

Moot Court Team 1

Dominik Järmann

Laura Massei

Maximilien Szabo

Carmen Spichiger

EINSCHREIBEN

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution

c/o Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

18. April 2014

Klageantwort

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013

in Sachen

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 1

gegen

Cementra Design AG

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 10

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. Y.

Sehr geehrter Herr Dr. X.

Sehr geehrter Herr Dr. A.

Unter Wahrung der angesetzten Frist stellen wir namens und mit Vollmacht der Beklagten 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.....	III
Entscheidungsverzeichnis.....	V
A. Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts	1
I. Einbeziehung der AGB.....	1
II. Kein Vorrang von Art. 23 des Rahmenvertrages.....	1
1. Allgemeines zur Auslegung von Ziffer 1.3 der AGB	2
2. Auslegung nach dem Wortlaut.....	2
3. Systematische Auslegung.....	2
4. Betrachtung des Vertragszweckes	3
5. Ergebnis der Auslegung von Ziffer 1.3 der AGB.....	3
III. Auswirkungen des Auslegungsergebnisses auf die Zuständigkeit	3
IV. Auswirkungen der Zuständigkeit auf das anwendbare Recht	4
V. Fazit	4
B. Keine Pflicht zur Sachgewährleistung	4
I. Lieferung eines mängelfreien Werkes.....	4
II. Keine Verpflichtung zum Ersatz des Mangelfolgeschadens	5
III. Keine Berechtigung zur Ausübung des Minderungsrechtes.....	5
IV. Keine Anerkennung der Mängelrüge	6
V. Ausschluss der gesetzlichen Sachgewährleistung	6
1. Selbstverschulden der Klägerin am Werkmangel	6
2. Anrechenbares Verhalten der MECC	8
3. Fazit	8
VI. Ausschluss der vertraglichen Mängelhaftung	9
1. Greifen vertraglicher Haftungsvorbehalte.....	9
2. Fazit	9
VII. Ausschluss der Haftung aufgrund Verjährung	10
1. Erfolgte gesetzliche Abnahme	10
2. Erfolgte vertragliche Abnahme.....	10
a) Abnahme durch Erfüllung der Leistungsgarantien.....	11
b) Abnahme durch fehlende Möglichkeit der Durchführung eines Leistungstests.....	11
c) Eventualbegründung: Abnahme aufgrund nicht erfolgreich abgeschlossenen Leistungstests.....	12
d) Einrede der vertraglichen Verjährung.....	12
VIII. Keine Haftung aufgrund Treupflichtverletzung.....	12
IX. Keine Haftung aufgrund auftragsrechtlicher Sorgfaltspflichtverletzung.....	14
X. Kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.....	16
XI. Kein Anspruch aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag	16
1. Keine Besorgung eines fremdes Geschäfts ohne Handlungspflicht.....	16
2. Kein Eigengeschäftsführungswille	17
3. Fazit	17
C. Konventionalstrafe	17
I. Ausschluss der Konventionalstrafe	17
1. Untergang des Anspruchs durch vorbehaltlose Annahme.....	17
2. Fehlendes Verschulden der Beklagten	18
3. Fazit	19
II. Eventualiter: Herabsetzung der Konventionalstrafe.....	19
1. Vorliegen eines krassen Missverhältnisses.....	19
2. Fazit	20

Literaturverzeichnis

- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
(zit.: BUCHER, OR AT, S. x)
[zit. in: Rz. 2, 7]
- BÜHLER THEODOR Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V, Teilband 2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998
(zit.: ZK-BEARBEITER, Art. x, N y)
[zit. in: Rz. 27]
- FELLMANN WALTER Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 4. Auflage, Bern 1992
(zit.: BK-BEARBEITER, Art. x, N y)
[zit. in: Rz. 53]
- GAUCH PETER Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011
(zit.: GAUCH, Werkvertrag, Rz. y)
[zit. in: Rz. 18, 27, 40, 42, 77]
- HONSELL HEINRICH/
VOGT NEDIM PETER/
WIEGAND WOLFGANG Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Auflage, Basel 2011
(zit.: BSK-BEARBEITERIN, Art. x, N y)
[zit. in: Rz. 2, 8, 9, 10, 11, 22, 27, 42, 69, 71, 79]
- HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012
(zit.: HUGUENIN, Rz. y)
[zit. in: Rz. 7, 69]

HUGUENIN CLAIRE/

MÜLLER-CHEN MARKUS/

GRISBERGER DANIEL

Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht,

Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag,

Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012

(zit.: CHK-BEARBEITER, Art. x, N y)

[zit. in: Rz. 40]

TRACHSEL HERIBERT

Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln,

Die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung, Diss., St. Gallen 2000

(zit.: TRACHSEL, N y)

[zit. in: Rz. 27, 32]

Entscheidverzeichnis

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts:

- BGE 77 II 154 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Februar 1951
[zit. in: Rz. 2]
- BGE 89 II 405 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. September 1963
[zit. in: Rz. 40]
- BGE 97 II 350 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Oktober 1971
[zit. in: Rz. 77]
- BGE 116 II 519 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1990
[zit. in: Rz. 53]
- BGE 117 II 563 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 22 Oktober 1991
[zit. in: Rz. 61]
- BGE 122 III 118 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. März 1996
[zit. in: Rz. 7]
- BGE 127 III 357 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung Vom 28. Juni 2001
[zit. in: Rz. 53, 61]

BGE 129 III 118	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Oktober 2002 [zit. in: Rz. 7]
BGE 131 III 217	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Januar 2005 [zit. in: Rz. 7]
BGer 4C.428/1999	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Februar 2000 [zit. in: Rz. 22]
BGer 4C.282/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Dezember 2003 [zit. in: Rz. 2]
BGer 4C.427/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Mai 2005 [zit. in: Rz. 2]
BGer 4C.106/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Oktober 2005 [zit. in: Rz. 22]
BGer 4A_303.2007	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. November 2007 [zit. in: Rz. 57]
BGer 4A_174/2011	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Oktober 2011 [zit. in: Rz. 84]

Entscheid des Zürcherischen Verwaltungsgerichts:

VB.2012.00410

Zürcher Verwaltungsgericht, Entscheid vom 21. November 2012

[zit. in: Rz. 27]

A. Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts

- 1 Die Klägerin hält in ihrer Klageschrift fest, dass die von ihr geltend gemachten Ansprüche durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich entschieden werden müssen (Klageschrift [nachfolgend KS], Rz. 2ff.). Dies trifft, wie nachfolgend dargelegt werden soll, nicht zu. Die Beklagte beantragt deshalb, dass das Schiedsgericht auf die Klage der Klägerin nicht eintrete.

I. Einbeziehung der AGB

- 2 Damit AGB in einem konkreten Vertrag Geltung entfalten, müssen sie von den betroffenen Parteien zum Vertragsbestandteil erhoben werden (BSK-BUCHER, Art. 1, N 52). Der Einbezug der AGB kann dabei ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGer 4C.427/2005 E. 2.1). Bei einer Globalübernahme gelten die AGB auch dann als übernommen, wenn die Gegenpartei die AGB nicht vollständig zu Kenntnis genommen oder bedacht hat (BGer 4C.282/2003 E.3.1). Es muss der übernehmenden Partei jedoch möglich gewesen sein, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen (BGE 77 II 154 E.4).
- 3 Die Klägerin wurde auf dem Bestellschein vom 13. November 2008 auf die AGB der Beklagten hingewiesen. Das Schiedsgericht hielt dabei selbst fest, dass der Klägerin eine Kenntnisnahme der AGB möglich war, da die Beklagte dieser die AGB nach der Zusendung des Bestellscheins vom 13. November 2008 ausgehändigt habe (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziffer 7).
- 4 Die Klägerin wusste somit bei Vertragsschluss vom 16. November 2008 von den AGB der Beklagten und es war ihr sowohl möglich als auch zumutbar von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen. Die AGB wurden folglich gültig in den Einzelvertrag CDAG GETR-002-2008 einbezogen.

II. Kein Vorrang von Ziffer 23 des Rahmenvertrages

- 5 Die Klägerin hält in ihrer Klageschrift fest, dass die in Ziffer 23 des Rahmenvertrages enthaltene Schiedsklausel derjenigen von Ziffer 18.1 der AGB vorgehe (KS, Rz. 5f.). Dies trifft jedoch aus nachfolgend zu erläuternden Gründen nicht zu.
- 6 Die Beklagte hat in Ziffer 1.3 der AGB festgehalten, dass die Vertragspartnerin die AGB mit Abschluss des Einzelvertrages vom 16. November 2008 vollumfänglich anerkennt, wobei im

Einzelvertrag entgegenstehende schriftliche Vereinbarungen im Vertrag vorbehalten bleiben. Ob mit dem Wort „Vertrag“ lediglich entgegenstehende Abreden im „Einzelvertrag“, auf den sich der Bestellschein vom 13. November 2008 bezieht oder auch solche im „Rahmenvertrag“ vom 12. Oktober 2008 gemeint sind, ist durch Auslegung zu ermitteln. Eine solche Auslegung ergibt jedoch deutlich, dass mit dem in Ziffer 1.3 AGB enthaltenen Ausdruck „Vertrag“ der „Einzelvertrag“ gemeint ist, in welchem sich keine entgegenstehende Schiedsklausel befindet. Die Gründe dafür sollen nachfolgend erläutert werden.

1. Allgemeines zur Auslegung von Ziffer 1.3 der AGB

- 7 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind prinzipiell nach den gleichen Grundsätzen wie Individualabreden auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a). Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist dabei zuerst mittels subjektiver Auslegung der tatsächliche Parteiwille zu ermitteln. Da bei AGB der Vertragsinhalt einseitig bestimmt wird, ist eine subjektive Auslegung derselben jedoch nicht möglich (HUGUENIN, Rz. 278 ff.). Es drängt sich folglich eine objektivierte Betrachtungsweise auf. Ziel jener Auslegung ist die Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien (BGE 131 III 217 E. 3). Der mutmassliche Parteiwille ist nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu ermitteln (BGE 129 III 118 E. 2.5). Er ist dabei ex tunc, d.h. vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus betrachtet, zu eruieren (BUCHER, OR AT, S. 184).

2. Auslegung nach dem Wortlaut

- 8 Bei der Auslegung von Verträgen sowie von AGB ist stets vom Wortlaut auszugehen (BSK-WIEGAND, Art. 18, N 19). In casu ist in Ziffer 1.3 der AGB von „Vertrag“ und nicht etwa von „Verträgen“ die Rede. Da das Wort „Vertrag“ in der Singularform gebraucht wurde, kann folglich nur ein einziger Vertrag gemeint sein, dessen entgegenstehende Abreden vorgehen. Da sich der Bestellschein vom 13. November 2008, in welchem auf die AGB aufmerksam gemacht wurde, auf den Einzelvertrag vom 16. November 2008 bezieht, gehen lediglich allfällige entgegenstehende Abreden in diesem Vertrag vor.

3. Systematische Auslegung

- 9 Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist aber nicht bloss der unmittelbare Wortsinn, sondern vielmehr dessen Stellung im jeweiligen Kontext des Vertrages (BSK-WIEGAND, Art. 18, N 24). In casu wurde in Ziffer 1.3 Satz 1 der AGB festgehalten, dass die Vertragspartnerin die AGB mit Abschluss des Vertrages, auf den sich der Bestellschein bezieht, nämlich den Einzelvertrag vom 16. November 2008, vollumfänglich anerkennt. Eine systematische Be-

trachtung ergibt folglich, dass mit dem Wort „Vertrag“ in Satz 2 von Ziffer 1.3 der AGB, gleich wie in Satz 1 derselben Bestimmung, ebenfalls der Einzelvertrag gemeint sein muss. Eine systematische Betrachtung der Bestimmung ergibt folglich ebenfalls, dass lediglich all-fällige im Einzelvertrag vom 16. November 2008 enthaltene, entgegenstehende Abreden den AGB vorgehen.

4. Betrachtung des Vertragszweckes

- 10 Auch eine historische und teleologische Betrachtungsweise bzw. Betrachtung des Vertrags-zweckes (vgl. BSK-WIEGAND, Art. 18, N 30) ergibt, dass die Beklagte mit „Vertrag“ den „Einzelvertrag“ gemeint hat. Die AGB galten bei Abschluss des Rahmenvertrages vom 12. Oktober 2008 nämlich noch nicht, sondern es wurde erst vor Abschluss des Einzelvertrages vom 16. November 2008 auf die AGB verwiesen. Die Beklagte bezweckte mit Geltendma-chung ihrer AGB auf dem Bestellschein vom 13. November 2008 folglich eine Änderung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts, weshalb mit entgegenstehenden Abreden im Vertrag, le-diglich solche im Einzelvertrag vom 16. November 2008 gemeint waren.

5. Ergebnis der Auslegung von Ziffer 1.3 der AGB

- 11 In casu ergeben folglich alle Auslegungsmethoden, dass in Ziffer 1.3 der AGB mit „Vertrag“ der Einzelvertrag gemeint ist. Eine Berufung auf die Unklarheitenregel würde somit Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 2 Abs. 1 ZGB) widersprechen (vgl. BSK-WIEGAND, Art. 18, N 40).

III. Auswirkungen des Auslegungsergebnisses auf die Zuständigkeit

- 12 Die Auslegung von Ziffer 1.3 Satz 2 der AGB ergab, dass von den AGB abweichende Abreden im Einzelvertrag vom 16. November 2008 den AGB vorgehen. Im Einzelvertrag sind jedoch keine der Schiedsklausel i. S. v. Ziffer 18 der AGB entgegenstehende Abreden enthalten. Somit ist gemäss Ziffer 18 der AGB ein nach der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) konstituiertes Dreier-Schiedsgericht mit Sitz in München für die Beurteilung der streitigen Ansprüche zuständig.

IV. Auswirkungen der Zuständigkeit auf das anwendbare Recht

- 13 Gemäss Ziffer 18.5 i. V. m. Ziffer 18.1 der AGB sollen allfällige Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien vor dem Schiedsgericht in München nach Schweizer Recht entschieden werden. Auf das Schiedsverfahren selbst ist gemäss Ziffer 18.1 der AGB die Schiedsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar.

V. Fazit

- 14 Für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche ist ein nach der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) konstituiertes Dreier-Schiedsgericht mit Sitz in München zuständig (Ziffer 18 AGB). Die in Ziffer 18 der AGB enthaltene Schiedsklausel geht somit, entgegen der Annahme der Klägerin, Ziffer 23.1 des Rahmenvertrages vor.

B. Keine Pflicht zur Sachgewährleistung

- 15 Die Klägerin hielt in ihrer Klagefrist fest, dass der Unternehmer gemäss Art. 368 OR für Werkmängel einzustehen habe, falls das Werk bei Ablieferung mangelhaft sei (KS, Rz. 16). Die Beklagte wird folgend den Nachweis liefern, dass es sich beim gelieferten Werk um ein mängelfreies Werk gehandelt hat, weshalb sie keinerlei Kosten der Klägerin zu übernehmen hat.

I. Lieferung eines mängelfreien Werkes

- 16 Die Klägerin bemängelte, dass im von der Beklagten gelieferten Werk eine spezielle Ölspritzeinrichtung, welche in gewissen anderen Werken seit Winter 2009/2010 eingebaut wurde, nicht vorhanden war, weshalb das Werk mangelhaft sei (KS, Rz. 20). Dies trifft jedoch aus nachfolgenden Gründen nicht zu.
- 17 Die spezielle Ölspritzeinrichtung (nachfolgend Upgrade genannt) wurde erst im Jahr 2008 entworfen (Einleitungsantwort, Rz. 25). Zu diesem Zeitpunkt waren die Pläne für die Klägerin jedoch bereits erstellt. Folglich war es der Beklagten nicht möglich, die Anlage der Klägerin bereits mit dieser speziellen Ölspritzeinrichtung zu konstruieren.
- 18 Erstmals eingebaut wurde das Upgrade in später geplanten Anlagen im Winter 2009/2010. Die Lieferung der Zentralgetriebe erfolgte am 2. Februar 2010 (Beilage K-7). Dass die Beklagte die Ölspritzeinrichtung nicht in das Werk der Klägerin einbaute, widerspricht dabei nicht den anerkannten Regeln der Technik. Als anerkannt gilt eine Regel der Technik näm-

lich, wenn sie als richtig angesehen wird und sich in der Praxis bewährt hat (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 846 ff.). Somit gilt eine Regel nach neuem Stand der Wissenschaft, welche sich in der Praxis noch nicht bewährt hat, noch nicht als anerkannt. (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 848).

Das Upgrade hat sich aufgrund der kurzen Zeitspanne (ca. 2 Monate) seit dem ersten Einbau (Verfahrensbeschluss 2, Beilage K-7) noch nicht in der Praxis bewähren können, weshalb die Beklagte auch ohne das Upgrade ein mangelfreies Werk lieferte.

- 19 Der Mangel des Werkes ist vielmehr darauf zurückzuführen, dass die Klägerin die Anlage nicht so betrieben hatte, wie dies in der mitgelieferten Betriebsanleitung vorgesehen war, wodurch die ungenügende Schmierölaufuhr und der Schaden entstanden waren (Einleitungsanzeige, Rz. 23f., Beilage K-11). Die Beklagte hat folglich ein mängelfreies Werk geliefert.

II. Keine Verpflichtung zum Ersatz des Mangelfolgeschadens

- 20 Da die Beklagte, wie dargelegt, kein mangelhaftes Werk geliefert hat, hat die Klägerin auch kein Recht zur Forderung der Krankkosten in der Höhe von EUR 322'775 im Sinne eines Mangelfolgeschadens.

III. Keine Berechtigung zur Ausübung des Minderungsrechtes

- 21 Des Weiteren ist das Begehren der Klägerin bezüglich der Bezahlung von EUR 444'225 dennoch aufgrund fehlender Berechtigung zur Ausübung des Minderungsrechtes abzulehnen. Die Gründe dafür sollen nachgehend erläutert werden.
- 22 Die werkvertragliche Mängelhaftung im Sinne von Art. 368 OR ist dispositiver Natur (BGer 4C.106/2005, E. 3.1). Die Vertragsparteien können somit abweichende Vereinbarungen treffen. Eine vertraglich übernommene Garantie kann die Mängelhaftung verstärken oder abschwächen (vgl. BGer 4C.428/1999 E.2 und 3). Es ist dabei jeweils auf den Wortlaut und den Parteiwillen abzustellen (vgl. BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 368, N 85). Mit der im Rahmenvertrag unter Ziffer 17 geregelten Gewährleistung wollten die Parteien eine massgeschneiderte Lösung betreffend Mängelfolgen und Haftung vereinbaren. Entsprechend wird Art. 368 OR durch abweichende Vereinbarung verdrängt.
- 23 Aus dem Wortlaut von Ziffer 17 geht hervor, dass sich beide Parteien um die Behebung des Mangels kümmern sollten. So regelt diese Bestimmung, wer die Kosten einer Reparatur zu tragen hat. Dies zeigt, dass beide Parteien an einer Reparatur im Sinne einer Nachbesserung

oder an einer Wandelung interessiert waren. Ziffer 17 erwähnt dagegen in keiner Weise die Reduktion des Werklohnes im Sinne einer Minderung. Daraus lässt sich schliessen, dass die Parteien das Minderungsrecht nach Art 368 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung kommen lassen wollten. Die Klägerin hatte folglich keine Berechtigung eine Werklohnminderung in der Höhe von EUR 444'225 inkl. Zinsen zu verlangen.

IV. Keine Anerkennung der Mängelrüge

- 24 Die Beklagte hat die Mängelrüge entgegen der Behauptung der Klägerin (KS, Rz. 22) keinesfalls anerkannt. Bereits in der E-Mail vom 10. Juli 2011 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass ihr Verhalten ursächlich für den Schaden sein könnte und es wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für solche Fälle die Gewährleistung ausgeschlossen wird (Beilage K-11). In der E-Mail der Beklagten wird ausgeführt, es hätten bereits ähnliche Probleme in zwei anderen Projekten bestanden, wobei als Grund eine von der Betriebsanleitung abweichende Bedienung der Getriebe angeführt wurde. Dieser Grund sprach indes für eine Selbstverursachung des Mangels und gegen eine Mängelhaftung seitens der Beklagten. Der Klägerin musste bereits zu diesem Zeitpunkt bewusst gewesen sein, dass in Bezug auf die Schadensverursachung Uneinigkeit bestand bzw. sie als Verursacherin der Schäden für die Kosten der Beseitigung des Schadens eventuell selber aufkommen müsste. Folglich hat die Beklagte die Mängelrüge nicht vorbehaltlos anerkannt.

V. Ausschluss der gesetzlichen Sachgewährleistung

- 25 Des Weiteren ist entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, Rz. 35f.) die Sachgewährleistung ohnehin aufgrund Selbstverschulden der Klägerin am Werkmangel im Sinne von Art. 369 OR ausgeschlossen.

1. Selbstverschulden der Klägerin am Werkmangel

- 26 Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass die Klägerin ein Selbstverschulden an der Entstehung des Werkmangels trifft, womit die Sachgewährleistung durch die Beklagte ausgeschlossen ist.
- 27 Der Werkmangel kann gemäss Art. 369 OR nicht nur aufgrund von fehlerhaften Weisungen durch den Besteller, deren Vorliegen die Klägerin bestreitet (KS, Rz 36), sondern auch “auf andere Weise” verschuldet werden (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 369, N 21). Vorausgesetzt wird dabei ein Selbstverschulden (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1914). Ein Selbstverschulden ist

gegeben, wenn das Verhalten des Bestellers kausal für den Werkmangel ist, wobei darunter neben dem Fehlverhalten des Bestellers auch andere Umstände fallen, die ihm zuzurechnen sind (GAUCH, Werkvertrag, Rz.1917). Auch fahrlässiges Verhalten führt zu einer Haftungsbe-freiung des Unternehmers (vgl. TRACHSEL, N 209). Das Nichtbeachten von Anweisungen in Bedienungsanleitungen wird als grobfahrlässiges Verhalten qualifiziert (VerwGer ZH VB.2012.00410 E. 4.8). Weiter wird vorausgesetzt, dass die Ursache für den Werkmangel allein auf das Verhalten des Bestellers zurückzuführen ist (ZK-BÜHLER, Art. 369, N 56).

- 28 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS Rz 37) kann die Schadensanalyse als taugliches Beweismittel herangezogen werden. Zweck der Schadensanalyse war es abzuklä-ren, ob die Klägerin aufgrund Selbstverschulden auf eigene Kosten die Reparatur auszuführen habe. Aufgrund der Schadensanalyse kam die Beklagte zum Schluss, dass das Verhalten der Klägerin ursächlich für den Schaden war (Einleitungsantwort, Rz. 22 ff.). Wäre die Beklagte nicht mit dem Resultat der Schadensanalyse einverstanden gewesen, hätte sie eine eigene Ex-pertise in Auftrag geben können.
- 29 Entgegen der Meinung der Klägerin liegt die Schadensursache keinesfalls in einem fehlerhaf-ten Einbau der Ölpumpe (KS Rz 38). Vielmehr sind alle Schäden nach der Schadensanalyse darauf zurückzuführen, dass bei (zu) hoher Geschwindigkeit und voller Ladung keine oder mit Sicherheit nur eine ungenügende Ölschmierung sichergestellt war (Einleitungsantwort, Rz. 22), was einerseits auf die Manipulation der Trommelbremse und Mängel am Verriegelungssystem zurückzuführen sei und andererseits auf die fehlerhafte Benutzung und das Nichtbefolgen der klaren Gebrauchsanweisung (Einleitungsantwort, Rz. 23). Die Beklagte hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Starten des Zentralgetriebes in Abwesenheit eines Servicetechnikers unzulässig sei und bei Nichtbeachtung dieser Weisung jegliche Haftung ausgeschlossen wird (Beilage K-8). Das Zentralgetriebe II wurde jedoch ohne Anwesenheit eines Ingenieurs gestartet (Beilage B-5, Einleitungsanzeige, Rz. 16). Die Abwesenheit des Ingenieurs beim Kalttestlauf erwies sich indes als folgenreich. Gemäss dem Bericht von Herrn Fallet war einerseits der Motor nicht ordnungsgemäss ausgerichtet und andererseits befand sich die Antriebswelle des Motors nicht im magnetischen Zentrum (Beilage B-5). Weiter hat das Personal der MECC versucht, durch Starten des Hauptmotors eine verdrehte Zahnkupplung wieder einzurenken, was jedoch aufgrund des hochtourigen Hauptmotors einen Schaden am Nebengetriebe verursacht hat (Einleitungsantwort, Rz. 18).

- 30 Der E-Mail-Verkehr der Klägerin und der Beklagten lässt vermuten, die Klägerin habe bereits bei der Montage schwerwiegende Fehler begangen. Es bestand der Verdacht, dass das Zentralgetriebe II unzulässigerweise bewegt worden war (Beilage B-4). Bereits damals bestand die Befürchtung, dass ein Schaden entstanden sei (Beilage B-4). Dass einzig das Zentralgetriebe II einen Schaden aufwies, bestätigt ebenfalls die soeben gemachten Ausführungen.
- 31 Allein das Verhalten der Klägerin war ursächlich für den entstandenen Schaden. Die Klägerin hat mehrmals die ausdrücklichen Anweisungen der Beklagten betreffend Montage und Betrieb der Anlagen missachtet sowie die gebotene Sorgfalt ausser Acht gelassen und damit einen Werkmangel verursacht. Hätte die Klägerin sich an die in der Bedienungsanleitung enthaltenen Anweisungen gehalten und die gebotene Sorgfalt walten lassen, wäre der Schaden am Zentralgetriebe nicht entstanden. Auch in Hinblick auf die Rechtsprechung (vgl. Rz. 27) ist die Nichtbefolgung der Gebrauchsanweisungen durch die Klägerin als grobfahrlässiges Verhalten zu werten.

2. Anrechenbares Verhalten der MECC

- 32 Weiter ist Artikel 369 OR in Bezug auf die verschuldensunabhängige Mängelverursachung lückenhaft. Die Lücke wird durch analoge Anwendung von Art. 378 Abs. 1 OR geschlossen (TRACHSEL, N 370). Daraus kann abgeleitet werden, dass der Besteller nicht nur für sein eigenes Verhalten einzustehen hat, sondern auch für alle weiteren zufälligen Umstände, die seiner Sphäre zuzurechnen sind (TRACHSEL, N 370). Alleinverantwortlich im Sinne von Art. 369 OR ist der Besteller für den verursachten Mangel dann, wenn das Verhalten Dritter, welche das Werk in seinem Einverständnis gebrauchen, einen Schaden verursachen, da dieses Verhalten der Risikosphäre der Bestellerin zuzurechnen ist (TRACHSEL, N 383).
- 33 Auch das Verhalten der MECC kann als ursächlich für die Schadensherbeiführung angesehen werden. Dieses Verhalten kann aufgrund analoger Anwendung von Art. 378 Abs. 1 OR der Klägerin zugerechnet werden. Die MECC gebrauchte die Anlagen mit dem Einverständnis der Klägerin, womit das Verhalten der MECC der Risikosphäre der Klägerin zuzurechnen ist.

3. Fazit

- 34 Die Klägerin hat die geltend gemachten Mängel folglich selbst verschuldet und hat folglich keinerlei Ansprüche auf Sachgewährleistung im Sinne von Art. 368 OR. Dadurch wird die Beklagte von ihrer gesetzlichen Haftpflicht vollständig befreit.

VI. Ausschluss der vertraglichen Mängelhaftung

35 Des Weiteren ist, entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS, Rz. 33), die Mängelhaftung aufgrund vertraglicher Vereinbarung ausgeschlossen.

1. Greifen vertraglicher Haftungsvorbehalte

36 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die vertraglich vereinbarten Haftungsvorbehalte greifen. Wie die Klägerin ausführt, kann die Gewährleistungspflicht ebenfalls durch Vertrag im Rahmen von Art. 100 OR eingeschränkt werden (KS, Rz. 33). Die Klägerin behauptet, der Ausschluss der Mängelhaftung sei in den Verträgen in keiner Art und Weise vorgesehen (KS, Rz. 33). Dem widerspricht die Beklagte. Es sei auf die Haftungsausschlüsse in Ziffer 17.4 und 17.9 des Rahmenvertrages hingewiesen (Beilage K-1), wonach die Gewährleistung seitens der Beklagten nur mit dem Vorbehalt besteht, dass die Klägerin ihre Verpflichtungen vertragsgemäss erfüllt und alle Anweisungen der Beklagten beachtet und entsprechend umsetzt.

37 Nach Ziffer 17.4 des Rahmenvertrags wird die Kostentragung für einen Mangel durch die Beklagte ausgeschlossen, wenn die Klägerin den Mangel durch unangemessenen Gebrauch oder unangemessene Lagerung verursacht hat. Das Verhalten der MECC ist der Risikosphäre der Klägerin zuzurechnen, da sie die Anlagen mit dem Einverständnis der Klägerin betrieben hat. Da das Zentralgetriebe durch die MECC und die Klägerin nicht bestimmungsgemäss bedient wurde, haftet die Beklagte nicht für die Reparaturkosten und die Mangelfolgeschäden.

38 Auch nach Ziffer 17.9 des Rahmenvertrags kann die Haftung der Beklagten für den Schaden ausgeschlossen werden. Die Haftung der Beklagten greift nach diesem Artikel bloss, wenn die Anlage gemäss Spezifikationen und Anweisungen der Beklagten errichtet wurde. Wie schon ausgeführt, wurde die Anlage nicht gemäss den Anweisungen der Beklagten errichtet (vgl. Rz. 31).

2. Fazit

39 Da die Klägerin ihre Pflichten verletzt und nicht alle Anweisungen der Beklagten befolgt hat, fällt die Gewährleistungspflicht der Beklagten aufgrund vertraglichen Haftungsbeschränkungen dahin.

VII. Ausschluss der Haftung aufgrund Verjährung

1. Erfolgte gesetzliche Abnahme

40 Gemäss Art. 371 Abs. 1 OR verjähren die Ansprüche des Bestellers aufgrund Mängel des Werkes innerhalb eines Jahres. Dies gilt für offene und versteckte Mängel (CHK-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, OR 371 N 2).

Die Klägerin führt aus, die Ablieferung sei im Hafen von Dammam erfolgt (KS, Rz. 18). Bei den Begriffen der Ablieferung und Abnahme handelt es sich um korrelative Begriffe (vgl. BGE 89 II 405). Mit der Ablieferung eines vollendeten Werkes findet also gleichzeitig auch die Abnahme desselben statt (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 97). Nach dem Gesagten hat es sich bei der Ablieferung in Dammam also gleichzeitig um die Abnahme gehandelt. Dem stimmt auch die Klägerin zu (KS, Rz. 18).

41 Somit sind die Mängelrechte der Klägerin ein Jahr nach Ablieferung bzw. Abnahme (Beilage K-7) verjährt. Nach Verstreichen des 3. Februar 2011 kann die Einrede der Verjährung erhoben werden. Die Beklagte erhebt hiermit die ihr zustehende Einrede der Verjährung im Sinne von Art. 371 Abs. 1 OR.

2. Erfolgte vertragliche Abnahme

42 Durch Parteiabrede kann von Art. 367 OR abgewichen werden (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 367, N 29). Insbesondere können die Parteien den Zeitpunkt und die Modalitäten der Abnahme frei vereinbaren (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2465). Sollte die Abnahme also nicht, wie von beiden Parteien vertreten (vgl. Rz. 40), bei der Ablieferung in Dammam stattgefunden haben, wird die Abnahme aufgrund vertraglicher Bestimmungen angenommen.

43 Die Parteien haben die Abnahmebedingungen vertraglich vereinbart. Der Rahmenvertrag sieht eine Regelung der Abnahme im Einzelvertrag vor (Beilage K-1, Ziffer 13). Die Abnahme wurde dabei von der Unterzeichnung einer Abnahmeerklärung abhängig gemacht. Wie die Klägerin zutreffend ausführt, kann eine ausschliessliche Anknüpfung an die Unterzeichnung des Abnahmezertifikats nicht von beiden Parteien gewollt sein (KS, Rz. 18). Während im Einzelvertrag lediglich die Abnahme durch Unterzeichnung des Abnahmezertifikats als Abnahmemöglichkeit vorgesehen ist (Beilage K-3), sind im Rahmenvertrag weitere Abnahmefiktionen geregelt (Beilage K-1, Ziffer 13). Diese sind subsidiäre Abnahmemöglichkeiten. Weil das Abnahmezertifikat nicht unterzeichnet wurde (Einleitungsanzeige, Rz. 18), greifen die Abnahmefiktionen. Nachfolgend werden die möglichen Abnahmefiktionen behandelt.

a) Abnahme durch Erfüllung der Leistungsgarantien

- 44 Wie nachfolgend dargelegt werden soll, greift die Abnahmefiktion der Abnahme durch Erfüllung der Leistungsgarantien durch die Beklagte. Dies ist aus folgenden Gründen der Fall.
- 45 Die Klägerin beanstandete zu keinem Zeitpunkt, dass eine Leistungsgarantie beim Endtestlauf nicht erfüllt war. Die Klägerin führte den Endtestlauf sogar ohne Ingenieur der Beklagten durch (Einleitungsanzeige, Rz. 18; Einleitungsantwort, Rz. 17). Nach dem Testlauf gab die Beklagte keinerlei Hinweise, dass die Klägerin die Leistungsgarantien als nicht erfüllt ansah. Sie bezahlte zudem die letzte Rate vorbehaltlos (Einleitungsantwort, Rz. 17). Gemäss Einzelvertrag bedeutet die Zahlung der letzten Rate die erfolgreiche Durchführung eines Leistungstests (Beilage K-3).
- 46 Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Klägerin die Leistungsgarantien als erfüllt ansah, womit die Abnahmefiktion greift.

b) Abnahme durch fehlende Möglichkeit der Durchführung eines Leistungstests

- 47 Gemäss Ziffer 13.2.2 des Rahmenvertrages greift eine weitere Abnahmefiktion, sofern die Beklagte bis zum Ende der Inbetriebnahmephase nicht die Möglichkeit hat, den Endtestlauf selber durchzuführen oder zu wiederholen (Beilage K-1). Der Endtestlauf musste gemäss vereinbartem Terminplan bis Ende Dezember 2010 durchgeführt werden (Beilage K-4).
- 48 Am 26. Dezember 2010 wurde der Endtestlauf in Abwesenheit der Beklagten durchgeführt (Einleitungsanzeige, Rz. 18). Die Beklagte wurde darüber nicht in Kenntnis gesetzt (Einleitungsantwort, Rz. 17). Sie hatte folglich keine Möglichkeit den Endtestlauf durchzuführen. Des Weiteren wäre auch wenn die Beklagte anschliessend über die Durchführung des Endtestlaufes informiert worden wäre, die Zeitspanne zu kurz gewesen, um den Endtestlauf zu wiederholen.
- 49 Es kommt deshalb auch die Fiktion einer Abnahme aufgrund fehlender Möglichkeit der Durchführung eines Leistungstests i. S. v. Ziffer 13.2.2 des Rahmenvertrages zur Anwendung.

c) Eventualbegründung: Abnahme aufgrund nicht erfolgreich abgeschlossenen Leistungstests

- 50 Sollte das Gericht zum Schluss kommen, der durch die Klägerin am 26. Dezember 2010 durchgeführte Endtestlauf sei mangels Beisein der Beklagten nicht erfolgreich abgeschlossen worden, so greift die letzte Abnahmefiktion.
- 51 Wenn der Leistungstest nicht bis zum Ende der geplanten Inbetriebnahme erfolgreich abgeschlossen werden kann, so gilt die Abnahme als erfolgt (Beilage K-1, Ziffer 13.2.2.). Dies mit dem Vorbehalt, dass die Beklagte keine Verantwortung für die Nichtdurchführung des Leistungstests trägt. Da die Klägerin die Beklagte nicht über die Vornahme des Endtestlaufs informierte, kann der Beklagten kein Verschulden für die erfolglose Durchführung des Leistungstests aufgrund ihrer Abwesenheit angelastet werden. Folglich gilt die Abnahme auch durch diese Fiktion als erfolgt.

d) Einrede der vertraglichen Verjährung

- 52 Gemäss Ziffer 17.2 des Rahmenvertrages verjährt die Gewährleistungspflicht 12 Monate nach Abnahme bzw. 36 Monate nach Ablieferung je nachdem, welches Ereignis früher eintritt (Beilage K-1). In casu fand die Abnahme aufgrund der vorangehend aufgeführten, greifenden Abnahmefiktionen bis spätestens Ende Dezember 2010 statt. Folglich sind die 12 Monate nach der Abnahme massgebend. Die Gewährleistungspflichten der Beklagten bestehen folglich nur bis Ende Dezember 2011. Da die Klägerin die Klage am 11. Januar 2013 eingereicht hat, sind jegliche Gewährleistungsansprüche der Klägerin verjährt.

VIII. Keine Haftung aufgrund Treuepflichtverletzung

- 53 Die Klägerin hat entgegen ihrer eigenen Ansicht keinen Anspruch aus Treuepflichtverletzung. Wenn Parteien ein Auftragsverhältnis eingehen, hat der Auftragnehmer mit seinem Wissen auf den gewünschten Erfolg hinzuwirken, was aber nicht heisst, er müsse diesen auch herbeiführen oder gar garantieren (vgl. BGE 116 II 519 E. 3a). Wenn der Beauftragte eine seiner Pflichten verletzt, haftet er aufgrund Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 OR ff. mangels einer besonderen Haftpflichtnorm im Auftragsrecht (BK-FELLMANN, OR 398, N 187). Der Auftraggeber muss den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schädigung beweisen (BGE 127 III 357 E. 5a). Weitere Voraussetzungen sind das Vorliegen eines Schadens, einer Vertragsverletzung sowie eines Verschuldens.

- 54 Die Klägerin bemängelt, sie sei über die Probleme mit den zu diesem Zeitpunkt bereits abgenommenen Maschinen nicht informiert worden (KS, Rz. 44). Die Beklagte hätte die Klägerin jedoch aufgrund ihrer vertraglichen Pflicht informieren sollen. Diese Pflicht leitet sie aus Ziffer 7.2 des Rahmenvertrages ab (KS, Rz. 44). Ziffer 7.2 des Rahmenvertrags bezieht sich aber nicht auf nachvertragliche Pflichten, sondern auf die Einhaltung des vereinbarten Terminplanes und eventuelle Benachrichtigungspflichten bei dessen Nichteinhaltung. Für die Beklagte bestand somit aufgrund von Ziffer 7.2 des Rahmenvertrags keine nachvertragliche Treuepflicht.
- 55 Inwiefern die Beklagte mit der Direktinteraktion mit der MECC einen Interessenkonflikt geschaffen haben soll, wird trotz Vorwurf nicht dargelegt (KS, Rz. 44 ff.). Sowohl die MECC wie auch die Klägerin hatten ein Interesse daran, den Schaden möglichst schnell zu beheben, um eine Verlängerung des Betriebsunterbruches zu verhindern. Es durfte deshalb davon ausgegangen werden, dass eine Behebung der Störung im Interesse aller Beteiligten lag.
- 56 Weiter bemängelt die Klägerin, die Beklagte hätte sie nicht über einen geplanten Reparaturvertrag informiert und so ihre Interessen in Bezug auf die Ausübung ihrer Mängelrechte verletzt (KS, Rz. 44). Durch den Abschluss des Reparaturvertrags wurden die Interessen der Klägerin in Bezug auf die Ausübung ihrer Mängelrechte aber, wie nachfolgend dargelegt werden soll, nicht verletzt.
- 57 Die Klägerin argumentiert in ihrer Klageschrift, dass sie ihre Mängelrechte geltend gemacht hätte, wäre sie über die Vorgänge zwischen der MECC und der Beklagten informiert worden (KS, Rz. 46). Die Mängelrüge ist nach Argumentation der Klägerin stellvertretend durch die MECC erhoben worden (KS, Rz. 22). Das Wissen des Vertreters ist dem Vertretenen anzurechnen (BGer 4A_303.2007 E. 3.4.3). Die MECC wusste sowohl vom Schaden als auch vom bevorstehenden Vertragsabschluss Bescheid. Folglich ist der Klägerin nicht nur das Wissen bzgl. des Schadenseintritts am Zentralgetriebe anzurechnen, sondern auch der kurz bevorstehende Abschluss eines Reparaturvertrags mit der Beklagten. Die Klägerin hat ihre Mängelrechte jedoch trotzdem nicht geltend gemacht.
- 58 Die Klägerin rügt, ihr sei durch die Vertragsverletzung ein natürlich kausaler Schaden entstanden (KS, Rz. 44 ff.). Die Klägerin hätte allerdings auch ohne Reparaturvertrag die Kosten tragen müssen. Die Mangelursache lag nämlich im Fehlverhalten der Klägerin und der MECC. Deswegen hätte die Beklagte die Reparatur keinesfalls unentgeltlich ausgeführt. Die

Vermögenslage der Klägerin hat sich folglich durch den Reparaturvertrag nicht verändert. Der Abschluss des Reparaturvertrages war somit nicht die Ursache des Schadens. Die Anwendung von Art. 97 OR kann somit bereits aufgrund des fehlenden Vorliegens eines Schadens ausgeschlossen werden.

- 59 Inwiefern sich die Beklagte durch den Abschluss des Reparaturvertrags etwas zuschulden kommen lassen hat, ist unklar. Ihr wurde nicht verboten, mit Dritten einen Vertrag über die Reparatur der Getriebe abzuschliessen, insbesondere, weil diese Handlung die Klägerin nicht in ihren Rechten beeinträchtigt. Nach Abschluss des Reparaturvertrages mit der MECC ist die Beklagte, entgegen der Behauptung der Gegenpartei (KS, Rz. 45), nicht mehr nur der Klägerin zur Reparatur der Maschinen verpflichtet gewesen, sondern ebenfalls der MECC. Es bestand somit eine direkte vertragliche Verpflichtung zur Ausführung der Reparaturarbeiten gegenüber der MECC. Es ist folglich weder eine Pflichtverletzung noch ein Verschulden der Beklagten gegeben.
- 60 Die Beklagte hat folglich keinen Anspruch gestützt auf eine Treuepflichtverletzung im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR. Das diesbezügliche Begehren der Klägerin ist abzuweisen.

IX. Keine Haftung aufgrund auftragsrechtlicher Sorgfaltspflichtverletzung

- 61 Entgegen der Meinung der Klägerin liegt keine auftragsrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung seitens der Beklagten vor. Eine Sorgfaltspflichtverletzung als Vertragsverletzung ist vom geschädigten Auftraggeber zu beweisen (BGE 117 II 563 E. 2a). Der Auftraggeber muss auch den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schädigung beweisen (BGE 127 III 357 E. 5a).
- 62 Der Klägerin zufolge ist Herr Fallet ohne Vorwarnung mitten in den Montagearbeiten abgereist (KS Rz 54). Den Unterlagen kann aber entnommen werden, dass Herr Fallet seine Abreise angekündigt hat (Beilage K-8; Einleitungsantwort, Rz. 15). Die Beklagte war zudem nicht verpflichtet, zu jeder Zeit einen Ingenieur vor Ort bereit zu stellen, sondern lediglich dann, wenn ein entsprechender Bedarf seitens der Klägerin besteht (Beilage K-3). Entgegen der Behauptung der Klägerin (KS, Rz. 54) erfolgte die Aufforderung zur Entsendung eines neuen Ingenieurs nicht sofort, sondern erst sechs Tage nach Abreise von Herrn Fallet (vgl. Beilage K-8; Beilage K-9). Dieses Verhalten lässt darauf schliessen, dass die Klägerin während dieser Zeit gut ohne die Überwachung eines Ingenieurs zurechtgekommen war. Somit

konnte kein offensichtlich dringender Bedarf für die erneute Entsendung eines Ingenieurs angenommen werden. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass es irgendwelche technischen Probleme während der Montagephase gab. Die Abwesenheit von Herrn Fallet während der Montagephase hat sich folglich nicht nachteilig ausgewirkt. Die Einwände der Klägerin bezüglich eines Verschuldens der Beklagten sind abzuweisen (KS, Rz. 57).

- 63 Eine lückenlose Überwachung der Installation war indes objektiv ebenso wenig möglich wie die ständige Überwachung aller Handlungen der Arbeiter in Al-Hofuf. Der Schaden ist folglich nicht aufgrund des Verhaltens von Herrn Fallet, sondern durch falsche Bedienung des Werkes entstanden. Die Klägerin hätte zudem beweisen müssen, wie sich die Abwesenheit von Herrn Fallet auf den Schaden ausgewirkt hat und wie die Präsenz von Herr Fallet den Schaden hätte verhindern können. Dies tat sie jedoch nicht.
- 64 In Ziffer 17.9 ist zudem ein Haftungsschluss vorgesehen, welcher die Haftung und Verantwortlichkeit der Beklagten nur zulässt, wenn die Klägerin die Anlagen gemäss den Spezifikationen und Anweisungen der Beklagten betreibt (Beilage K-1, Ziffer 17.9). Auch das Prüfverfahren hat nach den Anweisungen der Beklagten zu erfolgen. Eine der Anweisungen lautete, den Kalttestlauf nicht ohne Anwesenheit eines der Ingenieure der Beklagten durchzuführen. Die Durchführung eines Kalttestlaufs ohne Ingenieur hat somit einen Haftungsausschluss im Sinne von Ziffer 17.9 des Rahmenvertrags zur Folge.
- 65 Auch die Gebrauchsanweisung, welche die Beklagte ausgehändigt hat, ist als Anweisung anzusehen, die die Klägerin zu befolgen hat. Die Gebrauchsanweisung hält fest, dass eine genügende Ölversorgung zu jeder Zeit gewährleistet sein muss (Einleitungsantwort, Rz. 24). Dies hätte für die Sensibilisierung der Klägerin genügen sollen. Die Klägerin hat sich somit nicht an die Gebrauchsanleitung gehalten (Einleitungsantwort, Rz 23) und deshalb gegen die Anweisungen der Beklagten verstossen. Folglich entfällt die Haftung der Beklagten nach Ziffer 17.9 des Rahmenvertrags (Beilage K-1).
- 66 Aus den vorangehenden Gründen liegt keine auftragsrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung seitens der Beklagten vor. Die Ansprüche der Klägerin aus auftragsrechtlicher Sorgfaltspflichtverletzung sind folglich abzulehnen.

X. Kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

67 Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS Rz. 60ff.) liegt kein Anspruch derselben aus ungerechtfertigter Bereicherung vor. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Bereicherungsanspruches durch die Klägerin wäre, dass die Beklagte ungerechtfertigt bereichert ist. Da die Beklagte wie bereits ausgeführt nicht für den Schaden verantwortlich ist und die Kosten für die Reparatur deshalb nicht zu tragen hat, ist sie durch die Inrechnungstellung der Reparatur keineswegs ungerechtfertigt bereichert. Die Geltendmachung einer ungerechtfertigten Bereicherung ist folglich unzulässig. Das diesbezügliche Begehren der Klägerin ist abzulehnen.

XI. Kein Anspruch aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag

68 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS Rz. 71 ff.) besteht kein Anspruch aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag i. S. v. Art. 423 OR. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass sowohl die objektiven wie auch die subjektiven Voraussetzungen für die Geltendmachung einer unechten bösgläubigen Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben sind.

1. Keine Besorgung eines fremdes Geschäfts ohne Handlungspflicht

69 Bei der unechten bösgläubigen Geschäftsführung ohne Auftrag, auch Geschäftsanmassung genannt (HUGUENIN, Rz. 1608), ist die Besorgung eines fremden Geschäfts eine objektive Voraussetzung (BSK-WEBER, Vor Art. 419-424, N 11). Nach aktueller Lehrmeinung sind bei der Geschäftsanmassung nur jene Geschäfte fremd, bei denen der Geschäftsherr die ausschliessliche Nutzungsberechtigung besitzt (BSK-WEBER, Art. 419, N 4). Diese Auffassung vertritt auch die Klägerin (KS, Rz. 71). Der Rechtsanspruch auf Reparatur steht nicht bloss der Klägerin zu, sondern auch der MECC. Andernfalls würde die unvertretbare Situation entstehen, dass die Betreiberin der Anlage deren Reparatur nicht in Auftrag geben kann. Die Reparatur ist folglich kein fremdes Geschäft im Sinne der Geschäftsanmassung.

Die Klägerin argumentiert zudem, eine direkte Interaktion zwischen der Beklagten und der MECC sei vertraglich nicht vorgesehen (KS, Rz. 72). Damit die Beklagte mit der MECC interagieren kann, benötigt sie aber keine vertragliche Ermächtigung, denn eine Interaktion mit der MECC wurde nie vertraglich ausgeschlossen. Zudem lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, inwiefern die MECC gegenüber der Klägerin einen Nachbesserungsanspruch geltend gemacht hat. Weitere Voraussetzung ist, dass das fremde Geschäft trotz fehlender Hand-

lungspflicht besorgt wird (BSK-WEBER, Art. 423, N 5). Die Beklagte hat gestützt auf eine rechtliche Pflicht, den Reparaturvertrag, die Reparatur der Anlagen vorgenommen.

- 70 Es liegt folglich kein ohne Handlungspflicht besorgtes, fremdes Geschäft vor, weshalb die objektiven Voraussetzungen der unechten bösgläubigen Geschäftsführung ohne Auftrag nicht erfüllt sind.

2. Kein Eigengeschäftsführungswille

- 71 Entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS Rz. 75) fehlt es auch an der subjektiven Voraussetzung der unechten bösgläubigen Geschäftsführung ohne Auftrag. In subjektiver Hinsicht wird die Absicht verlangt, dass der Geschäftsführer egoistisch handelt und die Vorteile der Geschäftsanmassung nicht dem Geschäftsherrn zukommen lässt (vgl. BSK-WEBER, Art. 423, N 7 f.).

- 72 Die Beklagte wollte die Klägerin keineswegs um ihre Vorteile bringen. Durch die Schadensanalyse wurde ersichtlich, dass die Klägerin den Schaden zu tragen hat. Aufgrund vertraglicher Verpflichtungen ist die Beklagte jedoch auch in diesem Fall zur Behebung des Schadens zuständig (Beilage K-1, Ziffer 17.3 und 17.4). Ihre Bemühungen zur Schadensbehebung waren folglich vertraglich gerechtfertigt und bezweckten nicht, die Klägerin um einen Vorteil zu bringen. Somit fehlt es an einem eigennützigem Geschäftsführungswillen der Beklagten, weshalb die subjektiven Voraussetzungen ebenfalls nicht erfüllt sind.

3. Fazit

- 73 Folglich sind alle von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag i. S. v. Art. 423 OR abzuweisen.

C. Konventionalstrafe

I. Ausschluss der Konventionalstrafe

- 74 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass entgegen den Behauptungen der Klägerin (KS, Rz 89) keine Konventionalstrafe durch die Beklagte zu leisten ist.

1. Untergang des Anspruchs durch vorbehaltlose Annahme

- 75 Der Anspruch auf Bezahlung einer Konventionalstrafe durch die Beklagte ging, wie im Folgenden aufgezeigt werden soll, aufgrund vorbehaltloser Annahme unter.

- 76 Die Klägerin geht von einer kumulativen Konventionalstrafe aus, womit durch die Beklagte die Erfüllung der Hauptverpflichtung und die Konventionalstrafe zu leisten wären (KS, Rz. 87, 88). Die Merkmale des ausdrücklichen Verzichts auf die Leistung oder die vorbehaltlose Annahme durch die Klägerin, welche gemäss Art. 160 Abs. 2 OR das Vorliegen einer kumulativen Konventionalstrafe ausschliessen, sind laut der Klägerin nicht gegeben (KS, Rz. 87, 88).
- 77 Dies trifft jedoch aus nachfolgenden Gründen nicht zu. Die Konventionalstrafe muss spätestens bei der Abnahme der Hauptleistung geltend gemacht werden (GAUCH, Werkvertrag Rz 700). Die Erfüllung der Hauptleistung, nämlich die Reparatur, wurde von der MECC, welche als Stellvertreterin der Klägerin i. S. v. Art. 32 Abs. 2 OR handelte (KS, Rz 26), ohne Hinweis auf eine allfällige Konventionalstrafe angenommen. Dies erkennt man daran, dass die MECC die Rechnungen für die Reparatur bezahlte (Einleitungsanzeige, Rz. 27, 28). Die vorbehaltlose Annahme bewirkt den Untergang der Konventionalstrafe (BGE 97 II 350 E. 2a), weshalb in casu keine Konventionalstrafe geschuldet ist.

2. Fehlendes Verschulden der Beklagten

- 78 Des Weiteren fehlt es, wie nachfolgend dargelegt wird, auch am Verschulden der Beklagten i. S. v. Art. 163 Abs. 2 OR.
- 79 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte ein Verschulden an der verspäteten Erfüllung treffe (KS, Rz 82). Auch dies trifft aus nachfolgenden Gründen nicht zu. Gemäss Art. 163 Abs. 2 OR liegt kein Verschulden vor, sofern die nichtgehörige Leistung durch Zufall oder ein der Beklagten nicht zuzurechnendes Drittverschulden bewirkt wurde (BSK-WIEGAND, Art. 97, N 42). Dies bedeutet, dass ein Ereignis vorliegen muss, welches auch für einen Dritten, welcher sich in der Situation der Beklagten befindet, unabwendbar wäre (BSK-WIEGAND, Art. 97, N 42).
- 80 Entgegen den Ausführungen der Klägerin, nach denen die Beklagte die Reparatur von Beginn an nicht richtig durchführte (KS, Rz 82), handelte die Beklagte stets ordnungsgemäss. Auf die Anzeige des Defekts vom 08. Juli 2011 (K-10) reagierte die Beklagte am 10. Juli 2011 mit einem ausführlichen und informativen Schreiben, in dem das weitere Vorgehen beschrieben wurde. Es wurde in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass der erfahrene Ingenieur Herr Alain Senecky in den kommenden Tagen nach Ain Dar / Al-Hofuf geschickt würde, sofern die Klägerin einverstanden sei (K-11). Die Klägerin erhob dagegen keine Einwände, weshalb

ihr Einverständnis anzunehmen war. Die Ankunft von Herr Alain Senecky erfolgte am 18. Juli 2011 und lag somit in der im Schreiben vom 10. Juli 2011 angekündigten und von der Beklagten konkludent angenommenen Zeitspanne. Entgegen der Behauptung der Klägerin (KS, Rz 83) zeugt die Reaktion der Beklagten angesichts der Ausführlichkeit des Schreibens und der angemessenen Ankunft von Herr Alain Senecky vom hohen Stellenwert, welche die Beklagte der Reparatur zumass.

81 Dazu kommt, dass die langen Lieferfristen für die aufgrund der Reparatur notwendigen Ersatzteile massgebend zur Verzögerung der Reparatur beitrugen (Einleitungsantwort, Rz. 27). Die langen Lieferfristen sind Umstände, die durch ein der Beklagten nicht zuzurechnendes Drittverschulden oder Zufall veranlasst wurden. Sie wären folglich auch von einer Drittperson, welche sich in der gleichen Situation wie die Beklagte befunden hätte, nicht abwendbar gewesen. Bezüglich der langen Lieferfristen muss auch berücksichtigt werden, dass das Zentralgetriebe zur Schadensbeurteilung nach Deutschland zurückgeführt werden musste (Verfahrensbeschluss Nr. 2; Ziffer 11). Daneben mussten für die Reparatur zwei Kräne bereitgestellt werden (Einleitungsantwort, Rz. 27), welche nicht von der Klägerin erhältlich waren (Verfahrensbeschluss Nr. 2; Ziffer 9). Die lange Dauer der Reparatur wurde somit durch Umstände verursacht, welche nicht in die Sphäre der Beklagten fallen.

3. Fazit

82 In Anbetracht der vorhergegangenen Ausführungen hat die Beklagte die Konventionalstrafe in Höhe von EUR 108'000 nicht zu bezahlen. Das diesbezügliche Begehren der Klägerin ist abzuweisen.

II. Eventualiter: Herabsetzung der Konventionalstrafe

83 Sollte das Schiedsgericht den Untergang des Anspruchs auf eine Konventionalstrafe nicht anerkennen, ist die Konventionalstrafe wie nachfolgend dargelegt werden soll, aufgrund eines dadurch verursachten krassen Missverhältnisses herabzusetzen.

1. Vorliegen eines krassen Missverhältnisses

84 Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe gemäss Art. 163 Abs. 3 OR ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung angebracht, wenn ein „krasses Missverhältnis“ zwischen dem Betrag der Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an der Leistung derselben vor-

liegt, wobei unter anderem die Schwere des Verschuldens zu berücksichtigen ist (BGE 4A_174/2011 E. 6.1).

85 In casu wird von der Klägerin eine Konventionalstrafe in Höhe von EUR 108'000 geltend gemacht (KS, Rz. 89). Das Interesse der Klägerin an der Leistung der Konventionalstrafe steht in einem krassen Missverhältnis zur beträchtlichen Höhe der geforderten Konventionalstrafe. Die geforderte Konventionalstrafe stellt nur schon im Bezug zu den von der Klägerin geltend gemachten Schadensanprüchen in der Höhe von EUR 444'225 (KS, Rz. 27) und EUR 332'775 (KS, Rz. 29) einen enorm hohen Betrag dar. Dies unter Berücksichtigung des Verschuldens, das, sofern das Schiedsgericht nicht ohnehin dessen Fehlen (wie von der Beklagten in Rz. 78ff. dargelegt) anerkennt, in keiner Weise als genug schwer eingestuft werden kann, um die beträchtliche Höhe der geltend gemachten Konventionalstrafe zu rechtfertigen. Des Weiteren kann das Interesse der Klägerin an der Leistung einer Konventionalstrafe durch die Beklagte nur sehr gering sein, da die Reparatur durch die Beklagte vollständig abgeschlossen wurde. Es liegt folglich ein krasses Missverhältnis zwischen der Höhe der Konventionalstrafe und dem Interesse der Klägerin an der Leistung derselben vor.

2. Fazit

86 Die Höhe der Vertragsstrafe ist aufgrund des Vorliegens eines Missverhältnisses zwischen der Höhe der Vertragsstrafe und dem Interessen der Klägerin an der Leistung derselben angemessen herabzusetzen.