

Moot Court Team 6

Isabelle Brunner

Sabine Neuhaus

Paula Niedermann

Dominik Rietiker

Per E-Mail

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

14. April 2014

KLAGEANTWORT

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 5

gegen

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 6

Klägerin

Beklagte

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts
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

Literaturverzeichnis.....	V
Judikaturverzeichnis.....	IX
A Unzuständigkeit des von der Klägerin angerufenen Schiedsgerichts in Zürich.....	1
I. Anwendbares Recht	1
1. Schiedsvereinbarungsstatut.....	1
2. Wirkungsstatut.....	2
II. Kompetenz des Schiedsgerichts, über seine Zuständigkeit zu entscheiden	2
III. Die Schiedsklausel im Einzelvertrag begründet die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz in München	2
1. Subjektive und objektive Schiedsfähigkeit.....	2
2. Subjektiver und objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel in Art. 18 AGB.....	2
3. Die Schiedsklausel der AGB ist formell und materiell gültig	3
a. Formelle Gültigkeit der Schiedsklausel	3
b. Materielle Gültigkeit der Schiedsklausel.....	3
4. Die Schiedsklausel der AGB geht der Schiedsklausel des Rahmenvertrags vor.....	4
5. Fazit	5
B Kein klägerischer Anspruch auf Übernahme der Reparaturkosten.....	5
I. Vorbemerkungen.....	5
1. Vertragsqualifikation	5
2. Einordnung der klägerischen Ansprüche	6
3. Dreiparteienverhältnis Klägerin – Beklagte – MECC	6
a. Separater Reparaturvertrag zwischen Beklagter und MECC.....	6
b. Unechter Vertrag zugunsten Dritter gemäss Art. 112 Abs. 1 OR.....	6
II. Kein klägerischer Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung aus Sachgewährleistung ...	7
1. Kein mangelhaftes Werk	7
a. Vertragsgemässe Beschaffenheit und Betriebsfähigkeit der Zentralgetriebe	7
b. Zentralgetriebe entsprachen dem anerkannten Stand der Technik	8
2. Keine Mängelrüge der Klägerin	9
a. Keine Rüge durch die MECC als Stellvertreterin der Klägerin	9
b. Allfällige Mängelrüge der MECC war zudem zu wenig substantiiert.....	10
3. Keine Anerkennung des Mangels nach Art. 17.3 i.V.m. Art. 17.5 Rahmenvertrag	10
4. Übermässigkeit der Nachbesserungskosten i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR.....	10
5. Verwirkung allfälliger Sachgewährleistungsansprüche durch die Klägerin.....	11
a. Abnahme und Genehmigung des Werks durch die Klägerin.....	11
aa. Genehmigung durch vorbehaltslose Begleichung der letzten Rate des Gesamtvertragspreises ...	12
bb. Abnahme und Genehmigung nach Art. 13 Rahmenvertrag	12

b. Haftungsausschluss nach Art. 17.4 und Art. 17.9 Rahmenvertrag	13
aa. Unsachgemässe Lagerung und Gebrauch gemäss Art. 17.4 Rahmenvertrag	13
bb. Haftungsausschluss gemäss Art. 17.9 Rahmenvertrag	14
c. Ablauf der Frist für die Mängelhaftung gemäss Art. 17.2 Rahmenvertrag	15
6. Fazit	15
III. Kein klägerischer Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens	15
IV. Kein klägerischer Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR	16
V. Kein klägerischer Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR	17
1. Bereicherung der Beklagten und Entreicherung der Klägerin	17
2. Rechtfertigung der Bereicherung	18
3. Fazit	18
C Kein klägerischer Anspruch auf Bezahlung der Vertragsstrafe	18
I. Keine Anwendbarkeit von Art. 17.3 Rahmenvertrag	19
II. Der Ersatz von Getriebeteilen fällt nicht unter den Reparaturbegriff von Art. 17.3	
Rahmenvertrag	19
III. Ausschluss einer allfälligen Vertragsstrafe durch Art. 14.5 Rahmenvertrag	20
IV. Eventualiter: Verwirkung einer allfälligen Konventionalstrafe durch vorbehaltlose	
Annahme der Reparatur gemäss Art. 160 Abs. 2 OR	20
V. Fazit	20
D Gesamtfazit	20

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012

[zit.: Rz. 94, 96]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Bern 2010

[zit.: Rz. 2, 4, 8, 19]

BERNARDINI PIERO, Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, in: Van den Berg Albert Jan (Hrsg.), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards. 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series 9 (1999), 197-203

[zit.: Rz. 4]

BIEGER ALAIN, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Zürich 2009

[zit.: Rz. 47, 52]

BLESSING MARC, The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, in: Van den Berg Albert Jan (Hrsg.), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards. 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series 9 (1999), 168-188

[zit.: Rz. 4]

BORN GARY B., International Commercial Arbitration, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 2009

[zit.: Rz. 2]

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITERIN)

[zit.: Rz. 9, 12, 19]

BSK OR, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit.: BSK OR-BEARBEITERIN)
[zit.: Rz. 29, 59, 61]

BUCHER ANDREAS, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989
[zit.: Rz. 8]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011
[zit.: Rz. 29, 38, 42, 52, 56, 59, 61, 69, 82, 83]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012
[zit.: Rz. 26, 83, 93]

KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995
[zit.: Rz. 38, 56]

KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000
[zit.: Rz. 33]

LAUBE PHILIPP, Die Tragung der Nachbesserungskosten im Bauwerkvertrag, Diss. Zürich/St. Gallen 2011
[zit.: Rz. 56]

MASSER ANNA, Choice of Law Clauses in Arbitration Agreements, in: Arroyo Manuel (Hrsg.), Arbitration in Switzerland. The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013, 1463-1471
[zit.: Rz. 4]

MünchKomm BGB, SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl., München 2012 (zit.: MünchKomm BGB-BEARBEITERIN)
[zit.: Rz. 60]

NYÜ Komm, WOLFF REINMAR (Hrsg.), New York Convention. Convention on the Recognition and Enforcement of foreign arbitral Awards of 10 June 1958, Commentary, München 2012 (zit.: NYÜ Komm-BEARBEITERIN)

[zit.: Rz. 4]

PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel. Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) - Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Basel 2011

[zit.: Rz. 18]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Le droit applicable à la convention d'arbitrage, in: ASA Special Series 8 (1994), 23-31

[zit.: Rz. 4]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, 2. Aufl., London/Zürich 2007

[zit.: Rz. 4, 19]

TRACHSEL HERIBERT, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln. Die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung, Diss. St. Gallen 2000

[zit.: Rz. 36]

SCHLUEP WALTER R., Über Eingriffskonditionen, in: Sturm Fritz/Piotet M. Paul (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet. Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Bern 1990, 173-213

[zit.: Rz. 93]

VAN DEN BERG ALBERT JAN, The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation, Antwerpen etc. 1981

[zit.: Rz. 4]

WEBER ROLF H., Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen, in: ZSR 106 (1987) I, 403-434

[zit.: Rz. 22]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of the International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013

[zit.: Rz. 2]

ZK OR, BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Teilband 2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 2012 [zit.: ZK-BÜHLER]

[zit.: Rz. 47]

Judikaturverzeichnis

- BGE 76 I 338 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 22. November 1950
[zit.: Rz. 19]
- BGE 97 II 350 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
26. Oktober 1971 [zit.: Rz. 105]
- BGE 106 II 29 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
10. April 1980 [zit.: Rz. 96]
- BGE 107 II 172 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
12. Mai 1981 [zit.: Rz. 45]
- BGE 109 II 452 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
6. Dezember 1983 [zit.: Rz. 19]
- BGE 109 II 462 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
13. Dezember 1983 [zit.: Rz. 29]
- BGE 115 II 456 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
23. November 1989 [zit.: Rz.59]
- BGE 116 II 454 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
19. September 1990 [zit.: Rz. 67]
- BGE 120 II 197 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
21. Juni 1994 [zit.: Rz. 48]
- BGE 121 III 495 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
20. Dezember 1995 [zit.: Rz. 8]
- BGE 121 III 38 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom
16. Januar 1995 [zit.: Rz. 8]

BGE 122 III 139	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. April 1996 [zit.: Rz. 4]
BGE 129 III 604	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Juni 2003 [zit.: Rz. 68]
BGer 4P.230/2000	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Februar 2001 [zit.: Rz. 12, 19]
BGer 4C.231/2004	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Oktober 2004 [zit.: Rz. 52, 61]
BGer 4C.217/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Februar 2006 [zit.: Rz. 67]
BGer 4C.106/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Oktober 2005 [zit.: Rz. 82]
BGer 4C.130/2006	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Mai 2007 [zit.: Rz. 47]
BGer 4A_428/2007	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Dezember 2008 [zit.: Rz. 42]
BGer 4A_494/2010	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Dezember 2010 [zit.: Rz. 40]
BGer 4A_86/2013	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 1. Juli 2013 [zit.: Rz. 17]
HG ZH, ZR 91/1992, 75	Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 25. August 1992 [zit.: Rz. 17]

A Unzuständigkeit des von der Klägerin angerufenen Schiedsgerichts in Zürich

1 Das von der Klägerin gestützt auf Art. 23.1 Rahmenvertrag (K-1) angerufene Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich ist für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche nicht zuständig. Die Beklagte beruft sich auf die Schiedsklausel in Art. 18 AGB (B-1), welche mit Abschluss des Einzelvertrags CDAG GETR-002-2008 (K-3) am 16.11.2008 gültig zustande gekommen ist und derjenigen von Art. 23.1 Rahmenvertrag vorgeht. Daher ist gestützt auf Art. 18.1 i.V.m. Art. 18.3 AGB ein Schiedsgericht der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) mit Sitz in München zur Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig.

I. Anwendbares Recht

2 Da eine Schiedsvereinbarung als vom Hauptvertrag unabhängig gilt, kann das Schiedsvereinbarungsstatut von dem in der Sache anwendbaren Recht abweichen; beide Statute sind gemäss dem Autonomiegrundsatz separat zu bestimmen (BORN, S. 312, 355; ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 21 N 9; BERGER/KELLERHALS, Rz. 605).

1. Schiedsvereinbarungsstatut

3 Die Parteien berufen sich auf unterschiedliche Schiedsklauseln, weshalb das auf die jeweilige Schiedsklausel anwendbare Recht gesondert zu prüfen ist.

4 Da die Schiedsvereinbarung in Art. 18 AGB ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland für zuständig erklärt, kann das zürcherische Schiedsgericht das Schiedsvereinbarungsstatut nicht ohne weiteres nach IPRG bestimmen. Ist der Schiedsrichter mit einer Unzuständigkeitseinrede konfrontiert, ist er bei der Bestimmung des Schiedsvereinbarungsstatuts an kein nationales Recht gebunden, sondern kann dieses unter Zuhilfenahme verschiedener Ansätze ermitteln (POUDRET, S. 24; BLESSING, S. 172). Die in diesen Fällen für den staatlichen Einrederichter geltende Regel, wonach sich die Gültigkeit solcher Schiedsklauseln nach Art. II NYÜ beurteilt (BGE 122 III 139, E. 2a; POUDRET/BESSON, Rz. 299), ist für Schiedsrichter unbeachtlich (BERNARDINI, S. 200; BERGER/KELLERHALS, Rz. 401; VAN DEN BERG, S. 189 f.). Vielmehr hat der Schiedsrichter in Fällen, in welchen die Parteien bezüglich des auf die Schiedsklausel anwendbaren Rechts keine explizite Rechtswahl getroffen haben, das Schiedsvereinbarungsstatut nach dem auf den Vertrag als Ganzes anwendbaren Rechts zu bestimmen (MASSER, S. 1469; vgl. auch NYÜ Komm-WILSKE/FOX, Art. II N 232). Dieser Ansatz wird dem Parteiwillen am besten gerecht (BLESSING, S. 169) und entspricht auch einer der Regeln in Art. 178 Abs. 2 IPRG (MASSER, S. 1465 f.).

5 Da die von den Parteien geschlossenen Verträge gemäss Art. 18.5 AGB und Art. 23.3 Rahmenvertrag Schweizer Recht unterstehen, hat die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB den Anforderungen des schweizerischen Rechts, sprich Art. 178 IPRG, zu genügen.

6 Im Übrigen ist unbestritten, dass die von der Klägerin angerufene Schiedsklausel in Art. 23.1 Rahmenvertrag ebenfalls nach dem IPRG zu beurteilen wäre.

2. Wirkungsstatut

7 Das in der Sache anwendbare Recht ist Schweizer Recht (Art. 23.3 Rahmenvertrag, Art. 18.5 AGB).

II. Kompetenz des Schiedsgerichts, über seine Zuständigkeit zu entscheiden

8 Erhebt die beklagte Partei die Einrede der Unzuständigkeit, entscheidet das angerufene Schiedsgericht in eigener Kompetenz über seine Zuständigkeit (BGE 121 III 495, E. 6c; BERGER/KELLERHALS, Rz. 603; BUCHER, Rz. 129 ff.). Da vorliegend ein Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution mit Sitz in Zürich angerufen wurde, dessen Verfahren durch die Swiss Rules geregelt ist, ergibt sich dessen „Kompetenz-Kompetenz“ aus Art. 186 Abs. 1 IPRG bzw. Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules (BGE 121 III 38, E. 2b).

III. Die Schiedsklausel im Einzelvertrag begründet die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts mit Sitz in München

1. Subjektive und objektive Schiedsfähigkeit

9 Die Klägerin macht vermögensrechtliche Ansprüche geltend, welche gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein können. Neben dieser objektiven muss auch die subjektive Schiedsfähigkeit gegeben sein, nach welcher die Parteien befähigt sein müssen, sich durch eine Schiedsvereinbarung verpflichten zu können (BSK IPRG-BRINER, Art. 177 N 2 f.). Dass auch letztere vorliegt, ist unbestritten.

2. Subjektiver und objektiver Geltungsbereich der Schiedsklausel in Art. 18 AGB

10 Da die Parteien dieses Schiedsverfahrens identisch sind mit denjenigen, welche den die Schiedsklausel enthaltenden Einzelvertrag geschlossen haben, ist die vorliegende Streitigkeit vom subjektiven Geltungsbereich von Art. 18 AGB erfasst.

11 Die in der Schweiz ansässige Klägerin und die Beklagte mit Sitz in Deutschland verbindet ein internationales Vertragsverhältnis, weshalb die AGB der Beklagten gemäss deren Art. 1.1 anwendbar sind. Die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB umfasst in objektiver Hinsicht alle Streitigkeiten, die sich aus diesem Vertrag ergeben oder sich auf dessen Verletzung beziehen. Die geltend gemachten klägerischen Ansprüche aus dem Vertragswerk, bestehend aus Einzelvertrag und Rahmenvertrag, fallen somit unter den objektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel.

3. Die Schiedsklausel der AGB ist formell und materiell gültig

a. Formelle Gültigkeit der Schiedsklausel

12 Nach der Sachnorm in Art. 178 Abs. 1 IPRG ist eine Schiedsklausel formell gültig, wenn sie in schriftlicher Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, vereinbart wurde (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 6). Für diesen Nachweis wird nicht verlangt, dass die zwischen den Parteien ausgetauschten Vertragsdokumente selbst die Schiedsklausel enthalten, sondern es genügt, dass in den Vertragsdokumenten darauf verwiesen wird (BGer 4P.230/2000, E. 2a). Das Formerfordernis nach Art. 178 Abs. 1 IPRG ist bereits dann erfüllt, wenn sowohl die verweisende als auch die verwiesene Erklärung in Textform vorliegen (BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 18).

13 Die Klägerin wurde auf dem Bestellschein (K-2), welcher Teil des am 16.11.2008 geschlossenen Einzelvertrags ist, in fetter Druckschrift auf die AGB der Beklagten hingewiesen. Dem von der Klägerin in Rz. 4 Klageschrift angesprochenen „Erfordernis der drucktechnischen Hervorhebung“ wurde damit Genüge getan. Die AGB wurden der Klägerin ausserdem mit E-Mail vom 17.11.2008 (B-3) zugeschickt.

14 Da sowohl das verweisende Dokument (Bestellschein) als auch das verwiesene (AGB) in Textform vorliegen, genügt die Schiedsklausel von Art. 18.1 AGB dem Formerfordernis von Art. 178 Abs. 1 IPRG.

b. Materielle Gültigkeit der Schiedsklausel

15 Nach der Kollisionsregel von Art. 178 Abs. 2 IPRG ist eine Schiedsklausel materiell gültig, wenn ihr Zustandekommen entweder dem von den Parteien gewählten, dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht. Da Art. 18.5 AGB Schweizer Recht für anwendbar erklärt, beurteilt sich die materielle Gültigkeit der von der Beklagten geltend gemachten Schiedsklausel nach dem Vertragsrecht des schweizerischen Obligationenrechts. Ob der Konsens der Parteien die durch Verweis einbezogenen AGB und deren Schiedsklausel umfasst, ist im Lichte von Art. 1 ff. OR zu ermitteln.

16 Mit Zusendung des Leistungsscheins (K-3, K-4) an die Klägerin nahm die Beklagte deren Antrag vom 13.11.2008 (K-2) an, womit am 16.11.2008 ein Einzelvertrag gemäss Art. 2 Rahmvertrag zustande gekommen ist.

17 Voraussetzung für den Einbezug von AGB ist, dass die zustimmende Partei bei Vertragsschluss in zumutbarer Weise die Möglichkeit hat, vom Inhalt derselben Kenntnis zu nehmen (BGer 4A_86/2013, E. 4.3; HG ZH, ZR 91/1992, S. 75).

18 Die Klägerin nahm durch den Hinweis auf dem Bestellschein vom Bestand beklagterischer AGB Kenntnis. Auf entsprechende Anfrage der Klägerin hin wurden ihr in der Folge die

AGB ausgehändigt (Ziff. 7 Verfahrensbeschluss Nr. 2) und zusätzlich mit E-Mail vom 17.11.2008 (B-3) zugestellt. Die Beklagte ist damit ihrer Übersendungsobliegenheit (vgl. PERRIG, S. 298), welche die Klägerin in Rz. 5 Klageschrift erwähnt, nachgekommen. Angesichts dieser Umstände war es der Klägerin möglich, vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Die AGB sind damit entgegen der klägerischen Auffassung in Rz. 3 Klageschrift zum Vertragsbestandteil erhoben worden.

19 Ein globaler Verweis auf AGB, welcher die darin enthaltene Schiedsklausel nicht explizit benennt, kann genügen, um die zustimmende Partei auf die Schiedsklausel zu verpflichten (BGer 4P.230/2000, E. 2a). Ein diesbezüglicher Konsens beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip und den konkreten Umständen des Einzelfalls (POUDRET/BESSON, Rz. 214). Die aus dem Vertrauensprinzip hergeleitete Ungewöhnlichkeitsregel, nach welcher der pauschal zustimmende ungewöhnliche Klauseln nicht gegen sich gelten lassen muss, greift im internationalen Geschäftsverkehr regelmässig nicht (BGE 109 II 452, E. 4; BERGER/KELLERHALS, Rz. 442). Da zwischen branchenkundigen Parteien der Abschluss von Schiedsklauseln die Regel ist, haben solche bei globalem Verweis grundsätzlich Bestand (BGE 76 I 338, E. 5; BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 60).

20 Für ein branchenkundiges Unternehmen wie jenes der Klägerin mit internationalen Geschäftsbeziehungen ist die Verwendung von AGB, welche Schiedsklauseln enthalten, nichts Ungewöhnliches. Die Ausführungen der Klägerin in Rz. 3 Klageschrift verfangen also nicht. Insbesondere besteht seitens der Beklagten keine Nachfrageobliegenheit, wie sie die Klägerin in Rz. 5 Klageschrift behauptet. Da die Klägerin nach dem Vertrauensprinzip mit einer Schiedsklausel in den im Bestellschein erwähnten AGB rechnen musste, akzeptierte sie diese mit ihrer Unterschrift vollumfänglich.

21 Aus den obigen Ausführungen ist zu schliessen, dass der Konsens der Klägerin die Schiedsklausel von Art. 18.1 AGB umfasste.

4. Die Schiedsklausel der AGB geht der Schiedsklausel des Rahmenvertrags vor

22 Die Beklagte bestreitet nicht, dass den AGB widersprechende Individualabreden vorgehen, wie dies auch die Klägerin in Rz. 5 Klageschrift feststellt. In Art. 1.3 AGB findet sich diese allgemein gültige Regel wieder, welche im einzelnen Fall entgegenstehende schriftliche Vereinbarungen im Vertrag vorbehält. Ob der Rahmenvertrag eine im Einzelfall vorbehaltene Vereinbarung i.S.v. Art. 1.3 AGB darstellt, lässt die Klägerin in Rz. 6 Klageschrift unter Verweis auf die Unklarheitenregel explizit offen. Die Unklarheitenregel greift jedoch nicht, da die Auslegung von Art. 1.3 AGB unzweifelhaft ergibt, dass der Rahmenvertrag nicht vom Vorbehalt desselben erfasst ist. Die Schiedsklausel des Rahmenvertrags wurde nicht speziell

für die vorliegende Streitigkeit aus dem Einzelvertrag abgeschlossen. Es entspricht gerade dem Sinn und Zweck von Rahmenverträgen, lediglich die Grundsätze der langfristigen Vertragsbeziehung zu regeln und spätere Konkretisierungen und Modifikationen in Einzelverträgen zuzulassen (WEBER, S. 413). Daher ist die rahmenvertraglich vereinbarte Schiedsklausel nicht als im Einzelfall vorgehende Individualabrede zu qualifizieren.

23 Somit geht die Schiedsklausel in Art. 18 AGB der rahmenvertraglichen Schiedsklausel vor. Die Ausführungen der Klägerin in Rz. 5 Klageschrift, wonach die Berufung der Beklagten auf die Schiedsklausel der in den Einzelvertrag einbezogenen AGB ineffizient oder unsinnig wäre, sind im Lichte der vorstehenden Ausführungen unzutreffend.

5. Fazit

24 Aus all den oben genannten Gründen ist das Schiedsgericht in Zürich zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit nicht zuständig. Sollte es sich dennoch für zuständig erklären, sind die klägerischen Ansprüche vollumfänglich abzuweisen.

B Kein klägerischer Anspruch auf Übernahme der Reparaturkosten

I. Vorbemerkungen

1. Vertragsqualifikation

25 Die Klägerin qualifiziert die Herstellung der beiden Zentralgetriebe gemäss Rahmen- und Einzelvertrag in Rz. 9 Klageschrift richtigerweise als Werklieferungsvertrag i.S.v. Art. 365 Abs. 1 OR. In ihren Ausführungen in Rz. 10 Klageschrift stellt die Klägerin zur Einordnung des technischen Service der Beklagten gemäss Bst. E des Einzelvertrags lediglich fest, dass dieser nicht Teil eines Kaufvertrags mit Montagepflicht sei. Nach Auffassung der Beklagten stellt dieser technische Service eine nach Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR zu behandelnde Leistungspflicht dar, weil die Beklagte lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden und keinen Erfolg schuldet. Deshalb stellt das Vertragswerk bestehend aus Rahmenvertrag und Einzelvertrag ein aus Werklieferungsvertrag und Auftrag gemischter Innominatvertrag dar.

26 Das Bundesgericht nimmt bei gemischten Verträgen (vgl. HUGUENIN, Rz. 3684 ff.) eine Spaltung der Rechtsfolgen i.S. einer differenzierten Anknüpfung an (BGE 109 II 462, E. 3d). Allfällige Ansprüche der Klägerin sind betreffend der Herstellung der Zentralgetriebe nach Werkvertragsrecht, betreffend der Montageüberwachung und Inbetriebnahme der Anlagen nach Auftragsrecht zu beurteilen, sofern das dispositive Gesetzesrecht nicht durch abweichende Regeln in Rahmenvertrag und Einzelvertrag modifiziert oder ersetzt worden ist.

2. Einordnung der klägerischen Ansprüche

27 Die Klägerin stützt ihre Rechtsbegehren auf Bezahlung von EUR 444'225.00 sowie EUR 322'775.00 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 18.5.2012 auf den Rahmenvertrag (Sachgewährleistung, Rz. 11 ff. Klageschrift), eventualiter auf Art. 368 Abs. 1 OR (Mangelfolgeschaden, Rz. 24 ff. Klageschrift), subeventualiter auf Art. 97 Abs. 1 OR (positive Vertragsverletzung, Rz. 27 ff. Klageschrift) sowie auf ungerechtfertigte Bereicherung nach Art. 62 Abs. 1 OR (Rz. 20 ff. Klageschrift). Die Beklagte bestreitet ausdrücklich das Bestehen aller von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche.

3. Dreiparteienverhältnis Klägerin – Beklagte – MECC

a. Separater Reparaturvertrag zwischen Beklagter und MECC

28 Die Klägerin versucht in Rz. 18 Klageschrift zu begründen, dass sie durch Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR ebenfalls Partei des allein zwischen der Beklagten und der Middle East Cement Company (nachfolgend „MECC“) abgeschlossenen Reparaturvertrags geworden sei.

29 Der Vertretene wird nur dann rückwirkend Vertragspartei, wenn er den abgeschlossenen Vertrag gemäss Art. 38 Abs. 1 OR genehmigt (BSK OR-WATTER, Art. 38 N 8). Eine solche Genehmigung des Reparaturvertrags durch die Klägerin kann nicht in ihrem Interesse liegen. Hätte die Klägerin – was nachfolgend bestritten wird (Rz. 35 ff. Klageantwort) – einen unentgeltlichen Nachbesserungsanspruch, wäre ein solcher Reparaturvertrag gemäss Art. 17 Rahmenvertrag bzw. Art. 368 Abs. 2 OR unnötig, da der Unternehmer unmittelbar mit der Willenserklärung des Bestellers, dass er Nachbesserung verlange, zu dieser verpflichtet wird (GAUCH, Rz. 1706 f.). Hätte die MECC tatsächlich als Stellvertreterin der Klägerin und im Wissen um einen unentgeltlichen Nachbesserungsanspruch letzterer gehandelt, hätte sie keine Offerte angenommen, welche klarerweise von einer entgeltlichen Reparatur ausging.

30 Dass sich die Beklagte auf einen separaten Reparaturvertrag beruft, ist entgegen der klägerischen Ausführungen in Rz. 57 Klageschrift nicht treuwidrig.

b. Unechter Vertrag zugunsten Dritter gemäss Art. 112 Abs. 1 OR

31 Indem sich die Beklagte verpflichtete, die Zentralgetriebe für das Zementwerk Ain Dar nach den Ausschreibungen der MECC herzustellen (S. 2 Einzelvertrag) sowie Arbeiten auf dem Gelände derselben auszuführen, ist ein unechter Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 1 OR zustande gekommen.

32 Ein echter Vertrag zugunsten Dritter gemäss Art. 112 Abs. 2 OR scheidet aus, da es nicht dem Willen von Klägerin und Beklagter entsprach, der MECC ein selbständiges Forderungsrecht einzuräumen.

33 Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter gemäss Art. 112 Abs. 1 OR kann lediglich der Versprechensempfänger den Versprechenden zur Leistung an den Dritten verpflichten und anhalten, wobei der Dritte nur befugt ist, die Leistung entgegenzunehmen (KRAUSKOPF, Rz. 437). Vorliegend hatte die Beklagte die Zentralgetriebe an die Klägerin in Dammam zu liefern. Es war jedoch von Anfang an klar, dass die Konstruktion der Zentralgetriebe und der Einbau derselben eine Leistung zugunsten der MECC, also einer Drittpartei, darstellt. Die MECC war offensichtlich befugt, die Leistungen der Beklagten entgegenzunehmen und die Klägerin konnte verlangen, dass die Beklagte ihre Leistung zugunsten der MECC erbringt.

34 Somit ist das Vertragswerk ein unechter Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 1 OR.

II. Kein klägerischer Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung aus Sachgewährleistung

35 Der Klägerin steht kein unentgeltlicher Anspruch auf Nachbesserung gemäss Art. 17.3 Rahmenvertrag bzw. Art. 368 Abs. 2 OR zu, da die am 02.02.2011 in Dammam abgelieferten Zentralgetriebe keinen Mangel aufwiesen (Rz. 36 ff. Klageantwort). Allfällige Gewährleistungsansprüche der Klägerin wären ausserdem ausgeschlossen, da die Klägerin keine Mängelrüge erhoben hat (Rz. 45 ff. Klageantwort), die Beklagte den Mangel nicht anerkannt hat (Rz. 55 Klageantwort), die Nachbesserungskosten zudem übermässig wären (Rz. 56 f. Klageantwort) und die Klägerin allfällige Sachgewährleistungsansprüche verwirkt hat (Rz. 58 ff. Klageantwort).

1. Kein mangelhaftes Werk

36 Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm im Zeitpunkt seiner Ablieferung eine vertraglich vereinbarte oder in guten Treuen vorausgesetzte Eigenschaft fehlt (TRACHSEL, Rz. 122).

a. Vertragsgemässe Beschaffenheit und Betriebsfähigkeit der Zentralgetriebe

37 Artikel 17.1 Rahmenvertrag verlangt, dass die von der Beklagten herzustellenden Anlagen bei deren Ablieferung sowohl den Spezifikationen, Zeichnungen und Beschreibungen entsprechen, als auch die nötigen Betriebsfähigkeiten besitzen. Die abgelieferten Zentralgetriebe entsprachen den Spezifikationen, Zeichnungen und Beschreibungen im Einzelvertrag vollumfänglich, was die Klägerin nicht bestreitet.

38 Zu welchem Betrieb bzw. Gebrauch ein Werk tauglich sein muss, ist in erster Linie dem konkreten Vertrag zu entnehmen (KOLLER, Rz. 26). Das Mass an Gebrauchstauglichkeit bestimmt sich mangels vertraglicher Abrede danach, was der Besteller unter den Umständen im Einzelfall und nach der Verkehrsanschauung vernünftigerweise erwarten darf (GAUCH, Rz. 1427).

39 Die Zentralgetriebe wurden spezifisch für den Betrieb in der Zementproduktionsanlage Ain Dar in Al Hofuf angefertigt. Mit der Ausstattung der beiden Zentralgetriebe mit einem

Druckumlaufschmierungssystem (vgl. Zeichnung in K-4), welches eine genügende Schmierölzufuhr sicherstellt, waren die Zentralgetriebe für den vorgesehenen Betrieb tauglich.

40 Im Gegensatz zur Klägerin, welche über eine Abteilung Auftragswesen Saudi Arabien verfügt, wusste die Beklagte nichts von Stromausfällen in Al Hofuf. Laut Bundesgericht trifft den Besteller im Sinne einer vertraglichen Nebenpflicht aus Art. 2 Abs. 1 ZGB die Pflicht, den Unternehmer auf für ihn nur schwer erkennbare Gefahren hinzuweisen (BGer 4A_494/2010, E. 4.1). Indem es die Klägerin unterlassen hat, die Beklagte während der 18-wöchigen Planungsphase über die Stromausfälle zu informieren, hat sie diese Aufklärungspflicht verletzt. Die Klägerin konnte von der Beklagten somit nicht erwarten, dass sie das Ölschmierungssystem in einer Weise konstruiert, dass auch bei wiederholten Stromausfällen eine genügende Ölzufuhr gewährleistet ist. Mit ihrer Behauptung in Ziff. 26 Einleitungsanzeige verkennt die Klägerin zudem, dass die Ölspritzeinrichtung bei anderen Projekten im Nahen Osten nicht wegen Stromausfällen, sondern im Rahmen von Reparaturen infolge unsachgemässen Betriebs der Anlagen installiert worden war (vgl. K-11).

41 Die Zentralgetriebe waren somit betriebsfähig und zum voraussetzbaren Gebrauch tauglich.

b. Zentralgetriebe entsprachen dem anerkannten Stand der Technik

42 Gemäss Art. 5.5 Rahmenvertrag müssen die Getriebe dem anerkannten Stand der Branche und der Technik entsprechen. Darunter sind diejenigen technischen Regeln zu verstehen, welche von der Mehrheit der Fachleute der einschlägigen Branche als richtig anerkannt werden und sich in der Praxis bewährt haben (BGer 4A_428/2007, E. 3.1; GAUCH, Rz. 846).

43 Die Klägerin behauptet in Rz. 13 Klageschrift, die fehlende Ölspritzeinrichtung sei ein Konstruktionsmangel („Designdefekt“, Ziff. 30 Einleitungsanzeige). Diese Ölspritzeinrichtung wurde von der Beklagten jedoch erst im Jahr 2008 designt und wurde bisher nur vereinzelt bei anderen Projekten eingebaut. In diesen Projekten erfolgte der Einbau allerdings erst im Rahmen von Reparaturen und nicht bereits bei der Herstellung der Getriebe (Ziff. 25 Einleitungsantwort). Die Klägerin verkennt somit, dass es sich bei der neu entwickelten Ölspritzeinrichtung, die sich in der Praxis noch nicht etabliert hat und deshalb keinesfalls zum anerkannten Stand der Technik gehört, lediglich um ein Upgrade handelt. Dass die Beklagte die Ölspritzeinrichtung nicht in Rechnung stellte (vgl. K-14), unterstreicht diese Tatsache. Da die Beklagte wie unter Rz. 40 ausgeführt nichts von Stromausfällen in Al Hofuf gewusst hatte, erachtete sie es nicht als nötig, die Zentralgetriebe mit einer Ölspritzeinrichtung auszustatten.

44 Die mit dem in Fachkreisen als bewährt anerkannten Druckumlaufschmierungssystem ausgestatteten Zentralgetriebe entsprachen bei Ablieferung dem anerkannten Stand der Technik und waren somit mängelfrei.

2. Keine Mängelrüge der Klägerin

45 Der Klägerin obliegt es gemäss Art. 17.3 Rahmenvertrag, die Beklagte über Mängel, die während der Garantiezeit auftreten, in Kenntnis zu setzen. Eine Mängelrüge hat gemäss Art. 367 Abs. 1 OR unverzüglich nach Entdeckung des Mangels zu erfolgen und muss sachgerecht substantiiert werden. Andernfalls gilt das Werk als genehmigt (Art. 370 Abs. 2 und 3 OR) und der Unternehmer wird von seiner Haftung befreit (BGE 107 II 172, E. 1a).

46 Die Klägerin behauptet in Rz. 15 Klageschrift, mit dem Fax der MECC vom 08.07.2011 (K-10) ihrer Anzeige- und Rügeobliegenheit nachgekommen zu sein. Diese Mitteilung genüge den Anforderungen an eine wirksame Mängelrüge nicht, wobei an dieser Stelle noch einmal zu betonen ist, dass die Zentralgetriebe nicht an einem Mangel litten.

a. Keine Rüge durch die MECC als Stellvertreterin der Klägerin

47 Die Mängelrüge muss neben der Anzeige festgestellter Mängel auch die Willensäusserung des Bestellers enthalten, dass er das Werk nicht als vertragsgemäss anerkennt und den Unternehmer für haftbar hält (BGer 4C.130/2006, E. 4.2.1; ZK-BÜHLER, Art. 367 N 53). Mittels dieser qualifizierten Mitteilung soll der Unternehmer abschätzen können, inwieweit der Besteller ihn in die Haftung zu nehmen gedenkt (BIEGER, Rz. 104, 166).

48 Die Beklagte bestreitet nicht, dass eine Mängelrüge als rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung grundsätzlich in Stellvertretung erfolgen kann (vgl. BSK OR-WATTER, Art. 32 N 4). Eine Vertretungswirkung erfolgt jedoch nur, wenn der Vertreter zu erkennen gibt, dass er in fremdem Namen handelt (Art. 32 Abs. 1 OR) oder wenn nach dem Vertrauensprinzip auf ein solches Vertretungsgeschäft geschlossen werden muss (BGE 120 II 197, E. 2b) aa).

49 Entgegen den klägerischen Ausführungen in Rz. 16 ff. Klageschrift hat die MECC nicht stellvertretend für die Klägerin Mängelrüge erhoben. Durch die blosser Bezugnahme auf eine Garantiezeit im Fax der MECC vom 08.07.2011 (K-10) konnte die Beklagte nicht erkennen, dass die Klägerin sie für einen Gewährleistungsfall aus dem Rahmenvertrag in Anspruch nehmen will. Da die MECC in eigenem Namen auftrat und sich nicht auf allfällige Mängelrechte der Klägerin berief, konnte die Beklagte nicht auf ein Vertretungsverhältnis schliessen.

50 Dass die Beklagte nicht von einem solchen ausging, zeigt sich auch in ihrer Antwort vom 10.07.2011 an die MECC (K-11). Darin stellte sie der MECC eine entgeltliche Offerte in Aussicht und wies auf den Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen der Klägerin hin. Entgegen der Behauptung der Klägerin in Rz. 17 Klageschrift kann dies keinesfalls als Anerkennung einer Stellvertretung betrachtet werden. Hätte die MECC stellvertretend für die Klägerin den unentgeltlichen Nachbesserungsanspruch geltend gemacht, hätte sie die Offerte der

Beklagten nicht angenommen und schon gar nicht bezahlt. Damit hat die MECC nicht mit Wirkung für die Klägerin Mängelrüge erhoben.

b. Allfällige Mängelrüge der MECC war zudem zu wenig substantiiert

51 Folgt das Schiedsgericht der Ansicht der Klägerin, wonach die MECC stellvertretend für die Klägerin Mängelrüge erhoben hat, würde deren Schreiben vom 08.07.2011 (K-10) nicht den inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Mängelrüge genügen.

52 Die Substantiierung einer Mängelrüge muss dergestalt sein, dass sich der Unternehmer ein bestimmtes Bild über Art, Inhalt und Umfang der mitgeteilten Mängel machen kann (BGer 4C.231/2004, E. 2.3.1; BIEGER, Rz. 156; GAUCH, Rz. 2131).

53 Die Klägerin macht keine Ausführungen bezüglich der genügenden Substantiierung der Mängelrüge. Die MECC teilte der Beklagten in ihrem Fax lediglich mit, dass das Zementwerk II mit Zentralgetriebe II ausgeschaltet werden musste und dass dies wohl auf eine mangelhafte Ölschmierung zurückzuführen sei. Einen konkreten Mangel benannte sie jedoch nicht und wies in keiner Weise auf einen Zusammenhang zwischen der mangelhaften Ölschmierung und dem von der Beklagten hergestellten Zentralgetriebe hin. Die Beklagte war dadurch nicht in der Lage, den Umfang einer allfälligen Mangelhaftigkeit der Zentralgetriebe abzuschätzen.

54 Die Mitteilung der MECC war somit inhaltlich nicht genügend substantiiert. Damit gelten die Zentralgetriebe aufgrund der Genehmigungsfiktion als genehmigt i.S.v. Art. 370 Abs. 2 und 3 OR, womit ein allfälliges unentgeltliches Nachbesserungsrecht der Klägerin verwirkt wäre.

3. Keine Anerkennung des Mangels nach Art. 17.3 i.V.m. Art. 17.5 Rahmenvertrag

55 Die Behauptung der Klägerin in Rz. 14 f. Klageschrift, wonach die Beklagte den Mangel gemäss Art. 17.3 i.V.m. Art. 17.5 Rahmenvertrag anerkannt hätte, indem sie nicht innert sieben Tagen fachkundiges Personal in Al Hofuf zur Verfügung gestellt hatte, ist falsch. Damit diese vertragliche Anerkennungsfrist anwendbar ist, hätte die Beklagte von der Klägerin selbst über den Mangel in Kenntnis gesetzt werden müssen. Wie unter Rz. 47 ff. ausgeführt, hat die MECC nicht stellvertretend für die Klägerin Mängelrüge erhoben. Das Schreiben der MECC vom 08.07.2011 (K-10) konnte die siebentägige Frist von Art. 17.5 Rahmenvertrag folglich nicht auslösen. Dass die Beklagte nicht innert sieben Tagen Servicepersonal nach Al Hofuf entsandt hatte, kann folglich nicht als Anerkennung des Mangels gemäss Art. 17.3 i.V.m. Art. 17.5 Rahmenvertrag gelten.

4. Übermässigkeit der Nachbesserungskosten i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR

56 Der Besteller kann vom Unternehmer gemäss Art. 368 Abs. 2 OR nur dann unentgeltliche Nachbesserung verlangen, sofern dies dem Unternehmer keine übermässigen Kosten verursacht. Die Übermässigkeit der Kosten ist im Verhältnis zum Nutzen des Bestellers an der

Mangelbeseitigung zu beurteilen (KOLLER, Rz. 92). Nachbesserungskosten sind schon dann übermässig, wenn diese durch den Nutzen des Bestellers vernünftigerweise nicht zu rechtfertigen sind (LAUBE, Rz. 197). Die Verbesserungskosten umfassen nicht nur die effektiven Kosten für die Behebung des Mangels, sondern auch allfällige Begleitkosten (GAUCH, Rz. 1755).

57 Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten Nachbesserungskosten in Höhe von EUR 767'000.00 geltend, welche sich aus den Reparaturkosten (EUR 444'225.00) und den Begleitkosten für die Kranmiete (EUR 322'775.00) zusammensetzen. Das Interesse der Klägerin an der Reparatur überwiegt nicht in dem Masse, als dass es der Beklagten zumutbar wäre, die Gesamtkosten in Höhe von EUR 767'000.00 zu übernehmen, zumal diese Reparaturkosten allein auf den fehlerhaften Betrieb der Zentralgetriebe durch die Klägerin zurückzuführen sind (Rz. 66 ff. Klageantwort). Gegenteiliges führt die Klägerin nicht aus. Die Reparaturkosten sind damit für die Beklagte übermässig und müssen nicht von ihr übernommen werden.

5. Verwirkung allfälliger Sachgewährleistungsansprüche durch die Klägerin

58 Allfällige Sachgewährleistungsansprüche der Klägerin wären durch Abnahme respektive Genehmigung des Werks verwirkt (Rz. 59 ff. Klageantwort). Zudem schliesst das Selbstverschulden und weisungswidrige Verhalten der Klägerin (Rz. 66 ff. Klageantwort) und der Fristablauf für die Mängelhaftung (Rz. 79 Klageantwort) eine mögliche Sachgewährleistungshaftung der Beklagten aus.

a. Abnahme und Genehmigung des Werks durch die Klägerin

59 Mit der Willenserklärung des Bestellers, wonach er das abgelieferte Werk als vertragsgemäss erstellt ansieht, ist ein Werk genehmigt (BGE 115 II 456, E. 4). Mit der Genehmigung sind gemäss Art. 370 OR die Mängelrechte verwirkt (GAUCH, Rz. 2072). Die Genehmigung ist im schweizerischen Recht vom Begriff der Abnahme zu unterscheiden, wobei die beiden Begriffe häufig synonym verwendet werden (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 370 N 3). Im Streitfall muss durch Auslegung und unter Anwendung des Vertrauensprinzips ermittelt werden, ob der Besteller im konkreten Fall das Werk genehmigt hat (GAUCH, Rz. 2071).

60 Vorliegend ist also abzuklären, ob die Parteien mit Abnahme i.S.v. Art. 13 Rahmenvertrag auch die Genehmigung gemeint haben. Die Beklagte verstand bei Vertragsschluss unter Abnahme klarerweise auch die Genehmigung. Dies in Übereinstimmung mit dem ihr vertrauten Deutschen BGB, nach welchem die Abnahme gemäss § 640 auch die Genehmigung des Werks umfasst (MünchKomm BGB-BUSCHE, § 640 N 2). Für diese Auslegung spricht auch, dass eine Abnahme als erfolgt gilt, wenn ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind (Art. 13.2.1 Rahmenvertrag). Die Erfüllung aller Leistungsgarantien entspricht genau der für eine Genehmigung geforderten Willenserklärung des Bestellers, wonach

er das Werk als vertragsgemäss erstellt ansehe. Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass auch die Klägerin die Abnahme als Genehmigung verstanden hat. Artikel 13.3 Rahmenvertrag steht dem nicht entgegen, da sich diese Bestimmung lediglich auf geheime Mängel bezieht, welche bei ordnungsgemässer Prüfung, sprich Leistungstests, nicht entdeckt werden können. Die Auffassung der Klägerin in Rz. 39 Klageschrift, wonach die Abnahme des Werks lediglich Einfluss auf die Dauer der Gewährleistung habe, ist somit nicht korrekt.

aa. Genehmigung durch vorbehaltlose Begleichung der letzten Rate des Gesamtvertragspreises

61 Eine Genehmigung des Werks kann auch durch konkludentes Verhalten erfolgen (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 370 N 11), insbesondere durch die vorbehaltlose Bezahlung des Werklohns durch den Besteller (BGer 4C.231/2004, E. 2.2; GAUCH, Rz. 2082).

62 Die Klägerin hat mit der vorbehaltlosen Überweisung der letzten Ratenzahlung des Gesamtvertragspreises in Höhe von EUR 360'000.00 am 02.01.2011 (B-6) das Werk konkludent genehmigt. Die Ausführungen der Klägerin in Rz. 33 ff. Klageschrift, wonach diese Ratenzahlung lediglich eine Schuldanerkennung und korrekte Vertragserfüllung gemäss Einzelvertrag darstelle, verfangen nicht. Stellte die von der Klägerin in Rz. 34 Klageschrift erwähnte Abnahmebescheinigung eine zwingende Zahlungsvoraussetzung dar, hätte sie mangels einer solchen die letzte Ratenzahlung nicht vornehmen sollen. Tut sie dies trotzdem, kann sie sich nachträglich nicht auf die fehlende Genehmigungswirkung berufen.

bb. Abnahme und Genehmigung nach Art. 13 Rahmenvertrag

63 Die Klägerin bringt in Rz. 36 Klageschrift vor, dass eine Abnahme (und damit eine Genehmigung) mangels unterschriebenen Abnahmezertifikats nicht stattgefunden haben könne. Damit beruft sie sich nicht nur auf ein rein formalistisches Argument, sondern verkennt, dass gemäss Art. 13.2 Rahmenvertrag in Fällen von Art. 13.2.1 und 13.2.2 eine Abnahme (und Genehmigung) unabhängig eines solchen Zertifikats als erfolgt gilt.

64 Nach Art. 13.2.1 Rahmenvertrag ist ein Werk abgenommen und genehmigt, wenn ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind. Der Endtestlauf, wie er am 26.12.2010 stattgefunden hat, war ein solcher Leistungstest. Hätte dieser Leistungstest Mängel zu Tage gefördert, hätte dies die Klägerin der Beklagten mitgeteilt, um ein Verwirken von Sachgewährleistungsansprüchen zu verhindern. Da keine derartige Mitteilung durch die Klägerin erfolgte und nur sieben Tage später die letzte Rate des Vertragspreises einging, kann angenommen werden, dass der Endtestlauf positiv ausfiel. Die Abnahme und Genehmigung der Anlagen hat damit am 26.12.2010 stattgefunden.

65 Auch nach der ersten Variante von Art. 13.2.2 Rahmenvertrag sind Abnahme und Genehmigung der Zentralgetriebe erfolgt. Einerseits lief der Inbetriebnahmezeitraum Ende Oktober 2010 (Kalttestlauf am 14.09.2010 + 1.5 Monate gemäss Terminplanung im Anhang II des Einzelvertrags) ab. Andererseits hinderte die Klägerin die Beklagte durch Unterlassen einer korrekten Einladung daran, Leistungstests durchführen oder wiederholen zu können.

b. Haftungsausschluss nach Art. 17.4 und Art. 17.9 Rahmenvertrag

66 Die Parteien haben in Art. 17.4 und Art. 17.9 Rahmenvertrag zwei haftungsausschliessende Tatbestände festgelegt. Wie nachfolgend gezeigt wird, hat die Klägerin mit ihrem Verhalten beide Tatbestände erfüllt.

aa. Unsachgemässe Lagerung und Gebrauch gemäss Art. 17.4 Rahmenvertrag

67 Die Gewährleistungsansprüche entfallen gemäss Art. 369 OR, wenn der Werkmangel durch das Verhalten des Bestellers selbst verschuldet wird. Ist das Selbstverschulden die einzige Schadensursache, wird der Unternehmer vollständig von seiner Mängelhaftung entbunden (BGE 116 II 454, E. 2c) cc); BGer 4C.217/2005, E. 3.2.1). In Art. 17.4 Rahmenvertrag haben die Parteien die unangemessene Lagerung und den unangemessenen Gebrauch als Fälle des haftungsausschliessenden Selbstverschuldens definiert.

68 Den Unternehmer trifft die Pflicht, den Besteller über die sachgemässe Ingebrauchnahme und den sachgemässen Betrieb des Werks aufzuklären (BGE 129 III 604, E. 4.1). Die Beklagte kam dieser Aufklärungspflicht mit Übergabe des Memos „Arbeitsverfahren: Montage eines Feller Gear Zentralgetriebe“ (B-4) sowie des Installations- und Bedienungshandbuchs gemäss Art. 9.3.4 Rahmenvertrag nach.

69 Den Besteller trifft die allgemeine vertragliche Nebenpflicht, das Werk des Unternehmers, das schon in seiner Obhut ist, sorgfältig zu behandeln (GAUCH, Rz. 1321). Nach seiner Ankunft in Al Hofuf stellte Projektleiter Fallet fest, dass das Zentralgetriebe II bereits bewegt worden war und dabei ein Schaden entstanden sein könnte (B-4). Das unsorgfältige Bewegen eines empfindlichen Werks wie jenem der Zentralgetriebe verstösst nicht nur gegen die vorgenannte Sorgfaltspflicht, sondern auch gegen die vertragliche Pflicht, das Werk angemessen zu lagern, womit die Klägerin den Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung verwirkt hat.

70 Des Weiteren hat die Klägerin die Zentralgetriebe unsachgemäss gebraucht, indem sie diese bei zu hoher Geschwindigkeit und voller Ladung betrieben hat, obwohl die Betriebsanleitung eine maximale Betriebsgeschwindigkeit vorschrieb (Ziff. 10 Verfahrensbeschluss Nr. 2). Die zu hohe Geschwindigkeit ist auf die Manipulation der Trommelbremse und Mängel am Verriegelungssystem, für dessen Lieferung die Klägerin verantwortlich war (Ziff. 12 Verfahrensbeschluss Nr. 2), zurückzuführen.

71 Der Mangel an den Zentralgetrieben ist ausschliesslich durch den unsachgemässen Gebrauch der Klägerin entstanden. Durch dieses Selbstverschulden hat die Klägerin einen allfälligen unentgeltlichen Nachbesserungsanspruch verwirkt.

bb. Haftungsausschluss gemäss Art. 17.9 Rahmenvertrag

72 Artikel 17.9 Rahmenvertrag legt fest, dass die Beklagte für Leistungsgarantien nur unter der Voraussetzung haftet, dass die Klägerin all ihre Verpflichtungen rechtzeitig und vollständig erfüllt. Eine solche Voraussetzung ist namentlich, dass die Anlagen gemäss den Spezifikationen und Anweisungen der Beklagten errichtet worden sind.

73 Herr Fallet hielt in seiner E-Mail vom 15.09.2010 (B-5) fest, dass das Zentralgetriebe zum Motor hin nicht ordnungsgemäss ausgerichtet wurde und zudem die Antriebswelle des Motors nicht im magnetischen Zentrum war, sondern um 5mm gegen innen abwich. Damit wurden die Anlagen nicht gemäss den Spezifikationen der Beklagten errichtet. Die Haftung der Beklagten für Schäden, die aufgrund dieser fehlerhaften Errichtung der Anlagen entstanden sind, ist gemäss Art. 17.9 Rahmenvertrag gerade ausgeschlossen.

74 Herr Fallet zeigte der Klägerin vor seiner Abreise im Schreiben vom 16.08.2010 (K-8) an, welche Arbeiten sie vor der Inbetriebnahme noch auszuführen habe. Gleichzeitig wies er ausdrücklich darauf hin, dass das Laufenlassen des Zentraltriebessystems verboten ist, bevor nicht alle Punkte der diesem Schreiben beigelegten Liste erledigt sind. Zudem machte Herr Fallet klar, dass das Starten eines Zentraltriebessystems in Abwesenheit eines Servicetechnikers der Beklagten und damit ohne vorgängige Inspizierung durch dieselbe nicht erlaubt sei. Bei Nichtbefolgung dieser Anweisungen ist jegliche Haftung der Beklagten gemäss Art. 17.9 Rahmenvertrag ausgeschlossen, was Herr Fallet in seinem Schreiben explizit hervorhob.

75 Zu den zu erledigenden Arbeiten gehörte auch das Verbinden des Schmierölsystems mit dem Hauptmotor. Es besteht der dringende Verdacht, dass die Klägerin das Zentralgetriebe betrieben hat, ohne zuvor das Schmierölsystem angeschlossen zu haben (K-11). Damit hat die Klägerin die Montageanweisungen der Beklagten in K-8 missachtet.

76 Herr Fallet stellte bei seiner Rückkehr am 15.09.2010 zudem fest, dass die Klägerin im Rahmen des Kalttestlaufs am 14.09.2010 die Zentralgetriebe I und II in Abwesenheit eines Servicetechnikers der Beklagten schon betrieben hatte (B-5). Dies geschah zudem, bevor die Beklagte inspizieren konnte, ob alle Arbeiten gemäss der Liste in K-8 durch die Klägerin korrekt ausgeführt worden waren.

77 Indem die Klägerin wiederholt entgegen den expliziten Anweisungen der Beklagten gehandelt hat, hat sie allfällige Gewährleistungsansprüche gemäss Art. 17.9 Rahmenvertrag verwirkt.

78 Weiter ist die Haftung der Beklagten nach Art. 17.9 Rahmenvertrag ausgeschlossen, wenn nicht alle Energien und Rohstoffe zu jeder Zeit den Spezifikationen und Anweisungen der Auftragnehmerin entsprechen. Gemäss Ziff. 4 Verfahrensbeschluss Nr. 2 war die MECC für die Gewährleistung des ordentlichen Stromzugangs verantwortlich. In Bezug auf die Verpflichtung der Klägerin, jederzeit Energie bereitzustellen, ist die MECC als deren Hilfsperson i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR anzusehen. Die häufigen Stromausfälle sind der Klägerin daher zuzurechnen. Da die Klägerin auch dieser Verpflichtung gemäss Art. 17.9 Rahmenvertrag nicht nachgekommen ist, haftet die Beklagte nicht für daraus entstandene Schäden.

c. Ablauf der Frist für die Mängelhaftung gemäss Art. 17.2 Rahmenvertrag

79 Gemäss Art. 17.2 Rahmenvertrag haftet die Beklagte für Gewährleistungsfälle während 12 Monaten nach Abnahme oder während 36 Monaten nach Ablieferung, je nachdem, welche Frist früher abläuft. Entgegen der klägerischen Auffassung in Rz. 44 Klageschrift, erfolgte die Abnahme am 26.12.2010 mit der Durchführung des Endtestlaufs (vgl. Rz. 64 Klageantwort), womit die Frist für die Mängelhaftung am 26.12.2011 abgelaufen ist (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Diese Frist ist einschlägig, da die 36-monatige Frist nach Ablieferung erst am 02.02.2013 und damit später endet. Indem die Klägerin die Einleitungsanzeige erst am 11.01.2013 einreichte, ist die Frist zur Geltendmachung von Mängelrechten nicht gewahrt. Die klägerischen Ausführungen zur Verjährung von Gewährleistungsansprüchen in Rz. 44 Klageschrift sind damit unzutreffend.

6. Fazit

80 Die Klägerin hat aus den obigen Gründen keinen Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung aus Sachgewährleistung gemäss Art. 17.3 Rahmenvertrag.

III. Kein klägerischer Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens

81 Die Klägerin fordert in Rz. 24 Klageschrift Schadenersatz für die Reparatur- und Krankkosten gestützt auf Art. 368 Abs. 2 OR.

82 Ein Schadenersatzanspruch ist beschränkt auf den Ersatz des Schadens, welcher seine Ursache in einem Mangel des abgelieferten Werks hat (GAUCH, Rz. 1855). Soweit ein Schaden durch die Mängelrechte nach Art. 368 OR ausgeglichen werden kann, ist er nicht Gegenstand eines zusätzlichen Schadenersatzanspruchs (BGer 4C.106/2005, E. 3.1). Keine Mangelfolgeschäden sind insbesondere die Begleitkosten, welche im Rahmen der Nachbesserung anfallen (GAUCH, Rz. 1860). Auch wenn das Schiedsgericht die Getriebe als mangelhaft ansieht, sind die Reparatur- und Krankkosten nicht als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren, da diese als Begleitkosten vom Nachbesserungsrecht umfasst sind und somit keine Mangelfolgeschäden darstellen.

83 Qualifiziert das Schiedsgericht die Kosten dennoch als Mangelfolgeschäden, müssten für einen Schadenersatzanspruch der Klägerin nach Art. 368 Abs. 2 OR sowohl eine genügende und rechtzeitige Mängelrüge als auch ein Verschulden derselben vorliegen (HUGUENIN, Rz. 3178). Der Unternehmer kann sich exkulpieren, wenn er beweist, dass der Mangel bloss durch Selbstverschulden des Bestellers i.S.v. Art. 369 OR verursacht wurde (GAUCH, Rz. 1891).

84 Wie unter Rz. 45 ff. ausgeführt, wurde keine rechtswirksame Mängelrüge erhoben. Zudem hat die Beklagte unter Rz. 66 ff. nachgewiesen, dass der Mangel an den Zentralgetrieben allein auf das Selbstverschulden der Klägerin zurückzuführen ist. Damit hat die Klägerin keinen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens nach Art 368 Abs. 2 OR.

IV. Kein klägerischer Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR

85 Wie in Rz. 25 erwähnt, qualifiziert die Klägerin im Gegensatz zur Beklagten den technischen Service nicht als separaten Auftragsteil, sondern als vom Werkvertrag umfasste Leistung. Es besteht weder eine allgemeine Vertrags- noch eine auftragsrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung seitens der Beklagten, womit die Klägerin weder einen Anspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR hat noch aus Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR hätte.

86 Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin wie in Rz. 30 Klageschrift ausgeführt einen Schaden in Höhe von EUR 767'000.00 erlitten hat. Dieser ist jedoch nicht auf eine Vertragsverletzung der Beklagten zurückzuführen.

87 Die Klägerin macht in Rz. 27 ff. Klageschrift geltend, dass das Servicepersonal und der Projektleiter der Beklagten sowohl dem Kalttestlauf, dem Endtestlauf als auch in der Inbetriebnahmephase während mehrerer Wochen schuldhaft fernblieben, was nach Ansicht der Klägerin eine Verletzung von Art. 12 Rahmenvertrag und von Bst. E. 3 Anhang I Einzelvertrag darstellt. Die Klägerin verkennt, dass weder Rahmenvertrag noch Einzelvertrag eine explizite Anwesenheitspflicht von Servicepersonal der Beklagten beim Kalt- oder Endtestlauf enthalten. In Bst. E. 5 Anhang I Einzelvertrag wird bloss die Möglichkeit der Teilnahme des Projektleiters der Beklagten am Kalttestlauf vorgesehen. Diese Teilnahme wurde der Beklagten jedoch verunmöglicht. Herr Fallet kündigte im Schreiben vom 16.08.2010 (K-8) an, am 13.09.2010 nach Al Hofuf zurückzukehren. Dass dieser nur zwei Tage später anreiste, gab der Klägerin nicht das Recht, auf Drängen der MECC angesichts des bevorstehenden Besuchs des saudischen Prinzen den Kalttestlauf am 14.09.2010 ohne Rücksprache mit der Beklagten durchzuführen. Damit erfolgte der Kalttestlauf entgegen des expliziten Verbots (K-8), das Getriebe in Abwesenheit der Beklagten zu starten. Weiter wurde der Beklagten das Datum der Durchführung des Endtestlaufs bewusst nicht mitgeteilt (Ziff. 17 Einleitungsantwort).

88 Die Ausführungen der Klägerin in Rz. 27 ff. Klageschrift, dass das Servicepersonal der Beklagten in der Inbetriebnahmephase nicht anwesend war, treffen nur teilweise zu. Die Servicetechniker der Beklagten waren immer wieder vor Ort, um den aktuellen Stand der Inbetriebnahme zu prüfen und zu überwachen. Diese punktuelle Kontrolle war während dieser Phase der Inbetriebnahme sowohl aus ökonomischer wie auch aus fachlicher Sicht sinnvoll und entsprach entgegen der klägerischen Behauptung in Rz. 29 Klageschrift dem Bedarf der Klägerin gemäss Einzelvertrag Bst. E. 3.

89 Die Abreise von Herrn Fallet am 16.08.2010 war gerechtfertigt, da der Service der Beklagten vor Ort nur sporadisch in Anspruch genommen wurde (Ziff. 15 Einleitungsantwort). Aus Kosten- und Ressourcengründen war es sinnvoll, dass Herr Fallet Al Hofuf verlässt und erst zur Inspektion der zu erledigenden Arbeiten gemäss K-8 vor dem Kalttestlauf zurückkommen würde. Die Klägerin wurde darauf hingewiesen, dass Herr Fallet bei allfälligen Rückfragen jederzeit zur Verfügung stehe (K-8).

90 Die Beklagte bestreitet nicht, dass im Zeitpunkt von Herrn Fallets Abreise die geschuldeten 960 Arbeitsstunden durch die Beklagte noch nicht geleistet worden sind. Dies war vertraglich auch nicht vorgesehen, da diese Stunden die gesamte Montagearbeit abdecken. Der diesbezügliche Einwand der Klägerin in Rz. 29 Klageschrift ist somit unbeachtlich.

91 Da die Beklagte keine Vertragsverletzung begangen hat, schuldet sie der Klägerin keinen Schadenersatz aus Art. 97 Abs. 1 OR.

V. Kein klägerischer Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR

92 Die Beklagte bestreitet den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch in Höhe von EUR 767'000.00 aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR.

93 Wie die Klägerin in Rz. 20 Klageschrift richtig festhält, würde es sich in casu nicht um eine Leistungskondiktion handeln, da die Vermögensverschiebung auf das Verhalten eines Dritten zurückzuführen ist. In solchen Fällen können höchstens die Voraussetzungen einer Eingriffskondiktion vorliegen (SCHLUEP, S. 174; HUGUENIN, Rz. 1796). Wie nachfolgend gezeigt wird, sind die Voraussetzungen einer Eingriffskondiktion nicht erfüllt.

94 Bei einer Eingriffskondiktion entfällt das Erfordernis des Irrtums seitens des Entreicherten (BERGER, Rz. 2042, 2063 ff.). Dies verkennt die Klägerin, weshalb ihre Ausführungen über einen allfälligen Irrtum der MECC in Rz. 21 Klageschrift irrelevant sind.

1. Bereicherung der Beklagten und Entreichering der Klägerin

95 Die Beklagte bestreitet weder den Erhalt von EUR 444'225.00 für die Reparatur, noch die Nichtübernahme der Krankkosten in Höhe von EUR 322'775.00. Es trifft zu, dass sich die Ak-

tiven der Klägerin durch die Verrechnung der MECC im Betrag von EUR 767'000.00 mit offenen Rechnungen verminderten.

2. Rechtfertigung der Bereicherung

96 Der Bereicherungsanspruch setzt das Nichtvorhandensein eines objektiven Rechtfertigungsgrundes voraus (BERGER, Rz. 2042). Die Klägerin hat aufgrund von Art. 8 ZGB (vgl. Art. 24 (1) Swiss Rules) zu beweisen, dass die Ersparnisbereicherung ungerechtfertigt war (BGE 106 II 29, E. 2). Die Klägerin versäumte es in ihrer Klageschrift, einen diesbezüglich genügenden Beweis zu erbringen.

97 Die Zahlung der Reparaturkosten von EUR 444'225.00 durch die MECC an die Beklagte erfolgte in gerechtfertigter Weise. Der Leistungsgrund besteht im gültigen Reparaturvertrag zwischen der Beklagten und der MECC (vgl. Rz. 28 ff. Klageantwort). Die Nichtübernahme der Krankkosten stellt keine ungerechtfertigte Ersparnisbereicherung der Beklagten dar. Diese Kosten fielen in Zusammenhang mit dem Reparaturvertrag an und stellen somit Kosten dar, welche die Beklagte nicht übernehmen muss.

3. Fazit

98 Die Bereicherung der Beklagten beruht somit auf einem objektiven Rechtfertigungsgrund, womit die Klägerin keinen Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte hat.

C Kein klägerischer Anspruch auf Bezahlung der Vertragsstrafe

99 In Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 Rahmenvertrag haben die Parteien wirksam eine Konventionalstrafe in Höhe von maximal 3% des Gesamtvertragspreises, was EUR 108'000.00 entspricht, vereinbart. Diese ist dann geschuldet, wenn die Beklagte bei Vorliegen eines Gewährleistungsfalles die dreiwöchige Reparaturfrist nicht einhält und kein Fall höherer Gewalt vorliegt (Art. 17.3 i.V.m. Art. 14.2 Rahmenvertrag). Die Klägerin stellt in Rz. 51 f. Klageschrift richtig fest, dass eine allfällige Vertragsstrafe unabhängig vom Verschulden am Bedingungsseintritt geschuldet wäre. Die Beklagte bestreitet das Bestehen eines klägerischen Anspruchs auf Entrichtung einer Vertragsstrafe. Diese Auffassung der Beklagten ist entgegen den unbegründeten Ausführungen der Klägerin in Rz. 58 Klageschrift weder treuwidrig noch widersprüchlich. Nachfolgend wird begründet, weshalb die Reparaturfrist von Art. 17.3 Rahmenvertrag nicht einschlägig ist (Rz. 100 f. Klageantwort), der Ersatz von Getriebeteilen nicht unter den Reparaturbegriff von Art. 17.3 Rahmenvertrag fällt (Rz. 102 f. Klageantwort) und warum eine allfällige Konventionalstrafe ausgeschlossen (Rz. 104 Klageantwort) und verwirkt (Rz. 105 f. Klageantwort) ist.

I. Keine Anwendbarkeit von Art. 17.3 Rahmenvertrag

100 Die Beklagte hat mit der MECC einen separaten Reparaturvertrag geschlossen (vgl. Rz. 28 ff. Klageantwort). Entgegen der Behauptung der Klägerin in Rz. 48 Klageschrift ist sie nicht Vertragspartei dieses Reparaturvertrags. Die rahmenvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe erstreckt sich nicht auf Reparaturen, die ausserhalb des Rahmenvertrags geleistet werden. Deshalb bindet die dreiwöchige Reparaturfrist von Art. 17.3 Rahmenvertrag die Beklagte im Rahmen ihrer Reparatur gegenüber der MECC nicht.

101 Ausserdem ist die dreiwöchige Frist nur auf Reparaturen anwendbar, welche die von der Beklagten zu vertretenden Mängel während der Garantiezeit beheben sollen. Wie oben dargelegt, hat die Beklagte den Mangel am Zentralgetriebe II nicht zu vertreten, da sie ein mängelfreies Werk geliefert hat (Rz. 36 ff. Klageantwort) und die entstandenen Schäden ausschliesslich auf das Verhalten der Klägerin zurückzuführen sind (Rz. 66 ff. Klageantwort). In solchen Fällen, in welchen gemäss Art. 17.4 Rahmenvertrag die Klägerin die Kosten für die von der Beklagten auszuführende Reparatur übernimmt, ist die dreiwöchige Reparaturfrist nicht einschlägig. Da die Bedingung der Nichteinhaltung der dreiwöchigen Reparaturfrist gar nie verfallen kann, sind die klägerischen Ausführungen in Rz. 49 f. Klageschrift unbeachtlich.

II. Der Ersatz von Getriebeteilen fällt nicht unter den Reparaturbegriff von Art. 17.3 Rahmenvertrag

102 Sollte das Schiedsgericht die dreiwöchige Frist von Art. 17.3 Rahmenvertrag gleichwohl als anwendbar erachten, bringt die Beklagte vor, dass der vollständige Ersatz und die Neulieferung von Getriebeteilen nicht vom Begriff der Reparatur oder Materialauswechslung i.S.v. Art. 17.3 Rahmenvertrag erfasst sind und damit nicht innert drei Wochen zu erfolgen haben. Die Klägerin macht keine diesbezüglichen Ausführungen.

103 Der Reparaturbegriff gemäss Art. 17.3 Rahmenvertrag ist eng auszulegen. Dieser umfasst lediglich Reparaturarbeiten vor Ort sowie die Auswechslung einzelner Materialien, nicht jedoch die nahezu komplette Neuherstellung der Zentralgetriebe. Hätte der Wille der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Ersatzlieferungen dieses Umfangs eingeschlossen, hätte die Beklagte einer dreiwöchigen Frist nie zugestimmt, da ihr als führender Herstellerin von Getrieben von vornherein klar war, dass eine so kurz bemessene Frist unmöglich einzuhalten wäre. Dies insbesondere deshalb, weil die zu ersetzenden Getriebeteile wie z.B. die Planetengetriebe (vgl. K-14) von externen Lieferanten neu hergestellt und geliefert werden müssen. Die von der Beklagten gegenüber der MECC erbrachten Reparaturarbeiten fallen somit nicht unter den Reparaturbegriff von Art. 17.3 Rahmenvertrag.

III. Ausschluss einer allfälligen Vertragsstrafe durch Art. 14.5 Rahmenvertrag

104 Die Beklagte ist von ihrer Haftung für Verzug befreit, wenn dieser keine Kosten, Ausgaben oder Schäden für die Klägerin verursacht hat. Artikel 14.5 Rahmenvertrag findet auch auf die Vertragsstrafe Anwendung, da Art. 17.3 Rahmenvertrag auf Art. 14 Rahmenvertrag insgesamt verweist. Entgegen der Ausführungen der Klägerin in Rz. 53 Klageschrift liegt ein Fall von Art. 14.5 Rahmenvertrag vor, denn der Verzug der Beklagten war für allfällige Kosten, Ausgaben oder Schäden der Klägerin nicht kausal. Letztere versäumt es in Rz. 53 Klageschrift, solche Ausgaben hinreichend zu beziffern und die Kausalität zu beweisen. Deshalb ist eine Vertragsstrafe gemäss Art. 14.5 Rahmenvertrag ausgeschlossen.

IV. Eventualiter: Verwirkung einer allfälligen Konventionalstrafe durch vorbehaltlose Annahme der Reparatur gemäss Art. 160 Abs. 2 OR

105 Für den Fall, dass das Schiedsgericht die dreiwöchige Reparaturfrist als einschlägig erachtet, hat die Klägerin den Anspruch auf Bezahlung der Vertragsstrafe verwirkt, indem sie die Reparatur i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR vorbehaltlos angenommen hat. Eine vorbehaltlose Annahme bewirkt den Untergang des Anspruchs auf die Konventionalstrafe (BGE 97 II 350, E. 2a).

106 Wenn die MECC mit ihrem Schreiben vom 08.07.2011 (K-10) den der Klägerin aus dem Rahmenvertrag zustehenden Reparaturanspruch geltend machen können soll, muss sie entgegen der Auffassung der Klägerin in Rz. 54 f. Klageschrift auch befugt sein, die Reparaturleistung mit genehmigender Wirkung für die Klägerin anzunehmen. Die MECC hat nach knapp sieben Monaten die Reparaturleistung ohne Hinweis auf die abgelaufene Reparaturfrist anstelle der Klägerin vorbehaltlos angenommen. Ein allfälliger klägerischer Anspruch auf die Vertragsstrafe ist damit verwirkt.

V. Fazit

107 Die Beklagte hat aus den oben genannten Gründen keine Vertragsstrafe zu entrichten.

D Gesamtfazit

108 Da der Klägerin weder ein Anspruch auf Übernahme der Reparaturkosten noch auf Bezahlung der Vertragsstrafe zusteht, ist die Klage vom Schiedsgericht, soweit es sich für zuständig erklärt, abzuweisen.

Namens und im Auftrag der Beklagten

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 6