

**Moot Court Team 5**

Ezgi Altun

Etienne Gard

David Hongler

Marc Kaufmann

**Einschreiben**

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der  
Swiss Chambers' Arbitration Institution

c/o Zürcher Handelskammer

Selnaustrasse 32

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

18.April 2014

**Klageantwort**

Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

**Cementra Design AG**

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 6

**Klägerin**

gegen

**Feller Gear AG**

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

Vertreten durch Moot Court Team 5

**Beklagte**

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

Namens und mit Vollmacht der Beklagten 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

1. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts.....	1
1.1. Einbezug der AGB gemäss IPRG 178 .....	1
1.2. Eventualiter Vollübernahme der AGB (B-1) durch Verweis im EV .....	1
1.3. Subeventualiter: Einbezug der AGB durch Globalübernahme .....	2
2. Kein Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten .....	3
2.1. Kein Vorliegen eines Mangels.....	3
2.1.1. Massgeblicher Beurteilungszeitpunkt.....	3
2.1.2. Gesetzliche Anforderungen und vertragliche Konkretisierungen der Mängelfreiheit.....	4
3. Keine Mangelrüge.....	7
3.1. Keine Erfüllung der Rügevoraussetzungen nach RV 17.3 .....	7
3.2. Keine gültige Rüge mittels Stellvertretung nach OR 32f.....	8
3.3. Keine Rüge durch die Klägerin.....	9
3.4. Eventualiter Verspätete Rüge der Klägerin.....	10
4. Gewährleistungsausschluss durch Verhalten der Klägerin .....	11
4.1. Zurechnung des Verhaltens der MECC .....	11
4.2. Gewährleistungsausschluss nach RV 17.4 und RV 17.9 .....	12
4.2.1. Gewährleistungsausschluss nach RV 17.9.....	12
4.2.1.1. Spezifikations- bzw. anweisungswidrige Errichtung.....	12
4.2.1.2. Fehlerhafte Bereitstellung von Energie und Rohstoffen .....	13
4.2.1.3. Anweisungswidrige Bedienungs- und Prüfverfahren.....	13
4.2.2. Eventualiter Ausschluss der Kostentragung nach RV 17.4 .....	15
4.3. Kausalität und Verschulden nach RV 17.4 und OR 369 eventualiter RV 17.9.....	16
4.3.1. Kausalität .....	16
4.3.2. Verschulden .....	16
5. Keine Ersatzpflicht aus Auftrag.....	17
5.1. Auftragsrechtliche Pflichten gemäss OR 398.....	17
5.2. Keine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht durch die Beklagte .....	17
6. Kein Anspruch auf Bezahlung einer Vertragsstrafe .....	18
6.1. Keine gültige Hauptforderung.....	18
6.1.1. Fehlende Parteistellung der Klägerin.....	18
6.1.2. Keine sachliche Anwendbarkeit des RV .....	18
6.2. Kein Eintritt der strafauslösenden Bedingung gemäss RV 17.3 (KS N 78).....	19
6.3. Ausschluss der Konventionalstrafe nach RV 14.2 .....	20
6.4. Ausschluss der Konventionalstrafe nach RV 14.5 .....	20
6.5. Eventualiter Untergang der Vertragsstrafe durch Annahme.....	20

## Literaturverzeichnis

- BK OR-FELLMANN  
FELLMANN WALTER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband. Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 4. Aufl., Bern 1992  
*Rz. [45]*
- BÖGLI  
BÖGLI ROMAN, Der Uebergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag: Zeitpunkt und Voraussetzungen, Diss. Universität St. Gallen 1996  
*Rz. [42]*
- BRÄNDLI  
BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag. Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Diss. Universität St. Gallen 2007  
*Rz. [10]*
- BSK IPRG-BEARBEITERIN  
HONSELL HEINRICH ET AL. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013  
*Rz. [3]*
- BSK OR -BEARBEITERIN  
HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER./WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5. Aufl., Basel 2011  
*Rz. [38; 46]*

- BÜHLER VERTRÄGE
- BÜHLER THEODOR, Verträge der Maschinen- und Industrieanlagenindustrie nach Schweizerischem Recht, Zürich 2008  
*Rz. [35]*
- BÜHLER VERTRAGSRECHT
- BÜHLER THEODOR, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und des Exportgeschäftes, Zürich 1987  
*Rz. [53]*
- CHK OR-BEARBEITERIN
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2012  
*Rz. [5; 6; 32; 45]*
- CR CO I-BEARBEITERIN
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I (Art. 1-529 CO), 2 Aufl., Basel 2012  
*Rz. [15; 20]*
- CZERNICH
- CZERNICH DIETMAR, New Yorker Schiedsübereinkommen: UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche: Kurzkommentar, Wien 2008  
*Rz. [1]*

- GAUCH GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011  
*Rz. [9; 11; 12; 13; 26; 32; 38; 42]*
- GUHL GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht:  
mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts,  
9. Aufl., bearb. von KOLLER ALFRED/SCHNYDER  
ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Zürich 2000  
*Rz. [42]*
- HUGUENIN HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner  
und Besonderer Teil, Zürich 2012  
*Rz. [16; 17; 20; 22; 23]*
- LALIVE/POUDRET/REYMOND LALIVE PIERRE/POUDRET JEAN-FRANÇOIS/REYMOND  
CLAUDE, Le droit de l'arbitrage interne et  
international en suisse, Lausanne 1989  
*Rz. [1]*
- ZELLER ZELLER ERNST, Auslegung von Gesetz und Vertrag:  
Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989  
*Rz. [16]*
- ZK IPRG-BEARBEITERIN GIRSBERGER DANIEL ET AL. (Hrsg.), Zürcher Kom-  
mentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004  
*Rz. [1]*

## Entscheidverzeichnis

- BGE 91 I 11  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 20. Januar 1965  
*Rz. [5]*
- BGE 92 II 15  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Zivilabteilung, 1. Februar 1966  
*Rz. [32]*
- BGE 95 II 43  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Zivilabteilung, 4. Februar 1969  
*Rz. [32]*
- BGE 97 II 350  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Zivilabteilung, 26. Oktober 1971  
*Rz. [55]*
- BGE 100 II 200  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Zivilabteilung, 1. Juli 1974  
*Rz. [1]*
- BGE 104 Ia 278  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 1. März 1978  
*Rz. [4]*
- BGE 109 Ia 55  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 16. Mai 1983  
*Rz. [5]*
- BGE 109 II 452  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Zivilabteilung, 6. Dezember 1983  
*Rz. [5]*
- BGE 111 II 504  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Zivilabteilung, 28. Mai 1985  
*Rz. [32]*
- BGE 116 II 305  
Urteil des schweizerischen Bundesgerichts  
I. Zivilabteilung, 6. Juni 1990  
*Rz. [32]*

BGr 1.6.1990 (SZW 1991, 275)	Nicht veröffentlicht in BGE. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Jahrgang 1991, Seite 272. <i>Rz. [45]</i>
BGE 119 II 127	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 18. März 1993 <i>Rz. [32]</i>
BGE 121 III 38	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 16. Januar 1995 <i>Rz. [1]</i>
BGE 123 III 35	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 20 August 1996 <i>Rz. [5]</i>
BGer 4P.124/2001	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 7. August 2001 <i>Rz. [3]</i>
BGE 129 III 118	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 14. Oktober 2002 <i>Rz. [17]</i>
BGer 4C.282/2003	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 15. Dezember 2003 <i>Rz. [5]</i>
BGE 130 III 591	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 13. August 2004 <i>Rz. [32]</i>
BGer 4C.343/2003	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 13. Oktober 2004 <i>Rz. [32]</i>
BGer 4C.346/2003	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 26. Oktober 2004 <i>Rz. [26]</i>

BGer 4C.34/2005	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 18. August 2005 <i>Rz. [11]</i>
BGer 4C.427/2005	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 4. Mai 2006 <i>Rz. [4]</i>
BGer 4A_428/2007	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 2. Dezember 2008 <i>Rz. [9; 11; 14]</i>
BGE 139 III 345	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 1. Juli 2013 <i>Rz. [3]</i>

## **1. Unzuständigkeit des Schiedsgerichts**

### **1.1. Einbezug der AGB gemäss IPRG 178**

1 Die Schiedsklausel des Rahmenvertrages vom 12.10.08 (RV, K-1) wurde von den AGB des Einzelvertrages vom 16.11.08 (EV, K-2 bis K-4) derogiert. Die Klägerin äussert sich nicht zum New Yorker Übereinkommen (NYÜ). Dessen Formvorschriften finden keine Anwendung. NYÜ 2 II kommt ausschliesslich zur Anwendung bei Einreden gegen die Klage vor *staatlichen* Gerichten wegen entgegenstehender Schiedsvereinbarung und gegen die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs (NYÜ 5 II; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Art. 178 N 6). Zudem betont NYÜ 7, dass günstigeres nationales Recht Vorrang hat, namentlich, wenn nationale Bestimmungen geringere Anforderungen an die Form der Schiedsvereinbarung stellen (CZERNICH, Art. 2 N 19). Insbesondere für das gültige Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung stellt das IPRG im Gegensatz zum NYÜ das günstigere Recht dar (BGE 121 III 38, E. 2c), weshalb ihm in diesem Bereich selbständige Bedeutung zukommt (ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 N 36). Somit müssen die AGB lediglich den Erfordernissen von IPRG 178 genügen. Schiedsvereinbarungen müssen schriftlich festgehalten (IPRG 178 I) und die Streitsache schiedsfähig sein. Gemäss den *schriftlichen* (B-1) AGB ist die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) mit Sitz in München zuständig (AGB 18.1). Bereits im Bestellschein vom 13.11.2008 wies die Beklagte die Klägerin auf die Verbindlichkeit der AGB hin (K-2). Es muss dem Akzeptanten zumutbar sein, noch vor Abschluss des Vertrages von den AGB Kenntnis zu nehmen (BGE 100 II 200, E. 5d). Gemäss Angaben der Klägerin traf dies zu (KS N 13). Auf Anfrage der Klägerin händigte die Beklagte die besagten AGB aus (Verfahrensbeschluss Nr. 2 (VB 2), Nr. 7). Die AGB wurden somit gültig in den EV miteinbezogen (KS N 13). Am 17.11.2008 bestätigte die Beklagte die AGB zusätzlich per Mail (B-3).

### **1.2. Eventualiter Vollübernahme der AGB (B-1) durch Verweis im EV**

2 Sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen, dass die Klägerin die AGB erst nach Abschluss des EV erhalten habe, wären diese durch Verweis einbezogen worden.

3 Es ist keine direkte Unterschrift auf dem Schriftstück mit der Schiedsvereinbarung nötig (BGer 4P.124/2001, E. 2c). Auch die grafische Hervorhebung der Schiedsklausel innerhalb des verwiesenen Texts ist nicht erforderlich. Die Form ist gewahrt, wenn verweisende *und* verwiesene Erklärung in Textform vorliegen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 18). Hingewiesen werden muss ledig-

lich auf die AGB, nicht auf die Gerichtsstandsklauseln im Speziellen (BGE 139 III 345, E. 4.1). Die Verweisung der AGB erfolgte auf dem Leistungsschein (K-2). Mit der Unterzeichnung des Bestellscheins bestätigte die Klägerin, dass die AGB der Beklagten Gültigkeit erlangten. Sowohl die Verweisung (K-2) wie auch die AGB (B-1) liegen in Textform vor. Bis zum Erhalt des Leistungsscheins am 16.11.2008 vergingen drei Tage. Die Klägerin hatte somit genug Zeit, Einsicht in die AGB zu verlangen. Die Inanspruchnahme einer solchen Möglichkeit ist Sache der Klägerin.

4 Ob eine Schiedsklausel einen Gerichtsstand gültig begründet, hängt von der geschäftlichen Erfahrung des Vertragspartners ab und ob der Verwender in guten Treuen annehmen durfte, dass die andere Partei der Gerichtsstandsklausel zugestimmt hat (BGE 104 Ia 278, E. 3). Eine ausdrückliche Übernahme der AGB erfolgt unter anderem mit der Unterzeichnung des Vertrags, der auf die AGB verweist (BGer 4C.427/2005, E 2.1). Die Klägerin hat den Bestellschein unterzeichnet (K-2). Es fand somit eine Vollübernahme statt. Die Ungewöhnlichkeitsregel (KS N 14) findet diesfalls keine Anwendung.

### **1.3. Subeventualiter: Einbezug der AGB durch Globalübernahme**

5 Gerichtsstandsklauseln, bei denen der Akzeptant auf seinen ordentlichen Gerichtsstand verzichtet müssen ausdrücklich und deutlich hervorgehoben werden (BGer 4C.282/2003, E. 3.1). Das gilt jedoch nicht für den branchenerfahrenen Geschäftsmann (BGE 91 I 11, E. 2b). Um die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsklausel zu begründen muss der Klauselinhalt objektiv geschäftsfremd sein, also „zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstyps fallen“ (BGE 109 II 452, E. 5b; CHK OR-KUT, Art. 1 N 54). Schieds- bzw. Gerichtsstandsklauseln in Verträgen und AGB entsprechen dem Usus. Die Klägerin musste aufgrund ihrer Erfahrung (K-1, Präambel) damit rechnen, dass in den AGB der Beklagten Gerichtsstandsklauseln vorhanden sind, die vom RV abweichen. Falls der Vertragspartner subjektiv zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit der Klausel rechnen konnte, ist sie ebenfalls ungewöhnlich (BGE 109 Ia 55, E. 3a). Zweck des RV ist die Regelung grundsätzlicher Fragen im Verhältnis der Parteien. Inwieweit diese durch spätere Abreden jedweder Form präzisiert oder angepasst wird, können die Vertragsparteien selbst bestimmen. Dies ermöglicht im Hinblick auf langfristige Vertragsbeziehungen erst sachgerechte Lösungen. Die Berücksichtigung verfahrensökonomischer Grundsätze bleibt den Parteien überlassen (KS N 15). Die AGB der Beklagten

sehen für alle internationalen Verträge, nicht nur für solche mit Schweizer Vertragspartnern, die Anwendung schweizerischen Rechts durch ein deutsches Schiedsgericht vor. Der EV als nachträgliche individuelle Abrede und die darin enthaltenen AGB gehen dem RV vor (BGE 123 III 35, E. 2c/bb). Die Gerichtsstandsklausel der AGB ist im Vergleich zu derjenigen des RV sachlich und zeitlich enger gefasst. Sie bezieht sich im Verhältnis zur Klägerin lediglich auf den EV. Für weitere Gerichtsstreitigkeiten, auf die in sachlicher Hinsicht ausschliesslich die Bestimmungen des RV Anwendung finden, gilt der ursprünglich festgelegte Gerichtsstand.

6 Mangels unklarer Bestimmungen findet indes die Unklarheitenregel keine Anwendung (KS N 1). Für AGB gelten die allgemeinen Auslegungsprinzipien (CHK OR-KUT, Art. 18 N 2ff. und N 20). Der Begriff „Vertrag“ (AGB 1.3) umschliesst sinngemäss nur den EV, nicht jedoch den RV. Bezweckt wird lediglich der Vorrang spezifischer *einzelvertraglicher* Abreden gegenüber den vorformulierten AGB, nicht deren Ersatz durch noch allgemeinere Regelungen wie solche in einem Rahmenvertrag. Eine rein grammatikalische Auslegung griffe hier zu kurz. Derogierte jeder Vertrag, der in der Vergangenheit zwischen Parteien geschlossen wurde, die aktuellen AGB, so käme diesen keine Stabilität im Rechtsverkehr zu.

7 *AGB 18.1 ist anzuwenden und derogiert damit die Zuständigkeit des Schiedsgerichtshofes der Swiss Chambers' Arbitration Institution gemäss RV 23.1. Zuständig ist die DIS mit Sitz in München.*

## **2. Kein Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten**

8 Inwieweit der Vertrag vom dispositiven OR 368 II (KS N 27) abweicht, legt die Klägerin nicht dar. Entsprechend stützt sie sich regelmässig ohne genauere Begründung auf Begriffe und Definitionen aus dem Kontext des dispositiven Nachbesserungsrechts.

### **2.1. Kein Vorliegen eines Mangels**

#### **2.1.1. Massgeblicher Beurteilungszeitpunkt**

9 Gemäss einer Mindermeinung und deutschem Recht, so die Klägerin, erfolge die Beurteilung der Mangelhaftigkeit eines Werks zum Zeitpunkt der Ablieferung. Sie statuiert falsch, dass die „schweizerische Rechtslage in diesem Punkt der deutschen entspricht“ (KS N 34). Die überwiegende schweizerische Lehrmeinung (vgl. GAUCH, N 1411, m.w.V.) und implizit auch das Bundesgericht, das sich bei der Beurteilung auf den guten Glauben abstützt (z.B. BGer 4A\_428/2007, E 3.1), halten demgegenüber die Zeit der Werkausführung für massgebend. Ohne explizite Beststellungsänderung

kann die Bestellerin nicht guten Glaubens erwarten, dass die Unternehmerin ihr Werk auch gegen Ende oder sogar nach der eigentlichen Werkausführung ständig den neuesten Entwicklungen anpasst (vgl. GAUCH, N 1411, Fussnote 82). Gerade Werke in schnelllebigen technischen Branchen könnten so regelmässig nur verspätet oder gar nie vollständig regelkonform ausgeliefert werden.

10 Zieht das Gericht für die Beurteilung der Mängelfreiheit den Ablieferungszeitpunkt heran, ist als solcher nicht der Zeitpunkt der *Abnahme*, sondern der *Zeitpunkt des Gefahrübergangs* entscheidend (BRÄNDLI, N 213f.). Die Parteien trennen die Ablieferung und Abnahme der Zentralgetriebe sowohl inhaltlich als auch zeitlich (exemplarisch RV 17.2). In Leistungsschein (K-3) und Terminplan (K-4, Anhang II) ist jeweils von der Ablieferung in *Dammam* die Rede, die am 02.02.2010 erfolgte (vgl. auch K-6 und K-7). Das Werk zerfällt also in die Ablieferung der von der Beklagten erstellten Zentralgetriebe sowie in die Abnahme der Funktionstüchtigkeit der Zentralgetriebe durch Abschluss der vereinbarten Leistungstests. Dass die Gefahrtragung für die Zentralgetriebe als Solche mit deren Ablieferung in Dammam auf die Klägerin überging, ergibt sich einerseits aus den Haftungsregeln von RV 17.4 und RV 17.6 e contrario. Andererseits ist die Beklagte gemäss EV lediglich für den Transport der Zentralgetriebe von Stuttgart nach Dammam verantwortlich (K-3). Der Transport von Dammam nach Al Hofuf sowie die Installation der Anlagen fällt demgegenüber in den Verantwortungsbereich der Auftraggeberin, wobei die Auftragnehmerin die Montage und Inbetriebnahme hauptsächlich *zu überwachen* hat. Damit ist der Übergang der Gefahrtragung für die Zentralgetriebe vom Zeitpunkt der Abnahme ihrer Funktionstüchtigkeit zu trennen. Für die Beurteilung der Mängelfreiheit ist ersterer heranzuziehen.

#### 2.1.2. Gesetzliche Anforderungen und vertragliche Konkretisierungen der Mängelfreiheit

11 Es handelt sich bei den Zentralgetrieben um durch Pläne und präzise Beschreibungen qualitativ klar bestimmte Leistungen (K-4, inkl. Anhänge). Aufgrund von RV 5.4 und RV 5.5 müssen die Leistungen also einerseits vertragsgemäss und andererseits dem Stand der Technik entsprechend erbracht werden, unterliegen aber nicht dem erhöhten Sorgfaltsmassstab von RV 5.3. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das Werk neben den vertraglich vereinbarten auch diejenigen Eigenschaften enthalten, die vom Besteller guten Glaubens erwartet werden dürfen. Dazu gehören *Normalbeschaffenheit* und *Gebrauchstauglichkeit* (GAUCH, N 1406 m.w.V.). Diese gelten als

Minimalstandard und sind immer zu prüfen, ausser wenn die Parteien sie abbedungen haben (BGer 4C.34/2005, E. 4.2.; BGer 4A\_428/2007, E 3.1, vgl. auch Gauch, N 1407). Vorliegend wurden Gebrauchstauglichkeit und Normalbeschaffenheit hinsichtlich lokaler Gegebenheiten relativiert. Die Klägerin baut als international tätige Generalunternehmerin Zementwerke auf der ganzen Welt. Ein Rahmenvertrag hat individuell-abstrakten Charakter und regelt die Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien langfristig für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften. Die Beklagte sollte nicht bereits im RV dazu verpflichtet werden, die Spezifika jeder einzelnen Baustelle der Klägerin in der Werksherstellung zu berücksichtigen. Die Klägerin müsste auf solche eigens im jeweiligen EV hinweisen.

12 Der *Stand der Technik* nach RV 5.5 wird weder im RV noch im EV definiert. Im Unterschied zu RV 5.3 (*aktuellen (...)*) ist die Beklagte nicht zur Berücksichtigung jeder erdenklichen Innovation verpflichtet. Um widersprüchliche Wertungen zu vermeiden, ist der gesetzliche Massstab herbeizuziehen, der vom Unternehmer die Befolgung anerkannter Regeln der Technik verlangt (GAUCH, N 842). Eine Regel muss (1) als richtig anerkannt und (2) praktisch bewährt sein sowie (3) nach dem Prinzip der Relativität befolgt werden (ausführlich: GAUCH, N 847ff.). Zumindest hat sich die Öleinspritzeinrichtung zum Zeitpunkt der Werkausführung mit Sicherheit noch nicht praktisch bewährt. Die Beklagte stellte die Zentralgetriebe gemäss Terminplan (K-4, Anhang II) zwischen Mai und September 2009 her. Die Öleinspritzvorrichtung wurde erst 2008 überhaupt entwickelt. Eingebaut wurde sie erstmals im Winter 09/10 (VB 2, Ziff. 1). Damals war die Werkausführung aber bereits beendet und die Zentralgetriebe befanden sich auf dem Weg nach Damman.

13 Eventualiter hatte sich die Öleinspritzvorrichtung auch am 14.09.2010 noch nicht bewährt (KS N 32). Der vereinzelte Einbau einer erst zwei Jahre zuvor entwickelten technischen Neuerung durch ein einziges Unternehmen kann unter keinen Umständen als „in der *Praxis* anerkannt“ gelten (GAUCH, N 848). Hochtechnische Komponenten wie Öleinspritzvorrichtungen können sich erst im Langzeittest bewähren, weil gerade bei solchen Bestandteilen auch Langlebigkeit und ein effizienter Betrieb unter Dauerbelastung wichtige Eigenschaften darstellen. Der Einbau auf Beststellungsänderung hin wäre zulässig und diese der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen. Sie wusste als zuständige Generalunternehmerin um die prekäre Stromversorgung auf dem Gelände der MECC und verfügte bereits seit Monaten über die Pläne und Spezifikationen der Zentralgetriebe.

14 Die Gebrauchstauglichkeit bestimmt sich nach dem Gebrauchszweck, den der Besteller für ein Werk vorgesehen hat, solange sich dieser Gebrauchszweck im Bereich des Üblichen befindet. Andernfalls hat der Besteller den Unternehmer über den vom Üblichen abweichenden Gebrauchszweck in Kenntnis zu setzen (BGer 4A\_428/2007, E. 3.1). Die von der Beklagten gelieferten Zentralgetriebe waren technisch einwandfrei (insb. keine Beanstandungen im Rahmen von K-4, 2.1.1). Die Klägerin wirft ihr nur vor, dass diese nicht für Zementwerke angepasst waren, deren Infrastruktur eine gesicherte Stromzufuhr nicht gewährleisten konnte. Sie verschweigt, dass der Einbau modifizierter Öleinspritzvorrichtungen durch die Beklagte zur gleichen Zeit bei vergleichbaren Projekten auf ausdrücklichen Wunsch der jeweiligen Auftraggeber erfolgt sein könnte (Einleitungsanzeige (EAnzeige) N 26; VB 2 Ziff. 1; KS N 35). Nur weil sich das Zementwerk im mittleren Osten befindet, konnte die Klägerin nicht leichthin unterstellen, dass die Beklagte deshalb eine gerade erst neu entwickelte und noch keineswegs ausreichend praxisbewährte Öleinspritzvorrichtung in die Zentralgetriebe integrieren würde. Der Einbau eines neuen Produkts geht naturgemäss mit technischen Anfangsschwierigkeiten einher. Diese Risiken sollten der Auftraggeberin ohne deren ausdrücklichen Wunsch nicht zugemutet werden. Zweifelsohne verfügen im mittleren Osten zahlreiche Industrieanlagen über einwandfreie Stromversorgung. In RV 4.3 garantiert die Klägerin als Auftraggeberin, dass „sämtliche Informationen, (...) auf deren Grundlage die Auftragnehmerin ihre Arbeiten erfüllt, vollständig und richtig sind“. Die Beklagte konnte sich also darauf verlassen, dass sie den Gebrauchszweck gewährleistet, wenn sie die Zentralgetriebe auf der Grundlage der ihr zugestellten Informationen erstellt. Zu keiner Zeit hat die Klägerin die Beklagte auf die häufigen Stromausfälle in Al-Hofuf hingewiesen. Die Beklagte konnte also das Vorhandensein einer funktionierenden Strominfrastruktur voraussetzen. Zuletzt habe der Klägerin zufolge die Beklagte seit Juli 2010 von „den Stromausfällen“ gewusst (KS N 36). Aus dem Sachverhalt (EAnzeige N 14) ergibt sich lediglich, dass das Werk bis zum 10.07.2010 keinen *ordentlichen* Stromzugang hatte. Dessen noch ausstehende Einrichtung steht in keinem Zusammenhang zu den regelmässigen Stromausfällen und hat bei der Beklagten keine Bedenken hinsichtlich der Verlässlichkeit der Strominfrastruktur wecken können. Im absoluten Minimum hätte die Klägerin die Beklagte auf die häufigen Stromausfälle aufmerksam machen müssen

### 3. Keine Mangelrüge

15 Die Berufung der Klägerin auf OR 367 I geht ins Leere, da die Parteien in RV 17.3 vom dispositiven Recht (CR CO I-CHAIX, Art. 367 N 30) abgewichen sind.

#### 3.1. Keine Erfüllung der Rügevoraussetzungen nach RV 17.3

16 Die MECC soll zur Mangelrüge berechtigt gewesen sein (KS N 39). Für eine solche Interpretation lässt RV 17.3 keinen Raum. Eine Vertragsnorm ist zunächst nach ihrem Wortlaut auszulegen (ZELLER, S. 436 N 21). Obwohl sich nach OR 18 der Vertragsinhalt nach dem inneren wirklichen Willen der Parteien bestimmt, stellt der Wortlaut das primäre Willensindiz dar (HUGUENIN, N 287). Nach RV 17.3 hat die *Auftraggeberin* die *Auftragnehmerin* über allfällige Mängel in Kenntnis zu setzen. Aufgrund RV 1.5 i.V.m. RV 1.3 ist RV 17.3 auch auf den EV anzuwenden. Die Klägerin, die sich selbst als Auftraggeberin bezeichnet (vgl. EV S. 1) sollte bei allfälligen Mängeln die Beklagte in Kenntnis setzen. Gemäss eigenen Angaben hat die Klägerin dies nicht getan (KS N 39). Vielmehr hat die MECC, ein rechtlich und wirtschaftlich von der Klägerin unabhängiges Unternehmen, die Beklagte über den Mangel in Kenntnis gesetzt (K-10).

17 Zu berücksichtigen ist weiter der Gesamtzusammenhang eines Vertragsabschlusses (HUGUENIN, N 288). Von Bedeutung sind die Entstehungsgeschichte sowie die Begleithandlungen (HUGUENIN, N 293). Allerdings soll nicht vom Wortlaut des Vertrages abgewichen werden, wenn keine *ernsthaften Gründe* dafür bestehen, dass er nicht dem Parteiwillen entspricht (BGE 129 III 118, E. 2.5).

18 Aufgrund der hohen Kosten allfälliger Schäden müssen die Voraussetzungen der Gewährleistung möglichst präzise umschrieben werden. Vorliegend wird insbesondere keine offenere Formulierung wie beispielsweise „die Werkbetreiberin“ verwendet. Stattdessen haben die Parteien erkennbar auf ein bestehendes Vertragsverhältnis Bezug genommen. Nur so konnte hinsichtlich dieser im Erfüllungsstadium regelmässig umstrittenen Vorschriften zusätzliche Rechtsunsicherheit vermieden werden. Dem Wortlaut kommt entsprechend mehr Gewicht zu. Eine dadurch nicht gedeckte Auslegung bedarf umso triftigerer Gründe, die jedoch nicht gegeben sind. Es sollten nämlich nur die am Vertrag beteiligten Personen zur Rüge legitimiert sein. Unterschiedliche Ansprechpartner waren zwecks Vermeidung von kommunikationsbedingten Verzögerungen unerwünscht.

19 Reparaturarbeiten werden sodann nicht in jedem Fall geschuldet (KS N 40). Wird eine Anlage durch höhere Gewalt oder Verhalten der Auftraggeberin bzw. den Parteien nicht zurechenbares

Drittverhalten beschädigt, ist die Auftragnehmerin weder zur entgeltlichen noch zur unentgeltlichen Reparatur verpflichtet (RV 17.1 und RV 17.4 *e contrario*). Deshalb rechtfertigt es sich, dass ein vertrauter Handelspartner und nicht irgendein Dritter die Mängel rügt. Das gegenseitige Vertrauen vermindert das Risiko, dass eine tatsachenwidrige Rüge ergeht. Die Beklagte zeigte in ihrer Antwort klar an, dass kein Schadensfall nach RV 17 vorliege, insbesondere keiner nach RV 17.4 (*Reparatur unter Kostentragung durch die Auftraggeberin*). Mit „Gewährleistung (...) ausgeschlossen“ (K-11) war der gesamte RV 17 („Artikel 17 – Gewährleistung“) gemeint. Damit stellte die Beklagte klar, dass sie das Reparaturverhältnis als vom Verhältnis mit der Klägerin separierte Angelegenheit betrachtete. Sonst hätte sie im Übrigen die Kosten für die Entsendung des Ingenieurs nach RV 17.4 überwält. Nur mit dem Einverständnis der MECC würde die Beklagte einen Ingenieur (auf ihre Kosten) nach Al-Hofuf entsenden (K-11). Entscheidend war für sie nicht die Tragung der Reisekosten, sondern ob die Beklagte selbst oder ein anderes Unternehmen die Reparatur ausführen sollte.

### **3.2. Keine gültige Rüge mittels Stellvertretung nach OR 32f.**

20 Die MECC berief sich in ihrem Fax auf eine bestehende Garantiezeit. Damit meint die Klägerin vermutlich, dass die MECC mithilfe direkter Stellvertretung i.S.v. OR 32 I bei der Mängelrüge gehandelt und somit gültig in deren Namen gerügt hat (KS N 40). Die Stellvertretung nach OR 32f. ist das einzige Instrument der schweizerischen Rechtsordnung, das einen Dritten ermächtigt, eine Person direkt zu verpflichten oder zu berechtigen (CR CO I-CHAPPUIS, Art. 32 N 1) und kann gesetzlich oder gewillkürt sein. Eine gesetzliche Vertretung fällt ausser Betracht, da die MECC weder Organ der Klägerin noch deren gesetzlichen Vertreterin i.e.S. ist (HUGUENIN, N 1044). Voraussetzung gewillkürter direkter Stellvertretung bilden insbesondere die Vertretungsmacht und das Handeln im fremden Namen. Die Klägerin versäumt nachzuweisen, inwiefern die MECC dazu bevollmächtigt wurde. Das der fraglichen Stellvertretung zugrunde liegende Geschäft wird entgegen OR 32 I mit keinem Wort erwähnt. Dies ist nach SR 24 I zu Lasten der Klägerin zu würdigen. Ausserdem erscheint es fraglich, inwiefern die blosser Erwähnung einer Garantie aus einem Vertrag zwischen Dritten als ein Handeln in fremdem Namen interpretiert werden kann. Die MECC verwendete eigenes Geschäftspapier und liess das Fax vom Betriebsleiter unterschreiben. Die Klägerin wird gar nicht erwähnt. Die MECC war also weder bevollmächtigt, noch hat sie in fremden Namen gehandelt.

21 Ausgeschlossen ist auch eine nach aussen verkündete Vollmacht i.S.v. OR 33 III. Einzige Verhandlungspartnerin der Beklagten war die Klägerin. Die MECC wurde von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt als Vertreterin der Klägerin betrachtet. Dass die Beklagte die Klägerin als ihre alleinige berechnete Geschäftspartnerin betrachtete zeigt, dass sie bei der befürchteten Lieferungsverzögerung ausschliesslich die Klägerin benachrichtigte (K-5). Hätte sie damals die MECC in irgendeiner Weise involvieren wollen, hätte sie dies getan. Zudem kontaktierte die Klägerin die Beklagte auf Hinweis der MECC bereits am 23.08.2010 (K-9). Die Klägerin wich in der Folge von diesem bewährten und vertragsgemässen Verhalten ab und rügte den Mangel nicht selbst (K-10). Das widersprüchliche Verhalten der Klägerin darf der Beklagten nicht angelastet werden. Sie vertraute darauf, dass die MECC losgelöst vom RV Reparaturarbeiten in Auftrag gab. Eine nach aussen verkündete Vollmacht fällt also ausser Betracht.

22 Zweitens bringt die Klägerin vor, dass die Beklagte *in jedem Fall* Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen habe (KS N 40). Für sie sei also unerheblich, wer ihr den Mangel anzeige (OR 32 II *in fine*). Damit OR 32 II überhaupt zur Anwendung kommen kann, muss trotzdem eine Bevollmächtigung stattgefunden haben (HUGUENIN, N 1063). Diesen Beweis erbringt die Klägerin nicht.

23 Entgegen der Meinung der Klägerin brachte die Beschreibung des Verhaltens der Beklagten als “grosszügig” nur zum Ausdruck, dass diese tätig wurde, obwohl sie dazu gar nicht verpflichtet war. Als das für Reparaturarbeiten an ihren eigenen Maschinen am besten geeignete und effizienteste Unternehmen ersparte die Beklagte der MECC Kosten. Ihr eigenes Interesse bestand an der Kundenakquisition. Durch zwar nicht kostenlose aber zügige und effiziente Reparatur konnte sie ihre unternehmerischen Vorzüge unter Beweis stellen. Die “Grosszügigkeit” lässt also mitnichten Rückschlüsse auf die Frage nach den rügeberechtigten Personen zu. Schliesslich war für die Beklagte die Person des Rügenden nicht unerheblich, da sie, wie ausgeführt, ein tatsächliches, schützenswertes Interesse daran hatte, dass nur die ihr vertraute Geschäftspartnerin rügt.

24 *Die MECC hat weder kraft RV noch mittels gesetzlicher Stellvertretung gültig gerügt.*

### **3.3. Keine Rüge durch die Klägerin**

25 Nicht feststellbar ist, ob die Klägerin (KS N 57) per EAnzeige gerügt oder lediglich ihren Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung geltend gemacht haben will. Weil die MECC nicht gültig gerügt hat, wäre die *Ausübung des Nachbesserungsrechts* unbeachtlich.

26 Der EAnzeige kommt sodann keine Rügequalität zu. Zum einen war die Klageschrift an das Schiedsgericht gerichtet. Eine gültige Mängelrüge muss aber gemäss RV 17.3 an die Beklagte gerichtet werden. Gleich verhält es sich, wenn die Klägerin ihren Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung geltend macht: Als Gestaltungsrecht ist das Nachbesserungsrecht empfangsbedürftig (GAUCH, N 1490; BGer 4C.346/2003, E.4.2.1). Die Klägerin versäumt zu beweisen, inwiefern eine an ein Gericht adressierte EAnzeige den Charakter einer Gestaltungsrechtsausübung haben könnte (SR 24 I). Folglich ist also diese Behauptung als blosser Umschreibung der „allgemeinen Art des Anspruches“ i.S.v. SR 3 III e zu charakterisieren.

#### **3.4. Eventualiter Verspätete Rüge der Klägerin**

27 Geht das Gericht davon aus, dass der EAnzeige vom 11.01.2013 Mängelrügecharakter zukommt, erfolgte sie zu spät, hat doch mittels erfolgreichen Endtestlauf eine Abnahme am 26.12.2010 stattgefunden. Danach haftete die Beklagte während zwölf Monaten, also bis zum 27.12.2011.

28 Der Klägerin zufolge habe der gemäss eigenen Angaben durchgeführte Endtestlauf nicht zu beweisen vermocht, dass alle Leistungsgarantien erfüllt waren (KS N 48). Daher fehle es an einer objektiven Voraussetzung seiner Gültigkeit. Sie verfüge nicht über das nötige Fachwissen, um das Ergebnis des Endtestlaufs zu überprüfen. Unverständlich ist, weshalb die Klägerin, obwohl sie wusste, dass sie nicht über das nötige Fachwissen verfügte, trotzdem einen Endtestlauf durchführte. Entweder war die Klägerin entgegen eigener Aussage in der Lage, die Resultate des Testlaufs zu überprüfen, oder hat auf die andernfalls unentbehrliche Expertise der Beklagten willentlich verzichtet. Dass eine gültige Abnahme stattgefunden hat, belegt weiter die letzte Teilzahlung der Beklagten, welche am Tag nach dem erfolgreichen Endtestlauf zu leisten war. Eine absolute 26-monatige Frist galt, falls die Verzögerung der Ausstellung der Abnahmebescheinigung *ausserhalb des Einflussbereiches der Auftragnehmerin lag* (K-3, S.4). Unter Vertrauensgesichtspunkten musste die Zahlung der letzten Rate ohne jedwede Verpflichtung als ein Zeichen der gültigen Abnahme seitens der Klägerin aufgefasst werden. Die Zahlungsmodalitäten des EV konkretisieren dabei die *Vorleistungspflicht* des Unternehmers nach OR 372.

29 Gemäss der Klägerin sei die Abnahme weiter nicht erfolgt, weil die Beklagte es versäumte, innerhalb der vereinbarten Frist Leistungstests durchzuführen. Zuerst ist festzuhalten, dass entgegen der Vorstellung der Klägerin die Beklagte nicht zur Durchführung des Testlaufs verpflichtet war.

Sie sollte lediglich die Abnahmebescheinigung unterzeichnen (K-3, S.3). Sie war gemäss EV zudem nur bis und mit Inbetriebnahmephase zur Überwachung verpflichtet. Dieser Überwachungspflicht ist sie auch nachgekommen. Es lag also in der Verantwortung der Klägerin, die Leistungstests durchzuführen. Hat sie es dabei willentlich versäumt, die Beklagte einzuladen und dadurch auf deren Expertise verzichtet, so kann sie dies nicht später zu ihren Gunsten anführen. Auf eine erfolgreiche Durchführung des Testlaufs durfte die Beklagte auch aufgrund ausgebliebener Beanstandungen im Zeitraum zwischen Endtestlauf und Schadenseintritt vertrauen. Folglich hat eine Abnahme am 26.12.2010 stattgefunden.

30 *Die Klägerin wurde nicht Partei des Reparaturvertrages. Auch mangels anderweitiger gültiger Rüge besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Reparatur.*

#### **4. Gewährleistungsausschluss durch Verhalten der Klägerin**

31 Nach RV 17.4 und RV 17.9 bewirken bestimmte Verhaltensweisen der Auftraggeberin den Gewährleistungsausschluss. OR 369 findet nur Anwendung, soweit die vertragliche Regelung einen Sachverhalt nicht erfasst.

##### **4.1. Zurechnung des Verhaltens der MECC**

32 Der Auftraggeberin muss das schadensverursachende Verhalten zugerechnet werden können. Der Hilfspersonenbegriff von OR 101 umfasst jede natürliche oder juristische Person, die der Geschäftsherr mit Wissen und Wollen zur Erfüllung einer vertraglichen Pflicht bezieht, und ist weit auszulegen (CHK OR-FURRER/WEY, OR 101 N 11f.). Die Art der vertraglichen Beziehung zwischen der verpflichteten Vertragspartei und der Hilfsperson spielt keine Rolle. Die Anwendung von OR 101 fordert insbesondere kein Subordinationsverhältnis (BGer 4C.343/2003, E. 4.1; BGE 111 II 504, E. 3). Zurechenbar sind das Verhalten (BGE 95 II 43, E. 3a) von Hilfspersonen und deren Sachverständigen (s. BGE 130 III 591, E. 5.5.4; BGE 119 II 127, E. 4; BGE 116 II 305 E. 2cc; GAUCH, N 1923). Das Verhalten der Hilfsperson wird dem Geschäftsherrn zugerechnet, wenn er, hätte er die Handlung selbst vorgenommen, *vertraglich* haftete (BGE 92 II 15, E.3). Die MECC war zwar nicht aus dem Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten verpflichtet. Die Klägerin hat sie aber bewusst und willentlich zur Erfüllung von Vertragspflichten und Obliegenheiten beigezogen (K-8, B-5). Die Klägerin muss sich das Verhalten der MECC hinsichtlich der Erfüllung der fraglichen Pflichten anrechnen lassen.

## 4.2. Gewährleistungsausschluss nach RV 17.4 und RV 17.9

33 In den Fällen von RV 17.4 und RV 17.9 sind die Kosten der Gewährleistung von der Auftraggeberin zu tragen, wobei nach 17.4 die Auftragnehmerin bei der Mangelbehebung zu assistieren hat. RV 17.9 sanktioniert regelmässig Verstösse der Auftraggeberin gegen per Vereinbarung einbezogene („gemäss den gegenwärtigen Standards oder Verfahren“) oder von der Auftragnehmerin erteilte („Spezifikationen und Anweisungen der Auftragnehmerin“) Vorgaben. Soweit die Beklagte nicht gegen RV 17.9, namentlich nicht gegen ausdrückliche Anweisungen und Spezifikationen verstösst, sind ihr unangemessene Lagerung und Gebrauch der Getriebe dennoch untersagt. Erfasst sind nach RV 17.4 somit einerseits die Aufbewahrung der Getriebe oder ihrer Einzelteile, andererseits der Einsatz der funktionsfähigen Getriebe.

### 4.2.1. Gewährleistungsausschluss nach RV 17.9

34 Die nicht abschliessenden Aufzählungen von RV 17.9 und OR 369 entsprechen sich bezüglich Pflichtverletzung des Bestellers. RV 17.9 setzt gemäss Wortlaut weder Verschulden noch Kausalität voraus. Vielmehr lässt das Fehlen von Pflichtverletzungen die Gewährleistung der Auftragnehmerin erst entstehen („*nur unter der Voraussetzung (...) gültig*“). Dadurch können sich die Parteien im Interesse einer zügigen Beilegung allfälliger Streitigkeiten in Bereichen, in denen der Kausalitätsnachweis mit beträchtlichen Schwierigkeiten verbunden ist, auf den Nachweis der Pflichtverletzung beschränken. Dass Kausalität nicht Tatbestandsmerkmal bildet, lässt sich auch aus RV 17.4 e contrario ersehen („*auf (...) zurückzuführen*“). Eventualiter hat die Klägerin nach RV 17.9 den Beweis der Nichtkausalität zu führen bzw. ist jedenfalls das Beweismass herabzusetzen. Aufgrund des normierten Verhaltens, namentlich der Intensität des Pflichtverstosses und des engen sachlichen Zusammenhangs von Pflichtwidrigkeit und Schaden, ist Kausalität zu vermuten.

#### 4.2.1.1. *Spezifikations- bzw. anweisungswidrige Errichtung*

35 Als Spezifikation gilt die vertraglich vereinbarte Leistungsbeschreibung (BÜHLER VERTRÄGE, S. 32). Die Parteien haben weder die Anweisung noch die Errichtung vertraglich definiert. Mit Sicherheit umfasst jedoch der Begriff „Errichtung“ jene Erstellungshandlungen, welche nicht von der Beklagten auszuführen waren. Gleichermassen muss der Begriff der „Anweisung“ jedenfalls Anleitungen zur Errichtung des Werks erfassen, die ausreichend konkret und verbindlich formuliert wurden. Bereits am 15.09.2010 wies die Beklagte die Klägerin mit Nachdruck darauf hin, dass die -

unwidersprochen geblieben - weisungswidrige und schadensgeneigte Installation zu *weiterem* Schaden führen könne (B-5). Das Zentralgetriebe sei nicht ordnungsgemäss zum Motor hin ausgerichtet und die Antriebswelle des Motors befinde sich nicht im magnetischen Zentrum. Dadurch könne beim Motorstart die Ausgangswelle auf das Getriebe gedrückt werden. Die Unterstellung, der ABB-Techniker habe die Folgenlosigkeit ihres Verhaltens bestätigt, wird in keiner Weise gestützt (VB 2, Ziff. 2) und vermag damit den Befund des Falles nicht zu widerlegen. Durch diesen Verstoß war die Gewährleistung der Beklagten bereits ausgeschlossen.

#### 4.2.1.2. Fehlerhafte Bereitstellung von Energie und Rohstoffen

36 Es lag in der Verantwortung der MECC, den ordentlichen Stromzugang zu gewährleisten (VB 2, Ziff. 4). Dennoch kam es regelmässig zu Stromausfällen (EAnzeige N 23). Das Fehlverhalten der MECC ist der Klägerin zuzurechnen (s.o. Rz. 32). Nur mittels der Schwerkraft kann bei Stromausfällen das betroffene System weiter mit Öl geschmiert werden. Im EV vereinbarten die Parteien eine *Pumpe* als Ölzufuhrmechanismus des Getriebes (K-4). Eine solche kann wesensinhärent nur mit Strom betrieben werden. Ein „Hinweis im Service oder der Bedienungsanleitung“ (KS N 23) seitens der Beklagten ist deshalb entbehrlich. Sie wurde ihrerseits von der Klägerin nicht über die regelmässigen Stromausfälle informiert. (s.o. Rz. 14). Anerkannterweise führte der Stromausfall zur Einstellung der Ölzufuhr und damit in der Folge zum Schaden. Die Ölpumpe ohne Schwerkraftmechanismus stellt keinen Mangel dar (s.o. Rz. 8ff.). Vielmehr hätte ein Pumpsystem den reibungslosen Betrieb ermöglicht, wenn die Klägerin, respektive ihre Hilfsperson, der Verpflichtung zur Gewährleistung des ordentlichen Stromzuges vertragsgemäss nachgekommen wäre. Die Klägerin kann sich nicht auf höhere Gewalt berufen. Für sie waren die Stromausfälle nach eigenen Angaben vorhersehbar (EAnzeige N 23) und wären durch die Installation eines Notstromaggregats auszugleichen gewesen.

#### 4.2.1.3. Anweisungswidrige Bedienungs- und Prüfverfahren

37 Im Auftrag der Klägerin verbot der zuständige Ingenieur bereits am 16.08.2010 (K-8) ein Starten des Zentralgetriebes ohne Anwesenheit der Klägerin und zeigte den Gewährleistungsausschluss bei Zuwiderhandlung an. Damit erteilte er Anweisungen i.S.v. RV 17.9. Beginn der Montagephase und die eigentliche Montage verliefen alles andere als ideal (K-8). Die Beklagte hinterliess deshalb zusätzliche Installationsanweisungen, im Wissen, dass nur durch deren konsequente und lückenlose

Befolgung sowie eine abschliessende Kontrolle durch einen Servicetechniker ein mängelfreies Werk garantiert werden konnte. Dass die Klägerin das Getriebe auch ohne Anwesenheit eines Servicetechnikers der Beklagten gestartet hat, führt folglich zum Gewährleistungsausschluss. Auch nach dem Zeitplan sollte der Kalttestlauf erst stattfinden, wenn die Vorbereitung unter Aufsicht und Instruktion der Beklagten erfolgt war (K-3 Anhang II: Terminplanung). *Instruktion* umfasst auch das Recht zur Einflussnahme und die Pflicht der Klägerin sowie deren Hilfspersonen zur Befolgung der Anweisungen (RV 17.9). Andernfalls wäre das Instrument bei Unzuverlässigkeit der zu instruierenden Partei zahnlos (EV E. 3.) und eine ordentliche Erfüllung ausgeschlossen. Trotz des ureigenen Interesses der Klägerin am funktionstüchtigen Werk (KS N 60) ist sie für unsorgfältiges oder pflichtwidriges Verhalten ihrerseits haftbar. Dass die Beklagte nicht zwingend beim Kalttestlauf anwesend sein musste (KS N 62) wurde zu einem Zeitpunkt vereinbart, da die Beklagte von vertragsgetreuer und sorgfältiger Mitwirkung der Klägerin und der MECC ausgehen konnte. Damit erfolgte das Prüfverfahren des Kalttestlaufs anweisungswidrig.

38 Der Ingenieur wies auf die Notwendigkeit einer fertig montierten und damit funktionstüchtigen Verriegelungsfunktion hin (K-8). Verriegelungssysteme dienen dazu, unerwünschte Zustände von Maschinen zu verhindern sowie Beschädigungen der Maschine selbst zu vermeiden. Sie greifen ein, wenn die reguläre Funktion der Maschine gestört wird und wären obsolet, wenn sie einen akut drohenden Schaden nicht verhindern könnten. Der Bauherr muss sich die Mängel des Werkes des Vorunternehmers grundsätzlich zurechnen lassen (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 369 N 20). Das Vorunternehmerwerk bildet eine Grundlage wie der Baugrund oder der vom Bauherrn gelieferte Stoff, deren Mängel als vom Besteller selbst verschuldet gelten. Eine Mängelhaftung des Unternehmers fällt grundsätzlich ausser Betracht (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 369 N 21). Zwar hat eine Drittpartei das Verriegelungssystem geliefert. Dessen Bereitstellung lag jedoch im Verantwortungsbereich der Klägerin (VB 2, Ziff. 12, vgl. auch KS N 61). Die Beklagte hätte die Mängel des Vorunternehmerwerks nicht erkennen müssen (GAUCH, N 2040). Von dessen Funktionstüchtigkeit musste sie spätestens nach Durchführung des Kalttestlaufs ausgehen. Sie wollte der Klägerin nicht grundlos weisungswidriges Verhalten unterstellen. Wäre die Verriegelungsfunktion nämlich nicht fertig montiert und damit funktionstüchtig gewesen, hätte diese das Getriebe nicht laufen lassen dürfen (K-8).

39 Schmieröle verringern Reibung und senken überhöhte Temperaturen. Überhöhten Temperaturen wird jedoch entgegengewirkt, indem die zulässige Last und Geschwindigkeit nicht überschritten wird. Zudem verfügte das Getriebe über eine eigene Lüftung (K-11). Aus K-8 musste geschlossen werden, dass nicht nur vor der Installation, sondern auch während des Betriebs grundlegende Sicherungsmechanismen wie die erwähnte Ölschmierung gewährleistet sein müssen. Ist dies nicht der Fall, darf das Zentralgetriebe weder mit dem Haupt- noch mit dem Nebenantriebsmotor gestartet oder betrieben werden. Diese Anweisung ergibt sich aus dem Bedienungshandbuch und wurde von der Klägerin respektive der MECC missachtet (Einleitungsantwort (EAntwort) N 24).

#### 4.2.2. Eventualiter Ausschluss der Kostentragung nach RV 17.4

40 Unangemessen i.S.v. RV 17.4 ist Verhalten, das mit der Zweckbestimmung und der Integrität des Werks unverträglich ist und den weiteren zweckgemässen Gebrauch verunmöglicht. Die Hilfsperson der Klägerin hat das Getriebe zwar zur Zementproduktion verwendet, durch die Art des Betriebs aber dessen Integrität gefährdet und einen fortgesetzten zweckgemässen Gebrauch vereitelt. Eventualiter stellt damit das Verhalten der Beklagten in den Fällen von 4.2.1.3 ungeachtet allfälliger Anweisungen unangemessenen Gebrauch dar. Dieser ist weiter in der unterlassenen Überprüfung der ordnungsgemässen Funktion von Sicherungsmechanismen zu erblicken. Schliesslich musste die Trommelbremse im Rahmen der Reparaturarbeiten ersetzt werden (K-14). Die gemäss Angaben der Klägerin eingetretene Beschädigung weist auf die überhöhte Geschwindigkeit oder übermässigen Bremseinsatz hin (KS N 61). Die Trommelbremse war bereits zehn Monate in Gebrauch, ohne erkennbar zu Beanstandungen Anlass zu geben. Die für den eingetreten Schaden kausale Manipulation der Trommelbremse stammte aus der Sphäre der Klägerin. Dem Einfluss der Beklagten war erstere schon lange entzogen. Soweit sich die Klägerin durch vorgeschobene Unkenntnis zu entlasten versucht, misslingt ihr dies (KS N 61). Ihr Wissen um die Getriebegefährdung mangels Ölschmierung (KS N 63) qualifiziert ihren Sorgfaltsverstoss zusätzlich. Auch stellt das Starten des Hauptmotors keinen tauglichen Versuch zur Schadenminderung dar (EAntwort N 18). Übereiltes Handeln ist nicht sorgfältig, solange nicht wenigstens grundsätzlich geeignete oder nachvollziehbare Massnahmen ergriffen werden. Ohnehin schliesst die versuchte Schadensminderung die Kausalität nicht aus (KS N 64).

### 4.3. Kausalität und Verschulden nach RV 17.4 und OR 369 eventualiter RV 17.9

41 Eventualiter bewirkten die Klägerin oder ihre Hilfspersonen durch schuldhaftes und kausales Handeln den Gewährleistungsausschluss. Damit erfüllt die Klägerin sowohl RV 17.9 bzw. RV 17.4 als auch OR 369 („(...) oder auf *andere Weise* die Mängel selbst verschuldet hat“).

#### 4.3.1. Kausalität

42 Setzen beide Vertragsparteien Schadensursachen, so haftet der Besteller, wenn das Verhalten des Unternehmers aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung in den Hintergrund tritt (GAUCH, N 1917). Die Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht ist nicht erforderlich (GAUCH, N 1917; BÖGLI, N 125). Nicht jede Ursache an sich muss kausal für den gesamten Schaden sein. Entscheidend ist eine gesamthafte Betrachtung. Der hinreichende Zusammenhang zwischen einer Gruppe von Ursachen und einem Schaden rechtfertigt die Annahme von Kausalität (vgl. GUHL, § 10 N 21). So gelten auch Umstände als kausal, die den Schadenseintritt lediglich begünstigen. Die Klägerin hat sich im Verlauf der Installation und Montage der Zentralgetriebe wie auch während des Betriebs mehrfach potentiell schädigend verhalten (s.o. Rz. 34ff.). Ungeachtet ihrer jeweiligen Alleinmassgeblichkeit führt die Summe der Pflichtwidrigkeiten der Klägerin und ihrer Hilfspersonen zu einem Gewährleistungsausschluss der Beklagten, die selber keinerlei Schadensursachen gesetzt hat (KS N 66). Die natürliche Kausalität belegt die Schadensanalyse der Beklagten (EAntwort N 22ff.). Deren Adäquanz ergibt sich aus bisherigen Schadensfällen (K-11). Dass die Fehlfunktion des Verriegelungssystems sowie der Ausfall der Ölschmierung zu solchen Schäden führen würden, zeigt die Inklusion von Verriegelung und Ölzufuhr als unerlässliche Vorkehrungen zu einem erstmaligen Starten der Maschine (K-8).

#### 4.3.2. Verschulden

43 Fahrlässig und damit schuldhaft ist „jede noch so kleine Abweichung vom Referenzverhalten“ einer vernünftigen Person in einer vergleichbaren Situation (HUGUENIN, N 898). Die Klägerin handelte immer fahrlässig (s.o. Rz. 34ff.), teils eventualvorsätzlich (vgl. exemplarisch Kalttestlauf vorführungshalber, B-5). Konkrete, namentlich subjektive, Entlastungsmomente werden nicht geltend gemacht. Ungenügende Deutschkenntnisse wirken nicht entlastend (s.u. Rz. 46).

44 *Die Klägerin erfüllt diverse Alternativen von RV 17.9. Eventualiter handelt sie schuldhaft und kausal und erfüllt damit RV 17.4 und OR 369. Folglich ist die Gewährleistung ausgeschlossen.*

## 5. Keine Ersatzpflicht aus Auftrag

### 5.1. Auftragsrechtliche Pflichten gemäss OR 398

45 Die Sorgfaltspflicht im Sinne des Auftragsrechts beinhaltet die zweckgerechte, zweckmässige und erfolgsbezogene (d.h. *richtige*) Verfolgung der Vertragsziele. Teilgehalt der *Treuepflicht* ist die Aufklärungspflicht (CHK OR-GEHRER/GIGER, Art. 398 N 6). Ihr Umfang bestimmt sich nach den Umständen und der Natur des Auftrags (vgl. BK-FELLMANN, N 144ff.) und kann je nach Erfahrung und Fachkenntnissen des Auftraggebers variieren (BGr 1.6.1990, SZW 1991, 275).

### 5.2. Keine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht durch die Beklagte

46 Die Klägerin vermengt Sorgfalts- und Treuepflicht in der Auslegung und ihrer Sachverhaltsschilderung (KS N 71). Treue meint, alles Notwendige zum Erreichen des Auftragserfolgs vorzunehmen und gleichzeitig alles potentiell Schädliche zu unterlassen (BSK OR-WEBER, Art. 398 Abs. 2 N 8). Die Klägerin missversteht weiter die Sorgfalts- als Handlungspflicht. Passives Verhalten stellte im nicht vorliegenden Extremfall keine Sorgfaltswidrigkeit, sondern höchstens eine Unterlassung dar. Die Beklagte sollte gemäss der Klägerin bloss „überwachen, begleiten und vor allem unterstützen“ (EAnzeige N 8). Der Wortlaut akzentuiert damit Tätigkeiten ohne signifikante aktive Komponenten. Dass „unterstützen“ damit eine handlungsintensive Pflicht einführen wollte, ist widersinnig. Gewiss kann eine derart statuierte Unterstützung nicht Situationen von akuter und eindeutiger Hilfsbedürftigkeit übersteigen. Inwiefern der zuständige Ingenieur seine Instruktionspflichten missachtete, verschweigt die Klägerin, welche ihrerseits weder objektiv noch unter Vertrauensgesichtspunkten auf Instruktion angewiesen sein konnte (RV Präambel: „Expertin für (...) Zementproduktionsanlagen“). Mit Werksvertragsrecht argumentiert sie, wenn sie versucht, mit dem Ausbleiben eines Erfolgs bzw. dem Nachweis eines Schadens in bloss zeitlicher Nähe zum Beauftragtenverhalten eine Sorgfaltswidrigkeit nachzuweisen (implizit KS N 71). Im Gegenteil wurde nach Ankunft des Fallet und gemäss Eingeständnis der Klägerin unter dessen Aufsicht „zügig und effizient“ (EAnzeige N 14) montiert, obwohl er auf widrige Bedingungen traf. Er musste zuerst Arbeiten erledigen, die ihm nicht obliegen hätten, zeigte also verstärktes Engagement (B-4). Fallet instruierte zudem Klägerin und MECC zum weiteren unabdingbaren Vorgehen (EAnzeige N 15) und unterstrich die Bedeutung der Massnahmen einschliesslich Gewährleistungsausschluss bei Zuwiderhandlung. Zusätzlich bot er sich für jederzeitige Rückfragen an und sorgte so für gleichwertigen Ersatz seiner physischen Prä-

senz (K-8). Indem er die Klägerin vor zusätzlichen und unnötigen Kosten als Folge seiner verlängerten Anwesenheit bewahrte, handelte er gemäss der auftragsrechtlichen Treuepflicht. Immer wieder begleitete die Beklagte mit fachkundigem Personal die Inbetriebnahmephase (EAnzeige N 18). Ungenügende Deutschkenntnisse des Personals entlasten die Klägerin hierbei umso weniger, als sämtliche Anweisungen schriftlich vorlagen. Dass Fallets Anweisungen keine Wirkung zeitigten, beweist B-4 i.V.m. B-5 und K-8. Die Auftraggeberin verfügte mit Frau Amélie Monn über eine ständig anwesende verantwortliche Projektleiterin (EAnzeige N 1; vgl. auch K-9 "vor Ort zuständig"). Sie wäre in der Lage gewesen, Fallet als Vertreter der Beklagten zur gehörigen Erfüllung anzuhalten, falls sein Verhalten dazu Anlass geboten hätte. Die Klägerin kann in keiner Weise darlegen, inwiefern die mangelhafte Kommunikation schadensursächlich gewesen sein soll. Insbesondere die Schadensrelevanz des Zeitraums der „Verspätung“ ist mitnichten substantiiert.

47 Der Abschluss des Reparaturvertrags fällt weder unter die Sorgfalts- noch unter die Treuepflicht. Da der sachliche Anwendungsbereich der Gewährleistung nicht eröffnet war, nahm die Beklagte die Interessen der Klägerin wahr, indem sie durch schnellstmögliche Reparatur die Produktionsausfälle minimierte und somit allfällige Ansprüche der MECC gegen die Klägerin, soweit überhaupt vorhanden (s.u. Rz. 54), auf ein Mindestmass, reduzierte. Das Vertrauen der Beklagten in ihr Verhalten kann nicht sorgfaltswidrig sein, solange das Verhalten selber sorgfältig war (KS N 73).

48 *Mangels Treue- und Sorgfaltswidrigkeit der Beklagten besteht keine Haftung nach OR 398.*

## **6. Kein Anspruch auf Bezahlung einer Vertragsstrafe**

### **6.1. Keine gültige Hauptforderung**

#### **6.1.1. Fehlende Parteistellung der Klägerin**

49 Die Reparatur erfolgte nicht unter dem Regime des RV, namentlich nicht durch Stellvertretung der Beklagten durch die MECC. Die Beklagte reparierte gestützt auf eine separate Offerte gegenüber der MECC (K-11, K-13). Zudem hätte die Beklagte, hätte sie die Klägerin als Vertragspartnerin betrachtet, diese informiert (RV 4.2 analog).

#### **6.1.2. Keine sachliche Anwendbarkeit des RV**

50 Die Reparatur fällt nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des RV. Es widerspricht dem pönalen Charakter der Vertragsstrafe, diese anzuwenden, wenn die Pflichtige kein Verschulden am Mangel trifft. Dies gilt für Fälle von RV 17.4, 17.9 und eventualiter OR 369. Zudem fallen unter RV

17.4 auch durch die Auftraggeberin verschuldete Mängel, deren Tragweite vor Eintritt nicht abgeschätzt werden kann. Dies verunmöglicht jede realistische Reparaturprognose. Liegt ein Fall von RV 17.9 vor, ist die Verzugsstrafe ohnehin nicht anwendbar, da zur Reparatur der Abschluss eines eigenständigen Vertrags nötig wird.

## **6.2. Kein Eintritt der strafauslösenden Bedingung gemäss RV 17.3 (KS N 78)**

51 Erste Voraussetzung der Verzugsstrafe ist die Anwendung von RV 17 und damit die Anzeige nach RV 17.3. Bereits daran fehlt es (s.o. Rz. 15ff.). Die Verzugsregelung ist zudem beschränkt auf Fälle, in denen *repariert und ausgewechselt* wird. Erfordert die Schadensbehebung darüber hinausgehende Leistungen, ist die Klausel auch nicht auf den Reparaturteil anwendbar. Müssen zusätzliche Teile angebracht werden, ist das Werk für die Einbauphase indisponibel. Eine teilweise Erfüllung bezüglich Reparatur ist nicht möglich und wäre ohne praktischen Nutzen, solange das Werk aufgrund der Modifikation nicht zur Verfügung steht. Sollte das Schiedsgericht dieser Auslegung nicht folgen, so ist von einer konkludenten Nichtanwendung von RV 17.3 für den vorliegenden Fall auszugehen. Wird der RV als einschlägig betrachtet, so war die MECC berechtigt, die Klägerin im Abschluss des Reparaturvertrags zu vertreten und konnte damit auch dessen Modalitäten bestimmen. Dass die Reparatur nicht rechtzeitig erfolgen würde, war bereits im Zeitpunkt der Verschiffung absehbar (KS N 80). Der Transport nahm gemäss Zeitplan pro Strecke drei Monate und zwei Wochen in Anspruch, womit eine Ablieferung nicht unter 7 Monaten zu erwarten war (K-4, Anhang II). Soweit die MECC als Vertreterin der Klägerin betrachtet wird, hat sie für diese, die um die Transportdauer wusste, mit Offertannahme zugestimmt.

52 Da das vorliegende Getriebe nach Mass gefertigt wurde, ist ein „Vorrat“ an spezifisch angepassten Ersatzteilen nicht möglich und schon gar nicht „zumutbar“. Dass allenfalls *irgendein* Schaden voraussehbar war, ist nicht relevant. Die Klägerin rügt zu Recht auch nicht, dass herkömmliche Ersatzteile hätten vorrätig sein müssen. Ohnehin wusste die Klägerin ebenfalls um die Möglichkeit substantieller Lieferverzögerungen und hatte diese in der Vergangenheit auch akzeptiert, nachdem sie von der Beklagten ordnungsgemäss (RV 7.2) informiert worden war (K-5; EAnzeige N 10f.). Die Klägerin verschwieg ihre Unzufriedenheit (EAnzeige N 12) und nahm so der Beklagten die Gelegenheit zur Stellungnahme und Optimierung. Schliesslich durfte die Beklagte auch in vorliegendem Fall davon ausgehen, dass die Klägerin die Qualität des zu liefernden Produkts (EAnzeige N 11)

höher gewichtete als die pedantische Einhaltung von Fristen (vgl. auch RV 5.6). Aus dieser vermeintlichen ersten Verzögerung ist ebenso ersichtlich, dass die Beklagte mit allen Kräften die Einhaltung der zeitlichen Vorgaben anstrebte. Sie ruhte sich nicht auf der Fristverlängerung aus und lieferte vor dem ursprünglichen Termin, als sich diese Möglichkeit eröffnete.

### **6.3. Ausschluss der Konventionalstrafe nach RV 14.2**

53 Zwar liegt keine höhere Gewalt vor, wenn die Person, die sich darauf beruft, das aussergewöhnliche Ereignis oder dessen Folgen durch zumutbare Vorkehren hätte abwenden können. Doch der Begriff der höheren Gewalt ist relativ (BÜHLER VERTRAGSRECHT, S. 137). Die Beklagte konnte nicht absehen, welche Teile konkret beschädigt würden. Entsprechend wäre auch die zweijährige Lagerung und folgende Unbrauchbarkeit der nicht benötigten Ersatzteile eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung.

### **6.4. Ausschluss der Konventionalstrafe nach RV 14.5**

54 Wurden der Auftraggeberin durch den Verzug keine Kosten, Ausgaben oder Schäden verursacht, ist die Vertragsstrafe nicht geschuldet. Die Klägerin war, da nicht Betreiberin des Werks, von den Produktionsausfällen nicht direkt betroffen. Allfällige Gewährleistungspflichten der Klägerin gegenüber der MECC hat diese nicht substantiiert (KS N 81). Es liegen namentlich keine Hinweise auf eventuell nötige Rückstellungen vor und solche werden auch nicht geltend gemacht.

### **6.5. Eventualiter Untergang der Vertragsstrafe durch Annahme**

55 Die für Nichteinhaltung der Erfüllungszeit im Werkvertrag vereinbarte Konventionalstrafe geht unter, wenn der Besteller sie nicht spätestens bei der Ablieferung des Werkes geltend macht. Die vorbehaltlose Annahme der Erfüllung begründet nicht bloss eine widerlegbare Vermutung des Verzichts auf die Strafe, sondern bewirkt deren Untergang (BGE 97 II 350, E.2.a). Lag keine Vertretung vor, machte die Klägerin die Konventionalstrafe bis zur EAnzeige in keiner Weise geltend und liess dadurch den Anspruch untergehen. Betrachtet das Gericht die MECC als Vertreterin der Klägerin für den Vertragsabschluss, so gilt dies auch für die Annahme der Reparatur (EAnzeige N 27).

56 *Die Klägerin ist nicht Vertragspartei und der RV findet keine Anwendung. Eventualiter entfällt der Anspruch auf Vertragsstrafe mangels Bedingungseintritt und Verschulden am Verzug, wäre nach RV 14.2 und RV 14.5 ausgeschlossen oder eventualiter durch Annahme seitens der Klägerin untergegangen.*