen immer die notwendige Sorgfalt angewendet hat. Herr Fallets Abreise wurde, wie dargelegt, korrekt angekündigt, eine Reaktion der Klägerin ist daraufhin aber ausgeblieben. Die Abwesenheit der Beklagten bei den Leistungstests hat die Klägerin zu verantworten, weshalb ein Verschulden beklagtenseits umfassend zu verneinen ist.

E Kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

10. Ausschluss bereicherungsrechtlicher Ansprüche bei Vorliegen eines Vertrages

- 57 Der Meinung des Bundesgerichts folgend ist hier an erster Stelle festzuhalten, dass die Kondiktion nach Art. 62 OR ausgeschlossen ist, solange die Möglichkeit besteht, die geforderten Ansprüche auf einer vertraglichen Grundlage abzustellen (BGE 126 III 119 E. 3c 122). Dieser Vorrang der vertraglichen Ansprüche entspricht auch der Auffassung in der deutschen Rechtsprechung und Lehre zur ungerechtfertigten Bereicherung (STADLER, § 812, N 8).

58 Die Klägerin macht hier primär vertragliche Ansprüche geltend, indem sie sich sowohl auf das Recht des Werkvertrags als auch auf das Recht des Auftrags beruft. Somit ist ohnehin kein Raum für bereicherungsrechtliche Ansprüche gegeben, weshalb folgende Abhandlungen nur beizuziehen sind, falls das Schiedsgericht die Auffassung des Bundesgerichts bezüglich der Konkurrenz zu vertraglichen Ansprüchen nicht zu teilen gedenkt.

11. Bereicherung seitens der Beklagten

59 Die Klägerin bringt an, bei der Beklagten sei durch das Einfahren eines Reparaturwerklohnes und durch das Einsparen der Krankkosten eine Vermögensvermehrung von EUR 322'775.- eingetreten (Klageschrift, Rz. 51). Dass der durch die MECC bezahlte Werklohn grundsätzlich zu einer Zunahme der Aktiven im Sinne der Differenzhypothese (HUGUENIN, N 1776) geführt hat, liegt auf der Hand. Die Übernahme der Krankkosten durch die arabische Vertragspartnerin stellt aber seitens der Beklagten keinesfalls eine Ersparnis dar, da sie gemäss des geschlossenen Reparaturvertrages nicht zur Übernahme dieser Kosten verpflichtet war. Es bleibt an dieser Stelle, wie einleitend unter B, erneut auf die Relativität dieses Schuldverhältnisses hinzuweisen.

12. Keine kausale Entreicherung seitens der Klägerin

60 Damit die Klägerin sich erfolgreich auf Art. 62 OR berufen könnte, müsste sich die Beklagte auf Kosten der Cementia Design AG bereichert haben. Sie sieht in der Verrechnung durch die MECC im Rahmen ihres eigenen Werklohnes eine Entreicherung, für die sie die Beklagte unmittelbar verantwortlich macht (Klageschrift, Rz. 52). Das Vermögen der Klägerin hat zweifelsohne eine Reduktion erlitten, wobei aber keinesfalls der nötige Kausalzusammenhang zur Vermögenszunahme seitens der Beklagten besteht (BUCHER, S. 659). Die Rechnungsstellung gegenüber der MECC ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung keinesfalls geeignet, die eingetretene Vermögensreduktion der Klägerin zu verursachen. Die Vermögensveränderungen wurzeln lediglich in einer gemeinsamen Ursache, der nötige direkte Zusammenhang ist aber nicht gegeben (vgl. BSK OR I-SCHULIN, Art. 62, N 8). Die Verrechnung lag ausserhalb des Machtbereichs der Beklagten, weshalb sich die Klägerin diesbezüglich viel eher an ihre saudi-arabische Vertragspartnerin zu wenden hat.

13. Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für den Vermögenszuwachs seitens der Beklagten

- 61 Die Bereicherung ist ungerechtfertigt, wenn es an einem Rechtsgrund fehlt, der den Bereicherten zum Behalten der erlangten Zuwendung berechtigt (CHK-HAHN, OR 62, N 5). Den hier fraglichen Nutzen hat die Beklagte in gutem Glauben basierend auf einem gültigen Vertrag mit der MECC erhalten. In derartig gelagerten Fällen versagt das Bundesgericht die Rückforderung gestützt auf Art. 62 OR auch dann, wenn die Zahlungsmittel dem Dritten, i.c. der MECC, ohne Rechtsgrund aus dem Vermögen des Entreicherten zugekommen sind (BSK OR I-SCHULIN, Art. 62, N 10a).

14. Fazit

- 62 Somit ist der Anwendungsbereich des Art. 62 OR weder eröffnet, noch sind seine anspruchsbegründenden Voraussetzungen erfüllt.

F Keine Fälligkeit der Konventionalstrafe

- 63 Die Klägerin macht eine Vertragsstrafe nach Art. 14 des Rahmenvertrags (K-1) geltend. Die Voraussetzungen dafür sind jedoch, wie nachfolgend dargelegt, nicht erfüllt.

15. Voraussetzungen der Konventionalstrafe

15.1 Kumulation

- 64 Das Verhältnis zwischen Strafanspruch und Erfüllungsanspruch ergibt sich aus Art. 160. Nach Abs. 2 desselben kann die Vertragsstrafe bei Nichteinhaltung der Erfüllungszeit nur dann zusätzlich zur Erfüllung gefordert werden, wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners nicht vorbehaltlos annimmt (BSK OR I-EHRAT, Art. 160, N 21). Die vorbehaltlose Annahme gilt auch dann als Verzicht durch den Gläubiger, wenn kein Verzichtswille vorgelegen hat (BGE 97 II 350 E. 2a 352).
- 65 In Rz. 69 ihrer Klageschrift hält die Klägerin ohne Nennung von weitergehenden Argumenten fest, dass die Leistung nicht vorbehaltlos angenommen wurde. Diese Annahme ist aus folgendem Grund fragwürdig. In Rz. 26 und 72 ihrer Klageschrift führt die Klägerin aus, dass die MECC als ihre Stellvertreterin gehandelt haben soll. Im Falle jedoch der Annahme der Reparaturleistung mittels widerspruchloser Bezahlung der Rechnung durch die MECC will die Klägerin nichts mehr von einem Stellvertretungsverhältnis wissen. Es muss daher auch in

Bezug auf die Forderung der Konventionalstrafe an den guten Absichten der Klägerin gezwweifelt werden.

15.2 Mangleintritt während der Garantiezeit

- 66 Die Garantiezeit berechnet sich nach den einschlägigen Bestimmungen des Rahmenvertrages. Sie beträgt nach Ablieferung 36 Monate oder nach Abnahme 12 Monate, je nach dem was früher eintritt (Art. 17.2 Rahmenvertrag).
- 67 Die rechtlich relevante Ablieferung hat, wie in Punkt 3.1 bereits ausgeführt und von der Klägerin in Rz. 22 der Klageschrift dargelegt, am 2. Februar 2010 im Hafen von Dammam stattgefunden. Allerdings hat, entgegen der Ausführungen der Klägerin, nicht nur eine Ablieferung sondern auch eine Abnahme der Zentralgetriebe stattgefunden, wie in Punkt 6.3.2 ebenfalls bereits ausgeführt wurde. Am 26. Dezember 2010 wurde der Endtestlauf durchgeführt und darauf folgend ging die letzte Zahlung der Klägerin ein. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die Zentralgetriebe an jenem Tag abgenommen hat. Damit betragen die Verjährungsfrist und die Garantiezeit 12 Monate ab dem 26. Dezember 2010. Der Beklagten wurde am 8. Juli 2011 angezeigt, dass das Zementwerk II mit dem Zentralgetriebe II abgeschaltet werden musste (K-10). Daher ist ersichtlich, dass der Mangel vor Ablauf der Garantiezeit eingetreten ist.

15.3 Anerkennung der Haftung

- 68 Eine Anerkennung der Haftung für den Mangel ist durch Erklärung möglich, des Weiteren besteht eine Vermutung in Art. 17.5 des Rahmenvertrages. Danach wird eine Anerkennung der Haftung angenommen, wenn die Beklagte nicht innert sieben Tagen ab Information der Klägerin der Behebung des Mangels nachkommt.
- 69 Art. 17.5 des Rahmenvertrags soll ermöglichen, dass eine Anerkennung der Haftung auch dann stattfinden kann, wenn die Auftragnehmerin nicht auf entsprechende Rügen der Auftraggeberin reagiert. Dabei ist mit „Nachkommen“ nicht etwa der effektive Beginn der Reparatur gemeint, sondern wohl eher eine Reaktion und beginnende Planung der Reparatur seitens der Beklagten. Denn innerhalb der kurzen Frist von sieben Tagen ist es unmöglich sowohl geeignetes Personal als auch die notwendigen Einreiseunterlagen für Saudi-Arabien zu organisieren und schon mit einer seriösen Reparatur zu beginnen. Am 8. Juni 2011 wurde die Beklagte mittels Fax über die Abschaltung des Zementwerks II mit dem Zentralgetriebe II

informiert. Sie antwortete darauf umgehend am 10. Juni 2011 und schickte Herrn Alain Senecky, welcher ab dem 18. Juni 2011 vor Ort in Saudi-Arabien war, um Abklärungen für eine eventuelle Reparatur zu treffen. Die Frist von sieben Tagen um der Aufforderung zur Behebung des Mangels nachzukommen wurde von der Beklagten somit eingehalten.

- 70 Des Weiteren darf nicht vergessen werden, dass die Beklagte in der E-Mail vom 10. Juni 2011, also innerhalb der in Art. 17.5 des Rahmenvertrags geregelten Frist, klar zum Ausdruck brachte, dass sie keine Haftung für Mängel übernehmen werde, falls der Schaden darauf zurückzuführen ist, dass die Zentralgetriebe nicht auf die im mitgelieferten Handbuch beschriebene Weise betrieben worden sind. Wie sich später herausstellen sollte war genau dieses weisungswidrige Verhalten Ursache des Mangel. Der Einbau des neuen Zentralgetriebes kann nicht als mangelanerkennende Handlung angesehen werden, da die Beklagte diese gegenüber der MECC als eigenständigen Vertragspartnerin erbracht hat und die Klägerin nie deren Adressatin war. Zusätzlich dazu wurden die Kosten für den Einbau der MECC in Rechnung gestellt, was eine Anerkennung des Mangels seitens der Beklagten ausschliesst.
- 71 Von einer Anerkennung der Haftung für die entstandenen Schäden durch die Beklagte kann daher nicht gesprochen werden.

15.4 Eintritt der Bedingung

- 72 Die Konventionalstrafe wird fällig, wenn ein in Art. 17.5 des Rahmenvertrags festgehaltener Sachverhalt eintritt. Dabei wird für die Bemessung der Konventionalstrafe auf dessen Art. 14 verwiesen. Die Beklagte macht geltend, dass eine Reparatur im Sinne dieser Bestimmung vorliegt und die Konventionalstrafe deshalb geschuldet ist.
- 73 Von einer Reparatur kann vorliegend aber nicht gesprochen werden, da nicht etwa ein fehlerhaftes Teil wiederhergestellt, sondern ein gänzlich neues Schmiersystem in das Zentralgetriebe II eingebaut wurde. Dabei wurde das alte Schmiersystem aus dem Zentralgetriebe ausgebaut und ein komplett anders aufgebautes System eingebaut. Eine solche Neukonzeption im Rahmen eines Upgrades fällt nicht unter den Begriff der „Reparatur und Auswechslung“ wie er in Art. 17.3 des Rahmenvertrages festgehalten wurde. Die Bedingung für die Fälligkeit der Konventionalstrafe ist nicht eingetreten.

15.5 Verschulden

- 74 Gemäss Art. 17.9 des Rahmenvertrags ist die Beklagte für Leistungsgarantien nur unter der Voraussetzung verantwortlich, dass die Klägerin der Erfüllung aller ihrer Pflichten vollständig und rechtzeitig nachgekommen ist. Wie aus Punkt 6.2.2 der vorliegenden Klageantwort hervorgeht, hat die Klägerin jedoch durch die Missachtung verbindlicher Anweisungen der Beklagten ihre Pflicht nicht wahrgenommen. Der Zweck der verabredeten Konventionalstrafe besteht darin, eine Betriebsunterbrechung infolge eines Schadenfalls möglichst kurz zu halten. Allerdings trifft die Beklagte gemäss Art. 17.7 nur dann eine Pflicht zur möglichst raschen Mangelbehebung, wenn sie den Mangel zu verantworten hat. Aus dieser Vertragsbestimmung wird deutlich, dass eine Konventionalstrafe zur Einhaltung einer kurzen Reparaturzeit nur dann überhaupt gefordert werden könnte, wenn die Beklagte den Mangel auch zu vertreten hätte, was vorliegend, wie dargelegt, keinesfalls bejaht werden kann. Bereits aus diesem Grund ist das vorausgesetzte Verschulden der Beklagten nicht gegeben und die Klägerin kann somit die Zahlung der Konventionalstrafe nicht fordern.
- 75 Sollte das Gericht allerdings zur Überzeugung gelangen, dass die Beklagte den Mangel zu vertreten hat, so ist die Vertragsstrafe trotzdem nicht geschuldet, weil die Beklagte kein Verschulden an der Nichteinhaltung der verabredeten Erfüllungszeit trifft. Vielmehr haben verschiedene Ursachen zur Verspätung bei den Wiederinstandsetzungsarbeiten geführt. Zum einen musste das Zentralgetriebe II vollständig ausgebaut und nach Deutschland transportiert werden. Dazu wurden zwei Kräne gebraucht, die ihrerseits vor Ort gebracht und einsatzbereit gemacht werden mussten. Was die Arbeiten an der Maschine betrifft, so kann, wie bereits erläutert, nicht von einer Reparatur gesprochen werden, da ein gänzlich neues Schmierölsystem eingebaut wurde. Diese Neukonzeption übersteigt den Bedarf an Materialien und Bestandteilen für die üblichen Wartungs- und Reparaturarbeiten. Die Beschaffung der entsprechenden Teile war für die Beklagte somit nicht voraussehbar, weshalb ihr keine Fehlkalkulation der Lieferfristen vorgeworfen werden kann.

16. Fazit

- 76 Die Voraussetzungen zur Fälligkeit der Konventionalstrafe sind nicht erfüllt. Die klägerische Forderung auf Zahlung von EUR 108'000.- ist abzuweisen.

Mit vorzüglicher Hochachtung, Moot Court Team 10