

**MOOT COURT TEAM 3**

Luca Maag  
Marie Meier  
Lucas Seiler  
Anna Willi

**EINSCHREIBEN (bzw. per E-Mail)**

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

**Cementra Design AG**

Aarenthalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

**Feller Gear AG**

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team 3

betreffend

**FORDERUNG**

Sehr geehrte Frau Prof. Dr. Vorsitzende Y,  
sehr geehrter Herr Dr. Schiedsrichter X,  
sehr geehrter Herr Dr. Schiedsrichter A,

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir 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
Entscheidungsverzeichnis.....	VII
I. Prozessuales.....	1
A. Formelle Gültigkeit.....	1
1. Einhaltung der Form.....	1
2. Entbehrlichkeit des Formzwangs.....	2
B. Materielle Gültigkeit.....	2
1. Übernahme.....	2
2. Individualabrede.....	3
3. Ungewöhnlichkeitsklausel.....	3
a) Subjektive Ungewöhnlichkeit.....	4
b) Objektive Ungewöhnlichkeit.....	4
C. Zwischenfazit.....	4
II. Materielles.....	5
A. Vertragsqualifikation.....	5
1. Gemischtes Vertragsverhältnis.....	5
2. Qualifikation nach Kauf- bzw. Werkvertragsrecht.....	5
3. Qualifikation nach Auftragsrecht.....	6
4. Zwischenfazit.....	7
B. Ansprüche aus Kaufvertrag.....	7
1. Kein Sachmangel.....	7
2. Verantwortlichkeit für den Mangel.....	9
3. Prüfungs- und Rügepflicht.....	11
a) Keine Mängelrüge.....	11
b) MECC als Hilfsperson.....	11
c) Haftungsausschluss.....	12
4. Verwirkung der Gewährleistungsansprüche.....	12
a) Erfolgreiche Abnahme.....	12
b) Verjährung.....	13
c) Zwischenfazit.....	14

5. Absichtliche Täuschung .....	14
a) Täuschendes Verhalten .....	14
b) Täuschungsabsicht .....	15
c) Kausalzusammenhang .....	15
d) Verjährungsfrist .....	15
e) Zwischenfazit .....	16
6. Gewährleistungsausschluss .....	16
7. Minderung .....	16
8. Mangelfolgeschaden .....	16
9. Zwischenfazit .....	17
C. Konventionalstrafe .....	17
1. Kein Bedingungseintritt .....	17
a) Keine Anwendbarkeit von Art. 17.3 RV .....	17
(1) Keine Reparatur i.S.v. Art. 17.3 RV .....	18
(2) Einschränkung von Art. 17.3 RV .....	18
b) Kein Beginn der Frist .....	19
2. Kein Verschulden .....	19
3. Konkurrenz zum Schadenersatz .....	20
4. Zwischenfazit .....	20
D. Gesamtfazit .....	20

## Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006. [Rz. 3, 12]
- CZERNICH DIETMAR, New Yorker Schiedsübereinkommen: UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Wien 2008. [Rz. 2]
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. CHK OR-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 87]
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Bern 2011. [Rz. 25]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008. [Rz. 82]
- GIRSBERGER DANIEL ET AL. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004 (zit. ZK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 3]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 80]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 2, 3, 4, 6]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 55, 77, 78]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012. [Rz. 18, 48, 58, 73, 86]
- LEW JULIAN D. M./MISTELIS LOUKAS A./KRÖLL STEFAN M., Comparative Commercial Arbitration, Den Haag/London/New York 2003. [Rz. 2]

LUCESCHI MARCO, Rechtsprobleme bei Verträgen über Grossprojekte: Insbesondere unter Berücksichtigung von Industrieanlageverträgen, Diss. Universität Zürich, Zürich 1996.

[Rz. 18]

PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Universität Basel, Basel 2011. [Rz. 7]

SCHÖNLE HERBERT, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Band V, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung Art. 184-191 OR, Zürich 1993 (zit. ZK OR-SCHÖNLE, Art. ... N ...). [Rz. 21]

**Entscheidungsverzeichnis**

BGE 138 III 411	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Mai 2012. [Rz. 14]
BGer 4A_579/2010	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Januar 2011. [Rz. 4]
BGer 4A_301/2010	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Oktober 2010. [Rz. 58, 63, 68]
BGE 133 III 406	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Juni 2007. [Rz. 78]
BGer 4C.394/2006	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 24. April 2007. [Rz. 46]
BGE 132 II 161	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Januar 2006. [Rz. 65]
BGer 4C.253/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Januar 2004. [Rz. 65]
BGE 129 III 675	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Juli 2003. [Rz. 3]
BGer 4P_135/2002	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. November 2002. [Rz. 10]
BGer 4P.124/2001	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. August 2001. [Rz. 3]

BGE 127 III 543	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Juni 2001. [Rz. 24]
BGer 4P.154/1999	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Dezember 1999. [Rz. 4]
BGE 123 III 16	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Januar 1997. [Rz. 80]
BGE 123 III 165	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. November 1996. [Rz. 63]
BGE 117 II 259	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juli 1991. [Rz. 58]
BGE 116 II 431	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Mai 1990. [Rz. 58]
BGE 115 II 456	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. November 1989. [Rz. 51]
BGE 109 II 462	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1983. [Rz. 18, 25]
BGE 109 II 452	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1983. [Rz. 12]
BGE 101 Ia 521	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1975. [Rz. 12]
BGE 99 II 185	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. März 1973. [Rz. 55]
BGE 89 II 126	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Mai 1963. [Rz. 77]

## I. Prozessuales

- 1 In ihrer Klageschrift (KS) verneint die Klägerin die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, auf welche im Bestellschein vom 13.11.2008 (K-2) verwiesen wird, und bejaht die Zuständigkeit des schweizerischen Schiedsgerichts. Im Folgenden wird dargelegt, dass die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Feller Gear AG enthaltene Schiedsklausel (B-1, Ziff. 18 AGB) sowohl formell wie auch materiell gültig zustande gekommen ist. Daraus folgt, dass eine Zuständigkeit des schweizerischen Gerichts abzulehnen ist.

### A. Formelle Gültigkeit

#### 1. Einhaltung der Form

- 2 Die Beklagte anerkennt, dass es sich bei der vorliegenden Streitsache um ein internationales Verhältnis i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. e IPRG handelt, weshalb das IPRG – unter Vorbehalt von völkerrechtlichen Verträgen (Art. 1 Abs. 2 IPRG) – Anwendung findet. Entgegen den Ausführungen der Klägerin, ist die ausschliessliche Beachtung der formellen Gültigkeitsvoraussetzungen einer Schiedsklausel nach dem New Yorker Übereinkommen (NYÜ) aufgrund nachfolgender Überlegungen zu verneinen. Die in Art. II NYÜ enthaltenen Formvorschriften für Schiedsklauseln sind nur für staatliche Gerichte direkt bindend, während sie für das Schiedsgericht lediglich eine Grundlage darstellen (LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 6-48). Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das NYÜ die Bestimmungen des Landesrechts nicht verdrängt, sondern nur Höchstanforderungen statuiert, die gemäss Art. VII NYÜ von innerstaatlichen Bestimmungen – sofern diese günstigere Anforderungen an die Form der Schiedsvereinbarung stellen – relativiert werden können (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 19 m.w.H.; CZERNICH, Art. II NYÜ N 19 f.; LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 6-49). Somit ist das formgültige Zustandekommen der Schiedsvereinbarung nach demjenigen Recht zu beurteilen, welches die geringeren Anforderungen an die Form stellt (ZK-VOLKEN, Art. 178 N 35-36; CZERNICH, Art. II NYÜ N 20).
- 3 Für die formelle Gültigkeit von Schiedsklauseln gemäss nationalem Recht ist Art. 178 IPRG einschlägig. Dieser verlangt weder ein unterzeichnetes Dokument mit der darin enthaltenen Schiedsvereinbarung noch den beidseitigen Austausch von Briefen oder Telegrammen, welche eine solche enthalten oder darauf verweisen. Art. 178 IPRG schreibt lediglich eine Form vor, die den Nachweis durch Text ermöglicht (BGE 129 III 675 E. 2.3; BERGER/KELLERHALS, N 395). Auch nach neuerer Rechtsprechung reicht es für die Einhaltung der Form aus, wenn der Einbezug der Schiedsklausel aus den Schriftstücken hervorgeht (BGer 4P.124/2001 E. 2c;

BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 13, 15). Dadurch dass weder eine Unterschrift erforderlich noch die Übermittlung via E-Mail (B-1) unzulässig ist, ist die Schiedsvereinbarung formell gültig zustande gekommen.

## 2. Entbehrlichkeit des Formzwangs

- 4 Sollte eventualiter dennoch daran festgehalten werden, dass die Schiedsvereinbarung in den AGB der Beklagten an einem Formmangel leidet, so muss sich die Klägerin entgegenhalten lassen, dass sie sich auch nach der elektronischen Zusendung der AGB rügelos auf den Einzelvertrag (EV) eingelassen und diesen auch erfüllt hat (BGer 4A\_579/2010 E. 2.2.1; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 17, 23). Es widerspricht dem Prinzip von Treu und Glauben, dass sich die Klägerin nachträglich auf diesen Formmangel beruft, obwohl sie während der ganzen Laufzeit des Vertrags bei der Beklagten das Vertrauen aufrecht erhielt, die AGB seien Teil des EV geworden. Somit ist i.c. die Berufung auf die Einhaltung der Form als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, sodass das Verhalten der Klägerin i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz genießt (BGer 4P.154/1999 E. 2e/cc.).

## B. Materielle Gültigkeit

- 5 Nachfolgend wird dargelegt, dass auch die materiellen Gültigkeitserfordernisse eingehalten wurden. Wie die Klägerin richtig festhält (KS Rz. 15), ist die materielle Gültigkeit gemäss Rahmenvertrag (RV) und den AGB der Beklagten nach schweizerischem Recht zu qualifizieren. Abweichend von der Argumentation der Klägerin (KS Rz. 16), muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es sich bei den vorliegenden Parteien um jeweils spezialisierte und branchenkundige Unternehmen handelt. Laut Einleitungsanzeige (EAZ) bezeichnet sich die Beklagte selbst als eine “auf den Forschungsprozess, die Entwicklung, das Design und die Konstruktion von Zementproduktionsanlagen” spezialisierte Aktiengesellschaft (EAZ Rz. 1), während auch die Beklagte als “branchenführendes Unternehmen” beschrieben wird (EAZ Rz. 2). Daraus folgt, dass die Grundsätze über den Einbezug von AGB-Klauseln im Geschäftsverkehr anzuwenden sind.

### 1. Übernahme

- 6 Üblicherweise ist eine Schiedsvereinbarung in der Praxis nicht im Vertrag selbst, sondern in weiteren Unterlagen enthalten, welche mittels Verweis im Vertragstext einbezogen werden. Ob der Einbezug dem beidseitigen Konsens entspricht, ist nach dem Vertrauensprinzip, unter Anwendung von Art. 1 ff. OR, festzustellen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 58 m.w.H.). Der

Bestellschein (K-2) enthält einen angemessenen, deutlich lesbaren Verweis auf die AGB der Beklagten. Trotz der Tatsache, dass die Beklagte nicht spezifisch oder ausdrücklich auf die Schiedsklausel verwiesen hat, kann bei erfahrenen Vertragsparteien nicht davon ausgegangen werden, dass die Schiedsklausel für die Klägerin unbeachtlich ist.

- 7 Die Klägerin wendet ein, es sei ihr unzumutbar gewesen, von den AGB der Beklagten vor oder bei Vertragsschluss Kenntnis erlangt zu haben, und verneint deshalb ihre Geltung (KS Rz. 21). Im Geschäftsverkehr gelten grundsätzlich geringere Anforderungen an die Zugänglichkeit als im Verkehr mit Konsumenten. Insbesondere müssen einer geschäftserfahrenen Vertragspartei die AGB nicht zwingend zugeführt werden. Von der Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme ist auch dann auszugehen, wenn die AGB durch Nachfrage hätten beschafft werden können (PERRIG, S. 318).
- 8 Auf entsprechendes Begehren hin, übergab die Beklagte der Klägerin die AGB (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 7). Es war der Klägerin folglich in einer zumutbaren Weise möglich, durch Nachfrage von den AGB der Beklagten Kenntnis zu erlangen.

## **2. Individualabrede**

- 9 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass die Bestimmungen im RV als Individualabreden zu qualifizieren sind und den AGB deshalb vorgehen (KS Rz. 26). Der RV schliesst i.c. den Einbezug weiterer Vertragsbestimmungen (bspw. durch Abwehrklauseln) nicht aus. Er enthält lediglich allgemeine Bestimmungen, die durch den Abschluss von Einzelverträgen konkretisiert oder abgeändert werden können (RV Art. 1.2). Folglich finden rahmenvertragliche Bestimmungen soweit Anwendung, als sie nicht mit dem jeweiligen Einzelvertrag kollidieren.
- 10 Darüber hinaus kann erst dann eine Individualabrede angenommen werden, wenn, basierend auf allgemeinen Vertragsbestimmungen, mindestens Verhandlungen durchgeführt werden, die als eigener Vertrag eingeordnet werden können (BGer 4P\_135/2002 E 3.1, 3.3). Im vorliegenden Fall enthalten die Unterlagen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass nach Abschluss des Einzelvertrags weitere Gespräche oder Abmachungen zwischen den Parteien stattgefunden haben.

## **3. Ungewöhnlichkeitsklausel**

- 11 Die Klägerin macht geltend, dass sie durch die Änderung des Gerichtsstands in den AGB der Beklagten überrascht worden ist (KS Rz. 29).

**a) Subjektive Ungewöhnlichkeit**

- 12 Grundsätzlich kann sich lediglich die schwache bzw. unerfahrene Vertragspartei auf die Ungewöhnlichkeitsklausel berufen (BGE 109 II 452 E. 5a). Bei Verträgen zwischen Unternehmen (b2b) kommt die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung, wenn sich entweder die schwächere Partei den Bedingungen des Vertragspartners faktisch unterwerfen muss, oder wenn AGB von einer branchenfremden Partei global übernommen werden (BERGER/KELLERHALS, N 441 f.). Zwischen branchenkundigen Unternehmen sind regelmässig auch global übernommene Bestimmungen bindend (BGE 101 Ia 521 E. 3; 93 I 49 E. 3c; 76 I 338 E. 4).
- 13 Vorliegend handelt es sich um Vertragsbestimmungen, die zwischen branchenkundigen und geschäftserfahrenen Parteien geschlossen wurden (Rz. 5). Nach dem Vertrauensprinzip kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Klägerin mit einer solchen Gerichtsstandsklausel hätte rechnen müssen, sodass sie sich nachträglich nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann.

**b) Objektive Ungewöhnlichkeit**

- 14 Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung, müssen die betroffenen Vertragsbestimmungen neben der subjektiven Ungewöhnlichkeit einen geschäftsfremden Inhalt enthalten (BGE 138 III 411 E. 3.1; 109 II 452 E. 5b). Entweder muss durch die Bestimmung eine Änderung des Vertragscharakters hervorgerufen werden oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstyps fallen.
- 15 Vorliegend muss eine Änderung des Vertragscharakters durch eine Gerichtsstandsklausel verneint werden. Sämtliche wesentlichen Vertragselemente, nämlich die Zusammensetzung und Lieferung der Zentralgetriebe sowie die Zahlung des Kaufpreises, blieben von den AGB der Beklagten unberührt.

**C. Zwischenfazit**

- 16 Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die AGB der Beklagten und die darin enthaltene Gerichtsstandsklausel den formellen und materiellen Voraussetzungen entsprechen. Auf die Begehren der Klägerin ist mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

## II. Materielles

### A. Vertragsqualifikation

#### 1. Gemischtes Vertragsverhältnis

- 17 Die Leistungen unter dem Vertragswerk können gemäss Art. 5.1 RV unterschiedlich qualifiziert werden.
- 18 Die Klägerin verkennt mit der einheitlichen Qualifikation von Zusammensetzung, Lieferung und Montageüberwachung unter das Werkvertragsrecht (KS Rz. 34), dass eine solche Lösung nicht der Rechtswirklichkeit entspricht (BGE 109 II 462 E. 3d; HUGUENIN, N 3684 m.w.H.; LUCHE-SCHI, S. 52 f.). Vielmehr drängt sich hier eine unterschiedliche Qualifizierung der Leistungen auf: Es handelt sich beim vorliegenden EV um einen gemischten Vertrag, der Kauf-, Werk- und Auftragsrecht beinhaltet. Zusammensetzung und Lieferung sind nach Kaufrecht zu beurteilen, wobei dem Parteiwillen entsprechend werkvertragliche Elemente inkorporiert wurden (Rz. 19, 42). Auf die Montageüberwachung findet Auftragsrecht Anwendung.

#### 2. Qualifikation nach Kauf- bzw. Werkvertragsrecht

- 19 Die geschuldete Leistung enthält sowohl kauf- als auch werkvertragliche Elemente: Auf die Zeitspanne zwischen dem Inkrafttreten des EV bis und mit dem Transport nach Damman sind kaufrechtliche Normen anwendbar. Die Abnahme und Ablieferung bilden Institute, die dem Werkvertragsrecht zuzuordnen sind (K-4, Anhang II). Vorliegend soll dargelegt werden, dass Zusammensetzung und Lieferung der Zentralgetriebe nach Kaufrecht zu beurteilen sind.
- 20 Der EV spricht in der Präambel von der *Lieferung*, nicht der Herstellung zweier Zentralgetriebe eines spezifischen Typs. Weiter werden unter dem Punkt „Gegenstand“ des EV lediglich die zwei Zentralgetriebe genannt und Anhang I (K-4) spricht vom Lieferumfang des Vertrags. Dies zeigt auf, dass die Sachlieferung im Mittelpunkt des EV steht und deren Hauptleistung bildet. Der Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 5 hält fest, dass sich die Zentralgetriebe aus serienmässig hergestellten Grundelementen zusammensetzen, welche nach den Bedürfnissen der Klägerin an konkreten Stellen angepasst wurden. Es ist üblich, dass gewisse Anpassungen am Getriebe vorgenommen werden müssen; mussten diese doch in einem zweiten Schritt in die Zementproduktionsanlagen eingebaut werden.
- 21 Ein weiteres Indiz für die Anwendung von Kaufrecht ist, dass beide Parteien in den Unterlagen (K-2; K-3; Einleitungsantwort (EAW) Rz. 7) generell und immer von einem bestimmten „Typ“

bzw. einem bestimmten „Set“ von Zentralgetrieben sprechen. Ebenso weisen die Zentralgetriebe eine Seriennummer auf (K-3), was darauf deutet, dass die Getriebe ein Produkt serieller Herstellung sind. Darüber hinaus wurde im EV vereinbart, dass der Erfüllungsort der Hafen von Dammam sein soll. Die Beklagte war somit für die Ankunft der Ware am vereinbarten Bestimmungsort verantwortlich (Bringschuld) und trug auch die Kosten des Transports (ZK OR-SCHÖNLE, Art. 189 N 25). Der Transport vom Erfüllungsort bis zum Gelände der MECC lag in der Verantwortung der Klägerin (vgl. Art. 189 Abs. 1 OR), welche auch die Kosten für diesen Abschnitt des Transports zu tragen hatte (K-3). Der Umstand, dass die Parteien den Transport wie auch die Transportkosten in ihren Einzelheiten regelten, spricht für die Anwendung von Kaufrecht. Anzuführen ist, dass die Zeiteinteilung für Grob- und Detailplanung der Koordination dient und als Teil der gewöhnlichen Produktionszeit zu betrachten ist (KS Rz. 34).

22 Demnach findet auf die Zusammensetzung und Lieferung Kaufrecht Anwendung.

### 3. Qualifikation nach Auftragsrecht

23 Vorliegend soll dargelegt werden, dass die Beklagte lediglich eine *Überwachung* der Montage schuldet und somit Auftragsrecht zur Anwendung kommt.

24 Die Klägerin ist der Auffassung, dass eine Montagepflicht besteht, welche nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist (KS Rz. 34, 46). Dem ist zu widersprechen; der EV hält unter dem Punkt „Installation“ fest, dass die Montage der Klägerin obliegt und die Beklagte lediglich zur Überwachung der Neumontage und Inbetriebnahme verpflichtet ist. Die Klägerin verkennt, dass es sich vorliegend um eine „Überwachungspflicht“ der Beklagten handelt, welche gemäss BGer dem Auftragsrecht zuzuordnen ist (BGE 127 III 543 E. 2a; 114 II 53 E. 2b; 109 II 462 E. 3c). Demnach ist kein Erfolg geschuldet (KS Rz. 34).

25 Die zu errichtende Baute (Montage des Zentralgetriebes in die Zementproduktionsanlage) ist kein Werk, welches die Beklagte der Klägerin schuldet (GAUCH, N 55). Zwar trug die Beklagte durch die Instruktion und Sicherstellung der geltenden technischen Anforderungen wesentlich zur Errichtung der Zementproduktionsanlagen bei (K-4, Anhang I E.3.), jedoch war die körperliche Ausführung der Zementproduktionsanlagen gemäss Art. 11.1 RV Sache der Klägerin (BGE 109 II 462 E. 3c; GAUCH, N 56).

#### 4. Zwischenfazit

26 Der EV ist somit als gemischter Vertrag zu qualifizieren; die Zusammensetzung und Lieferung ist nach Kaufrecht zu beurteilen, Abnahme und Ablieferung bilden werkvertragliche Institute und auf die Montageüberwachung gelangt Auftragsrecht zur Anwendung.

#### B. Ansprüche aus Kaufvertrag

27 Die Sachgewährleistungsansprüche richten sich entgegen den Ausführungen der Klägerin (KS Rz. 35) nach Kaufrecht (Rz. 19 ff.).

#### 1. Kein Sachmangel

28 Wie nachfolgend zu zeigen ist, weisen die Zentralgetriebe keine Mängel auf.

29 Die Klägerin macht geltend, dass die gelieferten Antriebssysteme mangelhaft sind, weil die Beklagte die Eignung der Getriebe für den Betrieb in Saudi Arabien zugesichert hat (KS Rz. 36, 37). Eine solche Zusicherung liegt nicht vor: Die Beklagte sollte im Rahmen des Neubaus der 6000 t/d Clinker Zementproduktionsanlage zwei Zentralgetriebe liefern. Da die geltend gemachte Tatsache lediglich in der Präambel zum EV genannt wird und sich dazu keine weitere Erwähnung oder Ausführung im Vertrag selbst findet, genügt dies alleine nicht für eine Zusicherung.

30 Des Weiteren kann nicht von einer Gewährleistung der Tauglichkeit der Antriebssysteme bei häufigen Stromausfällen die Rede sein (KS Rz. 37, 38). Die Klägerin verkennt hier eindeutig, dass die Gewährleistung eines ordentlichen Stromzugangs bei der MECC lag (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 4). Als ortsansässiges Unternehmen war sie mit den Gegebenheiten in Saudi Arabien vertraut, sodass es ihr zumutbar war, die hierfür erforderlichen Vorkehrungen zu treffen und Handlungen vorzunehmen (bspw. Notstromaggregat). Das Interesse am Gelingen dieses Prestigeprojekts war für die MECC, als Inhaberin des Zementwerks, äusserst wichtig. Daher konnte die Beklagte in guten Treuen darauf vertrauen, dass die MECC ihren Verpflichtungen den Strom betreffend nachkommen würde. Anzuführen ist hier, dass die Beklagte in keiner Weise auf die vorkommenden Stromausfälle in Saudi Arabien hingewiesen wurde. Den Unterlagen ist keine Erwähnung der Stromausfälle zu entnehmen; die Beklagte konnte und musste dem Umstand von Stromausfällen bei der Konstruktion der Zentralgetriebe in diesem Sinne keine Beachtung schenken.

31 Wäre ein stetiger Stromzugang durch die MECC gewährleistet gewesen (Rz. 30) und hätte sich die Klägerin an die Weisungen und Handbücher der Beklagten gehalten (Rz. 38), wären die Ge-

triebe in der Lage gewesen, die gewünschten 6000t Clinker pro Tag zu produzieren. Dies unabhängig davon, ob die ursprünglich bestellte oder die spezielle Ölspritzeinrichtung eingebaut gewesen wäre (Rz. 36; EAW Rz. 25). Demnach ist die Klägerin sämtlichen Verpflichtungen aus Art. 17.1 RV nachgekommen.

- 32 Dem Vorwurf der Klägerin, die Beklagte hätte die spezielle Ölspritzeinrichtung bereits bei der ursprünglichen Zusammensetzung einbauen sollen (KS Rz. 38), kann folgendes entgegengehalten werden. Die Klägerin hat zwei Zentralgetriebe des Typs A84/CELZ 225 im November 2008 bestellt (K-2; K-3). Die Spezifikationen des Getriebes, wie auch die Platzierung der Ölspritzeinrichtung konnte sie den Grafiken sowie den weiteren Unterlagen (K-4, Anhang I) entnehmen. Die erst 2008 designte spezielle Ölspritzeinrichtung war zum Zeitpunkt der Bestellung (K-2) und der technischen Grob- und Detailplanung (bis April 2009) noch kein serieller Bestandteil des bestellten Typs A84/CELZ 225 (K-4, Anhang II). Eine solche wurde erst später, nach der Zusammensetzung der zwei Getriebe für die Klägerin, bei anderen Projekten eingebaut (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 1). Zum Zeitpunkt des Einbaus dieses “Upgrades” waren die zwei Zentralgetriebe bereits auf dem Weg nach Damman bzw. dabei abgeliefert zu werden (K-4 Anhang II). Entgegen der Behauptung der Klägerin (KS Rz. 39, 40) entsprachen die gelieferten Zentralgetriebe den im Zeitpunkt geltenden technischen Anforderungen und dem aktuellen Stand der Technik (RV Art. 5.3, 5.5). Dass die spezielle Ölspritzeinrichtung während der Reparaturarbeiten ohne Verrechnung eingebaut wurde, schadet dieser Aussage nicht (K-14; KS Rz. 41). Die Beklagte kam damit ihren vertraglichen Verpflichtungen nach, die Zentralgetriebe auf den aktuellen Stand der Technik anzupassen (RV Art. 5.3, 5.5). Als die Problematik der häufigen Stromausfälle augenfällig wurde, hat die Beklagte das “Upgrade” eingebaut, um weiteren Vorfällen dieser Art Einhalt zu gebieten (EAW Rz. 25). Die spezielle Ölspritzeinrichtung erscheint folglich nicht in der Rechnung der Reparaturarbeiten (K-14), weil sie einerseits keiner Reparatur bedurfte und andererseits ein “Upgrade” der ursprünglich eingebauten Ölspritzeinrichtung darstellt.
- 33 Die Klägerin spricht unzutreffenderweise in ihrer Klageschrift vom Fehlen einer Ölspritzeinrichtung (KS Rz. 41); die gelieferten Zentralgetriebe enthielten sehr wohl ein Ölsystem (K-4), was mit den obigen Ausführungen aufgezeigt wurde (Rz. 32).
- 34 Ein gewichtiges Argument gegen das Bestehen eines Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs ist, dass ein ABB-Techniker im Oktober 2010 die Zentralgetriebe inspiziert hat (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 2). Dies geschah während der Inbetriebnahme (EAW Rz. 18; RV Art. 12.1), d.h. während dieser Zeit liefen die Zentralgetriebe bzw. die Zementproduktionsan-

lagen unter normalen Bedingungen. Die Klägerin unterliess es in der Folge eine Mängelrüge zu erheben. Dieser Umstand deutet daraufhin, dass die Inspektion des Technikers positiv verlaufen ist und die zwei Zentralgetriebe somit mangelfrei waren. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte die Klägerin aktiv werden müssen. Der Umstand, dass dies unterlassen wurde, kann als Indiz dafür genommen werden, dass keine rügbaren Mängel vorhanden waren. In der Folge wurde der Endtestlauf erfolgreich durchgeführt (Rz. 51 ff.). Die Zentralgetriebe wiesen am 26.12.2010 (Gefahrenübergang nach Art. 10.2 RV) keine Mängel auf.

## 2. Verantwortlichkeit für den Mangel

- 35 Ursache der Schäden am Zentralgetriebe und des resultierenden Ausfalls vom 08.07.2011 war Herrn Senecky zufolge eine zu hohe Betriebsgeschwindigkeit bei voller Ladung und die hierbei nicht vorhandene oder nur ungenügende Ölschmierung der Getriebeteile (EAW Rz. 22). Vorliegend ist die ungenügende Ölschmierung nicht auf die “mangelhafte” Ölspritzeinrichtung zurückzuführen (KS Rz. 41). Ein solcher Mangel lag wie oben dargelegt (Rz. 28 ff.) nicht vor. Der Mangel hat sich vielmehr durch die unsachgemässe Handhabung der Klägerin ergeben. Der Umstand, dass die MECC ihre Pflicht betreffend stetigem Stromzugang nicht erfüllte (Rz. 30), tritt hier erschwerend hinzu.
- 36 Bei einer solch unkorrekten Art und Weise des Betriebs durch die Klägerin hätte auch ein “Upgrade” der Ölspritzeinrichtung den Schaden nicht verhindern können (EAW Rz. 25). Die Analyse des Schadens hat ergeben, dass die Trommelbremse manipuliert wurde und das Verriegelungssystem mangelhaft war (EAW Rz. 23). Die Trommelbremse, wie auch das Verriegelungssystem waren beide nicht Bestandteil der Leistungen der Beklagten (K-3). Gemäss RV liegt die Verantwortung für Leistungen und Lieferungen, welche nicht den vertraglichen Vereinbarungen und somit Pflichten der Beklagten zu entnehmen sind, bei der Klägerin (RV Art. 4.1). Zudem war diese auch für die Lieferung des Verriegelungssystems verantwortlich (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 12).
- 37 Dem Vorwurf, die verdrehte Zahnkupplung sei ein Mangel, ist zu widersprechen (KS Rz. 48). Die Zentralgetriebe wurden vorgängig inspiziert und die Klägerin hat daraufhin keine Mängel geltend gemacht (Rz. 34). Durch die unkorrekte Art und Weise des Betriebs der Anlagen durch die MECC verdrehte sich die Zahnkupplung, welche dann wieder einzurenken versucht wurde. Der Schaden verschlimmerte sich durch diese Handlung, sodass auch das Nebengetriebe einen Schaden erlitt (EAW Rz. 18).

- 38 Den Ausführungen zur ungenügenden Information durch die Beklagte ist nicht zu folgen (KS Rz. 42, 45). Der Beklagten wurde bereits vor Beginn der Montagearbeiten ein Memo über die Montage eines Feller Gear Zentralgetriebes überreicht (B-4). Des Weiteren wurde der Klägerin bei Abreise von Herrn Fallet am 16.08.2010 ein Dokument über die noch zu erledigenden Aufgaben übergeben sowie in einem Schreiben die weiteren Ausführungen festgehalten (K-8). Zusätzlich hatte die Beklagte kurze Zeit nach Vertragsabschluss der Klägerin das Installations- sowie Bedienungs- und Wartungshandbuch übergeben (RV Art. 9.3.4). Das Bedienungshandbuch hält deutlich fest, dass ein Zentralgetriebe nur mithilfe des Hauptmotors oder des Nebenantriebmotors gestartet oder betrieben werden darf, wenn das Getriebe mit genügend Schmieröl versorgt und die Ölbetriebspumpe eingeschaltet ist (EAW Rz. 24). Die Klägerin war somit bestens darüber informiert, wie sie bei der Montage vorzugehen hatte.
- 39 Die Behauptung der Klägerin, dass ein Servicetechniker dem Kalttestlauf beiwohnen muss (KS Rz. 47), ist falsch. Gemäss EV *darf* dieser daran teilnehmen, muss aber nicht (K-4, Anhang I E.5.). Abgesehen davon ist es Aufgabe der Klägerin die Leistungstests durchzuführen (K-3 Punkt "Leistungstests"). Weiter besteht keine vertragliche Vereinbarung, dass die Beklagte eine Endinspektion durchzuführen hat (KS Rz. 47). Der Endtestlauf ist ebenfalls durch die Klägerin vorzunehmen, wobei dieser als Abnahme i.S. des EV (K-3 Punkt "Abnahme" und "Zahlungsbedingungen") zu verstehen ist.
- 40 Zu den Angaben der Klägerin betreffend der vorzeitigen Abreise von Herrn Fallet (KS Rz. 47) ist folgendes zu sagen: Vertraglich wurden lediglich 960 Stunden technischer Service vor Ort vereinbart (K-4). Dies entspricht 40 Tagen bzw. ca. 1 ½ Monaten. Herr Fallet reiste am 03.07.2010 an und am 16.08.2010 wieder ab; das sind 44 Tage, in welchen der technische Service wie vereinbart ununterbrochen gewährleistet wurde. Zudem besagt Ziff. 4 des Terminplans im Anhang II, dass der technische Service lediglich in den relevanten Perioden angeboten werden muss. Gemäss Terminplan ist der Service in den Monaten Juni und Juli, bis Mitte August 2010 (d.h. bis zum 15.08.2010) eingeplant. Herr Fallet reiste am 16.08.2010 ab und verletzte damit keine vertragliche Pflicht. Da weder ein Fall von Art. 3.2 RV vorliegt noch eine Leistung gemäss Lieferumfang des EV (K-4, Anhang I E.1.) verletzt wurde, ist für die Abreise von Herrn Fallet auch keine Einwilligung der Klägerin nötig (KS Rz. 47). Zudem gibt die Klägerin selbst zu, dass während der Inbetriebnahme wieder Personal der Beklagten anwesend war (EAZ Rz. 18). Die Beklagte hat somit alle ihre Pflichten unter dem EV (K-4, Anhang I E.3.) erfüllt.

### 3. Prüfungs- und Rügepflicht

41 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Klägerin ihrer Prüfungs- und Rügepflicht nicht nachgekommen ist.

42 Wie oben dargelegt (Rz. 19) finden bezüglich Abnahme werkvertragliche Bestimmungen Anwendung. Dies wird mit der Regelung von “Ablieferung” und “Abnahme” im EV verdeutlicht. Die Klägerin macht geltend, dass im Zeitpunkt der Ablieferung bereits ein versteckter Mangel gegeben war (KS Rz. 50). Die Ablieferung erfolgte am 02.02.2010 (Rz. 51); zu diesem Zeitpunkt war weder der erwähnte konzeptionelle Mangel des Ölversorgungssystem noch ein anderer Mangel gegeben (Rz. 28 ff.). Der Schaden, der sich am 08.07.2011 manifestierte war vielmehr auf den unsachgemässen Gebrauch durch die MECC zurückzuführen (Rz. 36, 37).

#### a) Keine Mängelrüge

43 Vorliegend spricht die Klägerin von einer Mängelrüge innerhalb der Garantiezeit (KS Rz. 52). Sie übersieht dabei, dass kein Fall von Art. 17.3 RV vorliegt. Die Beklagte hat auf das Schreiben der MECC, welches zwar den Begriff “Garantiezeit” enthält (K-10), umgehend geantwortet – jedoch keinesfalls wie von der Klägerin vertreten – auf eine Garantie Bezug genommen (KS Rz. 54). Vielmehr hat sie in ihrer Antwort darauf hingewiesen, dass sie der MECC eine “entsprechende Offerte” zukommen lassen werde (K-11). Dabei handelt es sich um einen Antrag der Beklagten einen Reparaturvertrag mit der MECC abzuschliessen. Die Klägerin wurde zu keinem Zeitpunkt Partei des Vertrags. Mit der Annahme am 01.08.2011 haben die MECC und die Beklagte einen Reparaturvertrag geschlossen (EAW Rz. 26). Dem bleibt anzumerken, dass entgegen der Aussage der Klägerin (KS Rz. 56) eine gültige Abnahme (Genehmigung) stattgefunden hat (Rz. 52).

44 I.c. ist keine Mängelrüge erfolgt. Vielmehr ist ein Reparaturvertrag abgeschlossen worden, wobei sich die Frage nach einer Vertretungsbefugnis der MECC nach Art. 32 ff. OR bezüglich der Verfügungen über die Mängelrechte der Klägerin erübrigt (KS Rz. 56).

#### b) MECC als Hilfsperson

45 Die Klägerin stellt sich fälschlicherweise auf den Standpunkt, sie habe den Mangel am 08.07.2011 gerügt (KS Rz. 52 f.). Dies begründet sie damit, dass die MECC mit ihrer E-Mail als Hilfsperson der Klägerin gehandelt hat (K-10).

46 Um jemanden als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR qualifizieren zu können, muss dieser mit Wissen und Willen des Vertretenen handeln (BGer 4C.394/2006 E. 4.2). Aus den vorliegenden Unterla-

gen geht in keinster Weise hervor, dass eine solche Beziehung zwischen der Klägerin und der MECC bestand. Vielmehr ist auf die Ausführungen der Klägerin abzustellen, in denen sie selbst darauf hinweist, dass die MECC ohne ihr Wissen mit der Beklagten einen Reparaturauftrag eingegangen ist (EAZ Rz. 24). Die MECC ist daher keine Hilfsperson der Klägerin. Entgegen der Behauptung der Klägerin ist keine Mängelrüge, sondern ein Antrag auf Reparaturvertrag durch die MECC erfolgt (KS Rz. 55).

- 47 Die Beklagte konnte zudem in guten Treuen davon ausgehen, dass kein Gewährleistungsfall i.S.v. Art. 17.3 RV vorliegt; war es doch die MECC, die sich direkt bei der Beklagten gemeldet hat (K-10). Art. 17.3 RV verlangt, dass die *Klägerin* die Beklagte über einen Mangel während der Garantiezeit in Kenntnis zu setzen hat. Dies ist i.c. nicht geschehen (Rz. 46).

### c) Haftungsausschluss

- 48 Herr Fallet hat am 16.08.2010 mitgeteilt (K-8), dass die Beklagte für den Fall, dass die Getriebe falsch betrieben werden, nicht hafte (EAW Rz. 19). Er handelte vor Ort im Namen der Beklagten. Mit der Erklärung von Herrn Fallet in der Montagephase – in der Auftragsrecht Anwendung findet (Rz. 23 ff.) – handelt er als Hilfsperson gemäss Art. 398 Abs. 3 OR. Als Angestellter der Beklagten handelt er in ihrem Auftrag und unter ihrer Weisung in Al-Hofuf (HUGUENIN, N 3255), sodass der Haftungsausschluss (K-8) der Beklagten angerechnet werden kann. Auch wenn kein Haftungsausschluss angenommen werden würde, so konnte die Beklagte aufgrund der fehlenden Einsprache der Klägerin in guten Treuen davon ausgehen, dass ein solcher gültig zustande gekommen ist (K-11).
- 49 Der Schaden ist wie oben ausgeführt (Rz. 36, 37) darauf zurückzuführen, dass die Getriebe nicht gemäss Betriebsanleitung betrieben wurden. Das Vorliegen dieser Tatsache führt zu einem Ausschluss der Haftung (K-11; EAW Rz. 19, 24).

## 4. Verwirkung der Gewährleistungsansprüche

- 50 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Abnahme gemäss Art. 13 f. RV stattgefunden hat (Rz. 51 ff.) und die Sachgewährleistungsansprüche nach Art. 17.2 RV daher verjährt sind.

### a) Erfolgreiche Abnahme

- 51 Unter Ablieferung wird die Übergabe eines vollendeten Werks mit der Absicht der Vertragserfüllung verstanden (BGE 115 II 456 E. 4). Die Ablieferung fand gemäss Unterlagen am Hafen von Dammam am 02.02.2010 statt (K-3; K-7). Wie im Folgenden ausgeführt wird, tritt die Abliefe-

rung gemäss Art. 17.2 RV hinter die gültig erfolgte Abnahme und ist daher nicht weiter zu prüfen.

- 52 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Abnahme gemäss Art. 13.2 RV nie gültig stattgefunden hat, da das für die Abnahme erforderliche Abnahmezertifikat nie unterzeichnet wurde (EAZ Rz. 18; KS Rz. 58). Die Klägerin verkennt dabei, dass die Abnahme gemäss Art. 13.2 RV nicht nur mittels Unterzeichnung des Abnahmezertifikats erfolgen kann, sondern auch in den in Art. 13.2.1 und 13.2.2 RV genannten Fällen vorliegt. Einerseits genügt es, wenn ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind (RV Art. 13.2.1). Andererseits liegt eine Abnahme ebenfalls vor, wenn der Inbetriebnahmezeitraum abgelaufen ist (RV Art. 12.1) und die Auftragnehmerin hierbei keine Möglichkeit hatte einen Leistungstest durchzuführen oder die Leistungstests bis zum Ablauf der Inbetriebnahme nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten (RV Art. 13.2.2).
- 53 Indem es die Klägerin unterliess, die Beklagte zum Endtestlauf am 26.12.2010 einzuladen, hatte sie keine Möglichkeit daran teilzunehmen und festzustellen, ob dieser erfolgreich verlaufen ist (EAW Rz. 17). Die Bezahlung der letzten 10% des Gesamtpreises hat von der Klägerin erst nach Durchführung eines erfolgreichen Leistungstests, spätestens aber 26 Monate nach Inkrafttreten des Vertrags, zu erfolgen (K-3). Die letzte Rate hätte demnach bis zum 16.01.2011 erfolgen sollen. Die Klägerin überwies den besagten Betrag ohne erkennbare Vorbehalte bereits am 02.01.2011 (B-6). Die Beklagte durfte aus diesen Gründen in guten Treuen annehmen, dass der Endtestlauf erfolgreich durchgeführt worden ist (EAW Rz. 17).
- 54 Am 26.12.2010 hat demzufolge eine gültige Abnahme gemäss Art. 13.2.1 RV stattgefunden, wodurch die Zentralgetriebe auch genehmigt wurden. Daraus folgt, dass die Beklagte von allen Pflichten ausser der Gewährleistung befreit worden ist (RV Art. 13.3). Sie haftet während zwölf Monaten bis zum 26.12.2011. Die E-Mail vom 08.07.2011 ändert daran nichts, da es sich in diesem Fall um einen Reparaturantrag und nicht um einen Gewährleistungsfall handelt (Rz. 43).

#### **b) Verjährung**

- 55 Die Klägerin geht fälschlicherweise von der Annahme aus, dass die Sachgewährleistungsansprüche nach Werkvertragsrecht zu beurteilen sind (Rz. 18). Die Parteien haben in Art. 17.2 RV die von Art. 210 OR vorgesehene gesetzliche Frist modifiziert. Dabei wurde zulässigerweise die vorgesehene 24-monatige Frist auf 36 Monate verlängert (BGE 99 II 185 E. 2a;

BSK OR I-HONSELL, Art. 210 N 5). Wie oben ausgeführt, hat am 26.12.2010 eine Abnahme der Zentralgetriebe stattgefunden (Rz. 54). Die Klägerin reicht ihre Klage am 11.01.2013 ein; die Gewährleistungspflicht der Beklagten ist zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt.

### c) Zwischenfazit

56 Die Sachgewährleistungsansprüche der Klägerin verjähren am 26.12.2011. Die Einleitung der Klage durch die Klägerin ist nicht rechtzeitig erfolgt und führte somit entgegen den Ausführungen der Klägerin zu keiner Unterbrechung der Verjährung (KS Rz. 58).

## 5. Absichtliche Täuschung

57 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass der Beklagten keine absichtliche Täuschung vorgeworfen werden kann und die zehnjährige Verjährungsfrist daher nicht zur Anwendung kommt (KS Rz. 57, 64).

### a) Täuschendes Verhalten

58 Eine absichtliche Täuschung gemäss Art. 210 Abs. 6 OR liegt vor, wenn der Unternehmer dem Besteller den Mangel des Werks wissentlich verheimlicht hat (BGer 4A\_301/2010 E. 3.2). Dies kann durch aktives oder passives Verschweigen erfolgen (BGE 116 II 431 E. 3a; HUGUENIN, N 538 m.w.H.). Massgebender Zeitpunkt für die Täuschung ist die Ablieferung des Werks (BGE 117 II 259 E. 2a).

59 Die Klägerin wirft der Beklagten vor, dass diese sie absichtlich getäuscht habe, indem sie ihr die (angebliche) Mangelhaftigkeit des Ölversorgungskonzepts verschwiegen hat (KS Rz. 61). Zusätzlich stellt sie sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe es unterlassen, das "Upgrade" (Rz. 32) einzubauen, um einer möglichen Konventionalstrafe gemäss Art. 14.1 RV zu entgehen.

60 Den Vorwürfen der Klägerin ist Mehrfaches zu entgegnen: Der von der Klägerin aufgeführte Mangel war zum Zeitpunkt der Ablieferung noch nicht vorhanden (Rz. 28 ff.). Der Schaden ist zudem nicht auf die Mangelhaftigkeit des Ölversorgungskonzepts zurückzuführen (Rz. 28 ff.). Es ist für die Beklagte nicht nachvollziehbar, worauf sich die Behauptungen der Klägerin betreffend Umgehung der Konventionalstrafe stützen (KS Rz. 61). Es liegen weder dem Schiedsgericht noch der Beklagten Unterlagen vor, die eine solche Aussage in irgendeiner Weise bestätigen würden. Die Klägerin verkennt in ihrer Aussage betreffend den Abgabetermin, dass die Lieferverzögerung von einem Lieferanten der Beklagten verursacht wurde (K-5). Trotz der Fristverlängerung bis zum 17.02.2010, konnte die Beklagte die Zentralgetriebe bereits am 02.02.2010 liefern (K-6; K-7). Die Beklagte hätte demzufolge bis zum Eintritt der absoluten Frist vom

17.02.2010 noch 15 Tage Zeit gehabt das “Upgrade” einzubauen. Es wäre der Beklagten somit ohne weiteres möglich gewesen, die Abgabefrist auch mit Einbau des “Upgrades” einzuhalten. Im Zeitpunkt der Zusammensetzung war dieses jedoch noch kein serieller Bestandteil des Zentralgetriebes, sodass der Beklagten diesbezüglich keine Unterlassung vorgeworfen werden kann (Rz. 32).

61 Da der Schaden i.c. nicht von einem mangelhaften Ölversorgungskonzept herrührt und dieser im Zeitpunkt der Ablieferung zudem noch nicht bestand, kann der Beklagten die Kenntnis des Mangels nicht vorgeworfen werden.

62 Ein täuschendes Verhalten liegt nicht vor.

#### **b) Täuschungsabsicht**

63 Der Unternehmer muss zumindest in Kauf nehmen, dass beim Besteller durch sein Verhalten ein Irrtum über den Sachverhalt auftritt. Eine Täuschungsabsicht kann auch vorliegen, wenn der Unternehmer den Besteller trotz Aufklärungspflicht nicht informiert (BGer 4A\_301/2010 E. 3.2; BGE 123 III 165 E. 3). Die Täuschung muss beim Unternehmer einen Motivirrtum hervorrufen (HUGUENIN, N 543). Die Klägerin führt aus, dass die Beklagte eine Aufklärungspflicht trifft (K-4 Anhang I, E.3.), da sie für den technischen Service und die Beaufsichtigung und Instruktion des Personals vor Ort zuständig sei. Des Weiteren sei von Seiten der Klägerin die Wichtigkeit dieses Prestigeobjekts klar erkennbar gewesen (KS Rz. 62).

64 Wie oben bereits ausgeführt (Rz. 60, 61), konnte die Beklagte den Mangel nicht kennen; dieser war im beschriebenen Zeitpunkt nicht vorhanden. Der Beklagten kann auch kein (eventual-)Vorsatz vorgeworfen werden, da es ihr gänzlich an der Kenntnis des Mangels fehlt.

#### **c) Kausalzusammenhang**

65 Zwischen dem Irrtum, der dem Besteller entstanden ist, und der absichtlichen Täuschung durch den Unternehmer muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen (BGer 4C.253/2003 E. 2.1; BGE 132 II 161 E. 4.1). Die Klägerin bezeichnet das Verhalten der Beklagten für deren Irrtum kausal (KS Rz. 63). Da der Klägerin kein täuschendes Verhalten vorzuwerfen ist (Rz. 60 ff.) besteht kein Kausalzusammenhang.

#### **d) Verjährungsfrist**

66 Die zehnjährige Frist der absichtlichen Täuschung kommt wie oben ausgeführt (Rz. 57 ff.) nicht zum Tragen. Die in Art. 17.2 RV vereinbarte Frist bleibt somit auf den Sachverhalt anwendbar.

**e) Zwischenfazit**

67 Da der Beklagten keine absichtliche Täuschung vorzuwerfen ist, kann auch der geltend gemachten zehnjährigen Verjährungsfrist nicht entsprochen werden (KS Rz. 59).

**6. Gewährleistungsausschluss**

68 Die Klägerin fügt an, dass die Gewährleistungsbeschränkung gemäss Art. 17 f. RV nicht zum Tragen kommt, wenn der Mangel arglistig verschwiegen wurde (KS Rz. 65). Das Bundesgericht misst der absichtlichen Täuschung sowie dem arglistigen Verschweigen den gleichen Inhalt bei (BGer 4A\_301/2010 E. 3.2). Da der Beklagten keine absichtliche Täuschung vorzuwerfen ist, kann ihr auch kein arglistiges Verschweigen nach Art. 199 OR vorgehalten werden. Abgesehen davon ist die erwähnte Gewährleistungspflicht verjährt (Rz. 55, KS Rz. 66). Dem ist hinzuzufügen, dass die Beklagte gemäss Art. 17.9 RV nur haftet, wenn alle Verpflichtungen nicht rechtzeitig und vollständig erfüllt worden sind. Die Beklagte kam all ihren Verpflichtungen in Art. 17.1 RV nach (Rz. 29 ff., 35 f.), sodass die Gewährleistungspflicht auch durch Art. 17.9 RV ausgeschlossen wäre.

**7. Minderung**

69 Die Klägerin macht ihre Mängelrechte geltend und verlangt die Minderung des “Werklohns” (KS Rz. 67 ff.). Sie verkennt dabei, dass die Frist zur Erhebung dieser bereits abgelaufen ist (Rz. 55). Entgegen den Ausführungen der Klägerin, kann auch keine Rede davon sein, dass die Beklagte für den angeblichen “Primärmangel” selbst aufgekommen ist (KS Rz. 68). Wie oben dargelegt, liegt weder ein “Primär-” noch ein “Sekundärmangel” vor; es handelte sich bei der speziellen Ölspritzeinrichtung um ein “Upgrade” (Rz. 32). Die Minderungserklärung ist zu spät erfolgt und daher nicht anzuerkennen.

**8. Mangelfolgeschaden**

70 Die Klägerin verlangt eine Entschädigung für den ihr entstandenen Mangelfolgeschaden. Dieser sei auf den Ausbau und die damit verbundenen Krankkosten zurückzuführen (KS Rz. 7). Da der Schaden nicht der Beklagten zuzurechnen ist (Rz. 35), ist sie auch nicht für den Mangelfolgeschaden verantwortlich.

## 9. Zwischenfazit

- 71 Wie oben dargelegt, bestehen i.c. keine Mängel, für welche die Beklagte Gewähr leisten muss. Die Schäden sind vielmehr auf die unsachgemässe Handhabung der Klägerin zurückzuführen (Rz. 35 ff.).
- 72 Wer dennoch der Ansicht ist, dass ein Sachmangel besteht, muss sich entgegenhalten lassen, dass die Klägerin ihrer Prüfungs- und Rügepflicht nicht nachgekommen ist und bestehende Ansprüche bereits verjährt sind (Rz. 41 ff., 55).

### C. Konventionalstrafe

- 73 Damit eine Konventionalstrafe greift, müssen kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einerseits müssen die Bedingungen eingetreten sein und andererseits muss ein Verschulden des Schuldners vorliegen. (HUGUENIN, N 1259 ff.).

#### 1. Kein Bedingungseintritt

- 74 Die Klägerin stützt ihre Forderung nach einer Vertragsstrafe auf Art. 17.3 RV (EAZ Rz. 34). Sie anerkennt zwar, dass die Anwendung von Art. 17.3 RV unter anderem einen Mangel, für den die Beklagte haftet, bedingt (KS Rz. 78). Zugleich verkennt sie aber, dass die Beklagte i.c. keine Verantwortung für den Mangel trägt, da dieser von der Klägerin selbst verschuldet wurde (Rz. 35). Eine Konventionalstrafe ist daher mangels Bedingungseintritts abzulehnen.
- 75 Vielmehr drängt sich i.c. die Anwendung von Art. 17.4 RV auf. Dieser ist auf selbstverschuldete Mängel zugeschnitten und verpflichtet die Klägerin, bei der Behebung eines Mangels zu assistieren. Art. 17.4 RV sieht keine Konventionalstrafe vor, weswegen keine Rechtsgrundlage für die Forderung der Klägerin gegeben ist.
- 76 Nachfolgend wird ausgeführt, dass auch bei gegenteiliger Ansicht ebenfalls keine Konventionalstrafe geschuldet ist. Der vorliegende Sachverhalt fällt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 17.3 RV.

#### a) Keine Anwendbarkeit von Art. 17.3 RV

- 77 Da die Gültigkeit des RV von keiner Partei bestritten wird, sondern lediglich Uneinigkeit über die Auslegung von Art. 17.3 RV herrscht, liegt ein reiner Auslegungsstreit nach Art. 18 OR vor (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 9 m.w.H.). Somit kommen die vom BGer anerkannten allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung zur Anwendung (BGE 89 II 126 E. 4).

## (1) Keine Reparatur i.S.v. Art. 17.3 RV

- 78 Art. 17.3 RV differenziert zwischen den Begriffen „Reparatur“ und „Auswechslung“ des Materials, nennt jedoch lediglich die Frist für eine Reparatur. Die Verwendung dieser unterschiedlichen Begriffe kann im Sinne einer Auslegung nach Wortlaut im Kontext des Vertrags (BGE 133 III 406 E. 2.3; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 24 f.) nur so verstanden werden, dass eine Reparatur von einer Auswechslung des Materials zu unterscheiden ist. Die Frist kann somit nicht auf eine Auswechslung ausgedehnt werden (EAW Rz. 27).
- 79 Vorliegend handelt es sich um eine Auswechslung; die Zentralgetriebe waren nicht vor Ort reparierbar, sondern mussten nach Deutschland transportiert werden, wo neue Bestandteile eingesetzt wurden (EAW Rz. 27). Dies wird auch von der Klägerin bestätigt (EAZ Rz. 25).
- 80 Ebenso muss gemäss Vertrauensprinzip (BGE 123 III 16 E. 4b; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 13 m.w.H.) davon abgesehen werden Art. 17.3 RV i.c. gelten zu lassen. Bei einer Auswechslung können Lieferfristen der Ersatzteile und Transportzeiten – welche nicht im Machtbereich der Beklagten stehen – vorkommen. So darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass ein Transport des Zentralgetriebes nach Deutschland für die Auswechslung pro Weg etwa dreieinhalb Monate in Anspruch nehmen kann (K-4, Anhang II). Es ist deshalb hervorzuheben, dass die Beklagte nach Abzug der siebenmonatigen Transportzeit (EAZ Rz. 25) deutlich weniger als drei Wochen für die effektiven Auswechslungsarbeiten benötigt hat.
- 81 Dies zeigt, dass eine Anwendung der Reparaturfrist auf Auswechslungen unverhältnismässig und nicht sachgerecht wäre. Die Beklagte konnte deshalb nach dem Vertrauensprinzip in guten Treuen davon ausgehen, dass die in Art. 17.3 RV genannte Frist tatsächlich nur auf Reparaturen anwendbar ist.

## (2) Einschränkung von Art. 17.3 RV

- 82 Die Beklagte hat nach Art. 17.3 RV fachkundiges Personal vor Ort bereitzustellen. Dies ist so zu verstehen, dass diese die Reparatur vornehmen sollen und ist dem Vertragszweck folgend (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1229 m.w.H.) ein starkes Argument dafür, dass der Zweck der Norm sich somit nur auf Reparaturen vor Ort bezieht. Die dargelegten Überlegungen bezüglich der Transportzeit im Hinblick auf das Vertrauensprinzip (Rz. 80) sind auch hier zutreffend. Diese zeigen gemeinsam mit der Auslegung nach Vertragszweck, dass die genannte Frist in Art. 17.3 RV von drei Wochen nur Reparaturen vor Ort umfassen kann und deshalb nur auf diese anwendbar ist.

**b) Kein Beginn der Frist**

- 83 Eventualiter wäre die Konventionalstrafe auch bei Bestehen eines Mangels und Anwendbarkeit von Art. 17.3 RV nicht geschuldet.
- 84 Die Klägerin verkennt, dass die für den Bedingungseintritt zu überschreitende dreiwöchige Frist nicht ausgelöst wurde. Gemäss Art. 17.3 RV beginnt diese Frist ab dem Zeitpunkt der Information der Auftragnehmerin durch die *Auftraggeberin* zu laufen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die MECC den Bedingungseintritt bewirken soll, obschon sie keine Vertragspartnerin der Beklagten (EAW Rz. 19) und deshalb nicht als Auftraggeberin zu qualifizieren ist. Es hat sich bereits gezeigt (Rz. 45 f.), dass die Qualifikation der MECC als Hilfsperson einer kritischen Prüfung nicht standhält.
- 85 Die obigen Ausführungen sind sinngemäss auf die siebentätige Frist betreffend der Bereitstellung von fachkundigem Personal anwendbar. Die Klägerin verkennt auch hier, dass diese nur durch sie selbst ausgelöst werden kann (Rz. 45 ff.; KS Rz. 85). Im Übrigen hätte das frühere Erscheinen des Ingenieurs im vorliegenden Fall auf eine Dauer von sieben Monaten keinen merklichen Einfluss gehabt.

**2. Kein Verschulden**

- 86 Neben dem Bedingungseintritt muss kumulativ auch ein Verschulden der Beklagten am Bedingungseintritt bestehen. Dies ist nicht nur bei Unmöglichkeit der Leistung, sondern auch bei Verzug notwendig (HUGUENIN, N 1262). Die Klägerin verweist diesbezüglich auf Art. 14 RV und behauptet, dass dort eine Abrede zur Wegbedingung des Verschuldens zu finden ist (KS Rz. 83 f.). Dem ist nicht zu folgen; Art. 14.2 RV besagt lediglich, dass bei höherer Gewalt keine Konventionalstrafe geschuldet ist. Dies betrifft jedoch die Anwendbarkeit der Konventionalstrafe als Ganzes und bezieht sich nicht auf das Verschulden als Teilvoraussetzung. Deshalb sind weitere Exkulpationsmöglichkeiten der Beklagten i.S.v. Art. 97 OR keineswegs eingeschränkt (KS Rz. 84). Folglich muss davon ausgegangen werden, dass das Verschulden für den Eintritt der Konventionalstrafe nicht wegbedungen wurde, sondern weiterhin eine Voraussetzung bildet.
- 87 Entgegen den Ausführungen der Klägerin, setzt die Konventionalstrafe nicht bereits ein Verschulden der Beklagten am Mangel selbst voraus (KS Rz. 84). Dem RV ist eine solche Regelung weder dem Art. 17.3 RV noch den Regelungen über das Verschulden in Art. 14 RV zu entnehmen. Vielmehr ist die Vertragsstrafe lediglich dann geschuldet, wenn die Reparaturarbeiten

nicht innert Frist von drei Wochen erledigt werden. Die Beklagte kann sich analog zu Art. 97 OR dadurch exkulpieren (CHK OR-DUBS/ROTH PELLANDA, Art. 160 N 27), dass sie den Nachweis erbringt, ein Zufall oder ein ihr nicht zurechenbares Drittverschulden hätte den Verzug verursacht.

- 88 Vorliegend ist ein Verschulden der Beklagten abzulehnen: Erstens wurde der grösste Teil dieser Zeit für den Transport der Zentralgetriebe verwendet, womit die reine Arbeitsdauer der Beklagten unter drei Wochen lag und daher fristgerecht war (Rz. 80). Zweitens wurde die Dauer auch durch die langen Lieferfristen für die neuen Bestandteile verursacht, was ein der Klägerin nicht zurechenbares Drittverschulden darstellt. (EAW Rz. 27).

### **3. Konkurrenz zum Schadenersatz**

- 89 Die Ausführungen der Klägerin betreffen ein nicht zu prüfendes Rechtsbegehren (KS Rz. 86), weshalb an dieser Stelle auf Ausführungen diesbezüglich verzichtet wird.

### **4. Zwischenfazit**

- 90 Es hat sich gezeigt, dass Art. 17.3 RV nicht anzuwenden ist und eine Konventionalstrafe somit keine vertragliche Grundlage hat. Selbst bei Anwendbarkeit dieser Vertragsbestimmung wäre eine Konventionalstrafe abzulehnen; weder der Bedingungseintritt noch das Verschulden sind gegeben.

### **D. Gesamtfazit**

- 91 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zuständigkeit der Swiss Chambers' Arbitration Institution im Fall Nr. 987596-2013 abzulehnen ist. Ferner ist auf die Rechtsbegehren der Klägerin bezüglich Reparaturkosten nicht einzutreten. Die Zahlung einer Vertragsstrafe i.S.v. Art. 17.3 RV ist nicht geschuldet.

Wir ersuchen Sie höflichst, den eingangs gestellten Rechtsbegehren stattzugeben und verbleiben mit vorzüglicher Hochachtung.

Moot Court Team 3