

Moot Court Team 8  
Robin Ernst  
Annina Lippuner  
Richard Meyer  
Tim Segessemann

**EINSCHREIBEN**

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

18. April 2014

**Klageantwort**

**Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013**

In Sachen

**Cementra Design AG**

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 3

**Klägerin**

gegen

**Feller Gear AG**

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 8

**Beklagte**

Sehr geehrte Frau Präsidentin Y.,  
sehr geehrter Herr Schiedsrichter X.,  
sehr geehrter Herr Schiedsrichter B.,

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.....	IV
Entscheidungsverzeichnis .....	VIII
<b>I. Prozessuales: Materielle Gültigkeit der Schiedsabrede.....</b>	<b>1</b>
1. Übernahme.....	1
2. Ungewöhnlichkeitsregel.....	2
3. Vorrang der Individualabrede.....	3
4. Zwischenfazit .....	3
<b>II. Materielles .....</b>	<b>3</b>
1. Haftung aus Werkvertrag .....	3
a) Vertragsqualifikation.....	3
b) Vorliegen eines Mangels .....	5
c) Art. 17.3 i.V.m. 17.4 RV e contrario .....	7
d) Kausalität.....	8
e) Prüf- und Rügeobliegenheit.....	9
f) Minderung des Werklohnes.....	11
g) Nachbesserung.....	12
h) Anspruch aus Vertragsverletzung aus Art. 97 OR .....	12
i) Haftungsfreizeichnung .....	12
j) Verjährung.....	13
k) Zwischenfazit .....	14
2. Haftung aus Auftrag .....	14
a) Verletzung der Sorgfaltspflicht .....	14
b) Kausalität.....	15
c) Treuepflichtverletzung .....	15
d) Kausalität.....	16
e) Zwischenfazit .....	16
3. Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung .....	16
4. Vertragsstrafe.....	16
a) Eintreten der Bedingung.....	17
b) Verschulden.....	18
c) Weitere Voraussetzungen.....	19
d) Zwischenfazit .....	20
<b>III. Gesamtfazit .....</b>	<b>20</b>

## Literaturverzeichnis

- BERGER  
Rz. [83]
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008
- BERGER/KELLERHALS  
Rz. [8, 14]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006
- BK OR-BEARBEITERIN  
Rz. [7]
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986
- BSK OR-BEARBEITERIN  
Rz. [22, 41, 54, 63, 83]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011
- BÜHLER-REIMANN  
Rz. [12]
- BÜHLER-REIMANN THEODOR, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Allgemeine Geschäftsbedingungen. Spezifische Branchenbedingungen in der Maschinenindustrie, in: GIGER HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band V, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 199 ff.
- BUSER-GORA  
Rz. [10]
- BUSER-GORA JUSTINA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Universität Zürich, Zürich 2012
- CHK OR-BEARBEITERIN  
Rz. [83]
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012

CHK OR-BEARBEITERIN  
Rz. [35, 48]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319-529), 2. Auflage, Zürich 2012

CHK OR-BEARBEITERIN  
Rz. [17]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER, DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184-318), 2. Auflage, Zürich 2012

FORSTMOSER  
Rz. [7]

FORSTMOSER PETER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und deutschen Recht, in: MERZ HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum Geburtstag von Max Krummer, Bern 1980, S. 99 ff.

FORSTMOSER, Gesetzgebung  
Rz. [10]

FORSTMOSER PETER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: GIGER HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band V, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 23 ff.

GAUCH  
Rz. [20, 27, 35, 48, 52, 90]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011

GAUCH, recht  
Rz. [54]

GAUCH PETER, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2012, S. 124 ff.

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER Rz. [86]	GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008
GIGER Rz. [10]	GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: GIGER HANS/SCHLUEP WAL- TER R. (Hrsg.), Schriftenreihe zum Konsumentenschutz, Band XII, Zürich 1983
HONSELL Rz. [19]	HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, Bern 2010
HUGUENIN Rz. [2, 4, 19, 71, 73, 83]	HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, Zürich 2012
KOLLER Rz. [83]	KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, All- gemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Bern 2009
KOLLER, Nachbesserungsrecht Rz. [49]	KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkver- trag, 2. Auflage, Zürich 1995
PEDRAZZINI Rz. [41]	PEDRAZZINI FRANCO, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, Diss. Universität Fri- bourg, Fribourg 1992
PERRIG Rz. [6]	PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Universität Basel, Basel 2011
POUDRET/BESSON Rz. [14]	POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SEBASTIEN, Compara- tive Law of International Arbitration, 2. Auflage, London 2007

SCHMITT/ULMER Rz. [10]	SCHMITT CHRISTOPH/ULMER DETLEF, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für Unternehmen: Chancen und Risiken, Berlin/Heidelberg 2010
SCHWENZER Rz. [13]	SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012
SG KOMM-BEARBEITERIN Rz. [8]	EHRENZELLER VON BERNHARD (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich 2008
SIEGENTHALER Rz. [26, 29, 46, 50]	SIEGENTHALER THOMAS, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen nach schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller (VSM), Diss. Universität Fribourg, Zürich 2000
VON THUR/ESCHER Rz. [83]	VON THUR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974
YUNG Rz. [7]	YUNG WALTER, Les éléments objectifs dans les contrats civil et commerciaux, in: Etudes et articles, Genf 1971, S. 228 ff.
ZK OR-BEARBEITERIN Rz. [10]	SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR und Art. 1-17 OR, 3. Auflage, Zürich 1973
ZK OR-BÜHLER Rz. [49]	BÜHLER THEODOR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998

## Entscheidverzeichnis

BGE 135 III 225 Rz. [10]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. Januar 2009
BGE 132 III 359 Rz. [63]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005
BGE 129 III 738 Rz. [8]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. August 2003
BGE 127 III 424 Rz. [72]	Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Juni 2001
BGE 125 III 263 Rz. [13]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. April 1999
BGE 119 II 443 Rz. [10]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. August 1993
BGE 109 II 452 Rz. [10]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Dezember 1983
BGE 107 II 175 Rz. [45]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Mai 1981
BGE 100 II 200 Rz. [6]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Juli 1974
BGE 100 II 30 Rz. [51]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Januar 1974
BGE 99 II 313 Rz. [16]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 30. Oktober 1973

BGE 97 II 350 Rz. [73]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. Oktober 1971
BGE 93 I 323 Rz. [6]	Urteil der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. März 1967
BGE 88 II 195 Rz. [86]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. Juni 1962
BGE 77 II 154 Rz. [7]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Februar 1951
BGer 4A_385/2013 Rz. [35]	Urteil der I. zivilrechtliche Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Februar 2014
BGer 6B_183/2010 Rz. [35]	Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. April 2010
BGer 4A_460/2009 Rz. [22]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 4. Dezember 2009
BGer 4A_428/2007 Rz. [22]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 2. Dezember 2008
BGer 4A_51/2007 Rz. [41]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. September 2007
BGer 4C.130/2006 Rz. [22, 45]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Mai 2007
BGer 4C.25/2004 Rz. [77]	Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. September 2004

BGer 4C.82/2004  
Rz. [43]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
Bundesgerichts vom 3. Mai 2004

BGer 4C.282/2003  
Rz. [6]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
Bundesgerichts vom 15. Dezember 2003

## I. Prozessuales: Materielle Gültigkeit der Schiedsabrede

- 1 Im Folgenden wird dargelegt, wieso das Münchner Schiedsgericht entgegen der Behauptung der Klägerin (Klageschrift [KS] 3, Rz. 17) zuständig ist. Da die formelle Gültigkeit der Schiedsabrede durch die Klägerin nicht bestritten wurde, wird hier lediglich auf die materielle Gültigkeit eingegangen.
- 2 Die umstrittene Schiedsvereinbarung ist Teil von vorformulierten Geschäftsbedingungen, welche Inhalt des Einzelvertrages (EV) darstellen. Auf solche Vereinbarungen sind gem. schweizerischem Recht die Grundsätze über die Einbeziehung von AGB anzuwenden (HUGUENIN, N 613 ff.).
- 3 In den nachfolgenden Ausführungen ist zu bedenken, dass die strittige Willenserklärung (Bestellschein, K-2) ihren Ursprung bei der Klägerin hat. Auf den Inhalt dieser Willenserklärung muss sie sich grundsätzlich behaften lassen.

### 1. Übernahme

- 4 Wenn ein Vertrag mit einer Verweisung auf AGB unterzeichnet wird, ohne dass von den AGB Kenntnis genommen wird, liegt eine sog. Globalübernahme vor (HUGUENIN, N 618). Da eine Kenntnisnahme der AGB nicht nachgewiesen werden kann, ist vorliegend von einer Globalübernahme auszugehen.
- 5 Das Argument, die Einführung einer Schiedsklausel durch Globalübernahme sei restriktiv auszulegen (KS 3, Rz. 13), bezieht sich auf die *erstmalige* Einführung einer Schiedsklausel und den damit verbundenen Verlust des staatlichen Richters (vgl. BGE 93 I 323, E. 5a). Vorliegend wurde jedoch schon im Rahmenvertrag (RV, K-1) eine Schiedsklausel eingeführt; der staatliche Richter wurde daher schon abbedungen. Zudem ist die globale Übernahme von Schiedsklauseln in analoger Anwendung der Regeln zu den Gerichtsstandsklauseln sehr wohl möglich (BGer 4C.282/2003, E. 3.1). Die AGB wurden somit auf gültig in den Einzelvertrag einbezogen.
- 6 Für die rechtswirksame globale Übernahme muss der Verwender der AGB dem global zustimmenden Vertragspartner die Möglichkeit geben, von deren Inhalt vor bzw. spätestens bei Vertragsschluss in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen (BGE 100 II 200 E. 5d; PERRIG, S. 296). Da der Klägerin auf entsprechende Anfrage hin die AGB ausgehändigt (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 7) und am 17.11.08 per E-Mail zugestellt wurden (B-3), hatte sie diese Möglichkeit.
- 7 Angenommen, die Klägerin habe die AGB zum ersten Mal am 17.11.08 erhalten, stellt sich die Frage, wieso sie diese nicht ablehnte. Unter Kaufleuten ist es selbstverständlich, dass AGB, auf welche Bezug genommen wird, Vertragsinhalt werden (BGE 77 II 154, E. 4; BK Klageantwort

OR-KRAMER, Art. 1 N 197 ff.; FORSTMOSER, S. 110; YUNG, S. 243). So wäre es zu einer stillschweigenden Annahme und damit einer nachträglichen Vertragsänderung gekommen.

- 8 Indem die Klägerin mit Art. 30 Abs. 2 BV argumentiert (KS 3, Rz. 13), vergisst sie, dass die dort verankerte Garantie des Wohnsitzrichterstands nur Wirkung entfaltet, soweit das Gesetz keinen anderen Gerichtsstand vorgesehen hat (BGE 129 III 738, E. 3.3; SG Komm-HOTZ, Art. 30 N 18; BERGER/KELLERHALS, § 5 N 443). Für die vorliegende internationale Streitigkeit ist die örtliche Zuständigkeit durch das IPRG bestimmt, wie die Klägerin in Rz. 5 selbst ausführt. Daher findet Art. 30 Abs. 2 BV keine Anwendung.
- 9 Schliesslich sind die Geltungsvoraussetzungen der AGB ausschliesslich in Ziff. 1.1 umschrieben. Bei Ziff. 1.2 handelt es sich entgegen der Behauptung der Klägerin (KS 3, Rz. 12) nicht um eine Geltungsvoraussetzung. Dies ist schon aus dem Wortlaut ersichtlich. Es soll lediglich sichergestellt werden, dass die Vertragspartnerin vom Inhalt der AGB Kenntnis erlangen kann. Auch der Hinweis, dass die AGB nach Ziff. 1.4 schriftlich anerkannt werden müssen (KS 3, Rz. 13) ist unerheblich. Da die Klägerin den auf die AGB verweisenden Bestellschein unterzeichnete, liegt eine schriftliche Anerkennung vor.

## **2. Ungewöhnlichkeitsregel**

- 10 Die in KS 3, Rz. 13 angesprochene Ungewöhnlichkeitsregel findet vorliegend keine Anwendung. Nur eine schwache, geschäftsunerfahrene Partei, welche bei Verweigerung der AGB keinen Vertragspartner finden würde, kann sich darauf berufen (BGE 109 II 452, E. 5a; BUSER-GORA, S. 159). Darüber hinaus müsste die Klausel subjektiv und objektiv ungewöhnlich sein. Subjektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, wenn aus Sicht der zustimmenden Partei nicht mit ihr gerechnet werden musste und sie vom Verwender nicht gesondert auf deren Vorhandensein aufmerksam gemacht wurde, soweit dies für die Gegenpartei erkennbar war. (BGE 109 II 452, E. 5a; GIGER, S. 35; FORSTMOSER, Gesetzgebung, S. 40). Objektiv ungewöhnlich ist die Klausel hingegen, wenn sie einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, d.h. „zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen“ (BGE 135 III 225, E. 1.3; 119 II 443, E. 1a; ZK OR-JÄGGI, Art. 1 N 499; vgl. dazu die deutsche Doktrin: SCHMITT/ULMER, S. 21).
- 11 Die Klägerin ist in der ganzen Welt geschäftlich tätig (RV, Präambel) und würde beliebig Vertragspartner finden. Sie ist also in wirtschaftlicher Hinsicht nicht als schwächere Partei zu betrachten. Daher würde sie auch einen anderen Vertragspartner finden. Die Ungewöhnlichkeitsregel findet daher keine Anwendung.
- 12 Schiedsklauseln in AGB sind im internationalen Geschäftsverkehr standardmässig (BÜHLER-REIMANN, S. 121). Die Behauptung der Klägerin, sie hätte mit einer solchen Bestimmung

nicht rechnen müssen, ist daher nicht nachvollziehbar. Gleichsam war diese Vorstellung der Klägerin nicht erkennbar für die Beklagte, zumal ja schon im RV auf den staatlichen Richter verzichtet worden war. In objektiver Hinsicht ist die vorliegende Klausel ebenfalls nicht ungewöhnlich – sie war ja gerade typisch für ein Geschäft dieser Art.

### **3. Vorrang der Individualabrede**

- 13 Die Klägerin erkennt richtig, dass individuelle Abreden vorformulierten Klauseln aus AGB vorgehen (KS 3, Rz. 14; BGE 125 III 263, E. 4b aa). Der Vorrang der Individualabrede stützt sich auf das Verbot des venire contra factum proprium (SCHWENZER, N 45.09). Dieses wird nicht verletzt, wenn eine frühere Schiedsabrede durch eine neuere ersetzt wird. Für eine Verletzung (und damit Vorrang der Individualabrede) müsste sich die abweichende Abrede im EV finden. Eine Abrede im RV stellt somit keine abweichende Individualabrede gem. Rechtsprechung dar.
- 14 Weiter legt die Klägerin in Rz. 16 dar, der EV konkretisiere die zu erbringenden Leistungen, während die allgemeinen Regeln im Rahmvertrag geregelt seien. Dem ist zuzustimmen. Die Klägerin verkennt jedoch, dass die Schiedsklausel in den AGB eine Konkretisierung der Rechte und Pflichten ist, da sie nur für den konkreten EV gilt und daher nicht in den RV gehört. Zudem ist zu beachten, dass bei einer Mehrzahl von Schiedsklauseln die jüngere Vereinbarung die ältere aufhebt (BERGER/KELLERHALS, § 5 N 476). Dies gilt auch für Schiedsklauseln in einem EV, wenn schon ein älterer RV existiert (POUDRET/BESSON, N 313). Daher geht die neuere Schiedsklausel in den zuletzt übermittelten AGB der älteren im RV vor.

### **4. Zwischenfazit**

- 15 Da die AGB gültig in den Vertrag einbezogen wurden und nicht aufgrund abweichender Individualabrede oder Ungewöhnlichkeit ihre Wirkung verlieren, ist die Schiedsklausel, auf welche sich die Klägerin beruft, hinfällig und das Schiedsgericht unzuständig. Auf die Klage ist deshalb antragsgemäss nicht einzutreten.

## **II. Materielles**

### **1. Haftung aus Werkvertrag**

#### *a) Vertragsqualifikation*

- 16 Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses ist eine Rechtsfrage, die dem Willen der Parteien entzogen ist (BGE 99 II 313, S. 313 f.). Wie zu zeigen sein wird, handelt es sich beim vorliegenden Vertrag nicht um einen Kauf einer künftigen Sache verbunden mit einem Werklieferungsvertrag (KS 3, Rz. 20 und 22). Stattdessen stellt der Vertrag über die Lieferung der bei-

den Zentralgetriebe einen gemischten Vertrag dar, mit Elementen des Werklieferungsvertrags und des Auftrags.

- 17 Durch den Werklieferungsvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines körperlichen oder unkörperlichen Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 363 OR). Demnach ist ein Erfolg geschuldet und der Besteller hat gegen den Unternehmer einen Anspruch auf Herstellung des Werkes. Die Abgrenzung zum Kauf einer zukünftigen Sache erfolgt über das Kriterium der Herstellungspflicht. Beim Kauf einer zukünftigen Sache steht die Besitzes- und Eigentumsverschaffungspflicht im Vordergrund, während beim Werklieferungsvertrag die Herstellungspflicht mit entsprechenden Weisungs- und Kontrollrechten im Vordergrund stehen (CHK OR-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184 N 58). Wird die bestellte Ware gem. den Spezifikationen des Bestellers hergestellt, liegt ein Werkvertrag vor, wohingegen Gegenstand eines Kaufes ein serienmässig hergestellter Gegenstand ist, der für einen anonymen Markt bestimmt ist (CHK OR-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184 N 58).
- 18 Die Beklagte verpflichtete sich zwar zur Lieferung zweier Zentralgetriebe, die mit „Typ“ bezeichnet wurden. Allein daraus kann jedoch, wie die Klägerin fälschlicherweise behauptet, nicht abgeleitet werden, dass es sich um eine serienmässig hergestellte Antriebseinheit handelt (KS 3, Rz. 21). Zwar wurden im Einzelnen serienmässig hergestellte Teile verwendet, jedoch wurden die Wünsche der Klägerin berücksichtigt und Anpassungen vorgenommen. Dabei handelte es sich nicht nur um nebensächliche Anpassungen, vielmehr wurde das Antriebssystem von Grund auf gem. den Anordnungen der Klägerin entworfen. Dies widerspiegelt sich in der mehrere Monate dauernden Grob- und Detailplanung (s. K-4). Die Dauer dieser Planungsphase zeigt, dass die Antriebssysteme keine serienmässig hergestellten Standardmodelle sind, sondern eigens für die Klägerin hergestellt wurden. Folglich stellen Herstellung und Lieferung der Zentralgetriebe eine werkvertragliche Leistungspflicht dar, und zwar eine einheitliche. Die von der Klägerin vorgenommene Spaltung der Rechtsfolgen, ausgehend von den einzelnen Bauteilen der Zentralgetriebe, missachtet, dass die Herstellung des Zentralgetriebes als Ganzes qualifiziert werden muss. Ansonsten gäbe es keine rein werkvertraglichen Leistungspflichten mehr, da jede werkvertragliche Leistung in gewissem Umfang mit vorgefertigten Teilen erbracht werden muss.
- 19 Durch den Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte, Dienstleistungen im Interesse des Auftraggebers zu besorgen (Art. 394 OR). Im Unterschied zum Werkvertrag ist kein Erfolg geschuldet, sondern sorgfältiges Tätigwerden im Hinblick auf einen Erfolg im Interesse des Beauftragten (HONSELL, S. 315). Kann das Arbeitsergebnis nicht nach objektiven Kriterien gemessen werden, liegt ein Auftrag vor (HUGUENIN, N 3133).

- 20 Die Beklagte hat sich gem. Leistungsschein (K-4) dazu verpflichtet, die Montage und Inbetriebnahme der Antriebssysteme in Ain Dar zu überwachen. Dies ist keine werkvertragliche Leistung, da nur sorgfältiges Tätigwerden versprochen werden kann; die reine Montageüberwachung ist als auftragsrechtliche Leistungspflicht anzusehen (GAUCH, N 134).
- 21 Zusammengefasst liegt hinsichtlich der Lieferung der beiden Zentralgetriebe eine werkvertragliche Leistungspflicht vor, betreffend Aufsichtstätigkeit vor Ort eine auftragsrechtliche. Es handelt sich daher um einen gemischten Vertrag mit werkvertrags- und auftragsrechtlichen Elementen.

*b) Vorliegen eines Mangels*

- 22 Bezüglich des Mangelbegriffs spielt es keine Rolle, ob man von Werk- oder Kaufvertrag ausgeht, da die jeweiligen Mängelbegriffe deckungsgleich sind (BGer 4C.130/2006, E. 7.3). Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk nicht diejenigen Eigenschaften aufweist, die ausdrücklich oder stillschweigend im Vertrag vereinbart wurden oder die nach Treu und Glauben erwartet werden dürfen (BGer 4A\_428/2007, E. 3.1.). Ein Werkmangel ist folglich ein Abweichen von der vertraglich oder nach Treu und Glauben vorausgesetzten Soll-Beschaffenheit des Werkes (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 9). Welche Eigenschaften die Parteien vereinbart haben, ergibt sich durch Auslegung des Vertrags. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, ist der Zeitpunkt der Ablieferung (BGer 4A\_460/2009, E. 3.1.1.). Nachfolgend wird dargelegt, dass kein solcher Mangel vorliegt.
- 23 Zunächst ist festzuhalten, dass das Ölrücklaufsrohr entgegen der Behauptung der Beklagten (KS 3, Rz. 24) nicht an der falschen Stelle montiert wurde. Dies wird aus den Plänen in K-4 ersichtlich, die aufzeigen, dass das Ölrücklaufsrohr unterhalb des Getriebes verlaufen sollte, wo es in die Ölpumpe mündet. Die Klägerin liegt somit falsch mit der Annahme, die Beklagte habe das Getriebe falsch zusammengebaut. Die Positionierung des Rücklaufsrohrs am unteren Ende der Anlage wurde von der Beklagten so geplant und das System entsprechend den Plänen eingebaut. In dieser Ausführung war das Öleinspritzsystem auch voll funktionstauglich, da es mit Hilfe einer Druckpumpe Öl in alle Teile des Getriebes verteilte. Es bleibt unklar, wie eine Positionierung des Rücklaufrohrs am oberen Ende des Getriebes, wie es die Klägerin vorschlägt, überhaupt eine genügend Schmierung sicherstellen sollte. Bei einer solchen Konstruktion könnte nämlich gar kein Ölkreislauf zustande kommen, da das Abfließen des hineingepumpten Öls ein Rücklaufsrohr voraussetzt, welches am unteren Ende des Getriebes angebracht ist.
- 24 Des Weiteren gibt die Klägerin an, das Antriebssystem sei mangelhaft, da es nicht von Anfang an mit dem Upgrade, d.h. dem modifizierten Öleinspritzsystem ausgestattet wurde.

Sie sieht darin ein Abweichen vom Stand der Technik und fehlende Gebrauchstauglichkeit für den Einsatzort Saudi Arabien (KS 3, Rz. 24).

- 25 Das Antriebssystem war auch ohne das Upgrade für den vorausgesetzten Gebrauch in Saudi Arabien tauglich und entsprach den vertraglich vereinbarten Eigenschaften. Gem. Leistungsschein (K-4; Anhang I/B./1./3. Lemma) sollten die beiden Zentralgetriebe mittels eines Ölsystems mit einer Pumpe betrieben werden. Genau mit solch einem Ölversorgungssystem wurden die Zentralgetriebe auch geliefert, weshalb keine Abweichung von den vertraglich vereinbarten Eigenschaften vorliegt.
- 26 Das Ölversorgungssystem entsprach nicht nur den vertraglich vereinbarten Spezifikationen, sondern bot aufgrund seiner Konstruktion auch Gewähr für eine einwandfreie Betriebsfähigkeit in Saudi Arabien. Zu beachten ist, dass auch ohne explizite vertragliche Vereinbarung bei komplexen technischen Anlagen eine einwandfreie Funktionsfähigkeit nur dann vom Besteller erwartet werden kann, wenn die Betriebsvorschriften eingehalten werden (SIEGENTHALER, Rz. 40). Die Betriebsanleitung weist eindeutig darauf hin, dass das Zentralgetriebe nur mit eingeschalteter Ölpumpe betrieben werden darf (Einleitungsantwort, Ziff. 19). Bei dieser Betriebsanweisung handelt es sich um eine leicht zu befolgende Anweisung, welche mit regelmässig mit mechanischen Anlagen verbunden sind und keine übermässigen Anforderungen an das Personal der Betreiberin stellt. Wenn es zu einem Stromausfall oder einem sonstigen Ausfall der Pumpe kommt, müsste die Beklagte bzw. die MECC entsprechend reagieren. Zum Lieferumfang gehörten gem. Anhang I des Leistungsscheins auch Kontrollinstrumente für das Ölversorgungssystem. Dies verkennt die Klägerin in ihrer KS offenbar, wenn sie behauptet, entsprechende Kontrollinstrumente hätten gefehlt (KS 3, Rz. 32). Wie es bei jeder Maschine üblich ist, (z.B. auch bei einem PKW-Motor), muss regelmässig der Ölstand kontrolliert werden. Diese Verantwortung kommt allein der Betreiberin zu. Dies anerkennt im Übrigen auch die Klägerin, wobei sie jedoch fälschlicherweise davon ausgeht, Kontrollinstrumente seien nicht vorhanden gewesen (KS 3, Rz. 32; s. die Erwähnung der Kontrollinstrumente: Leistungsschein, Anhang I/B./1./3. Lemma). Die Beklagte trägt für den Eintritt der Stromausfälle keine Verantwortung. Im Vertrag wurde auch nicht vereinbart, dass das Antriebssystem unabhängig von Stromausfällen und damit verbundenem Fehlverhalten des Personals betrieben werden kann. Jede komplexe Industriemaschine erfordert einen sorgfältigen Umgang und die genaue Befolgung der Bedienungsanleitung beim Betrieb. Weder aus dem Vertrag noch aus Treu und Glauben ergibt sich eine Pflicht der Beklagten, eine Maschine zu liefern, die unabhängig von jeglichem Fehlgebrauch betrieben werden kann. Die gelieferten Zentralgetriebe waren also für den vorausgesetzten Gebrauch in Saudi Arabien tauglich und die mangelhafte

Schmierung ist einzig auf die mangelhafte Überprüfung des Ölstandes seitens der MECC zurückzuführen (vgl. Rz. 39).

- 27 Im Gegensatz zur Bewertung der Mangelhaftigkeit ist der massgebende Zeitpunkt für die Einhaltung des Stands der Technik nicht die Ablieferung des Werkes, sondern der Zeitpunkt der Ausführung (GAUCH, N 1411, Fn. 82). Diese Abweichung rechtfertigt sich aus dem Gedanken heraus, dass es dem Werkhersteller aus Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, bereits vollbrachte und vertrags- bzw. regelkonform erstellte Arbeiten zu verwerfen (GAUCH, N 1411 Fn. 82)
- 28 Wie die Klägerin richtig ausführt, wurde das Upgrade erst im Winter 09/10 bei anderen Projekten eingebaut (Rz. 24). Die Ausführungen waren zu diesem Zeitpunkt bereits vollendet (vgl. K-4), weshalb das Upgrade noch nicht zum Stand der Technik gehörte. Es wäre stossend, der Beklagten rückwirkend anzulasten, dass sie nach Beendigung des Projekts technische Fortschritte machte. Das Upgrade konnte zudem sinnvollerweise erst eingebaut werden, nachdem es die Entwicklungs- und Testphase durchlaufen hatte. Diese Phase war noch nicht abgeschlossen, als das für die Klägerin hergestellte Antriebssystem die Betriebshallen der Beklagten verliess. Von der Beklagten kurz vor der Ablieferung zu verlangen, die regelkonformen Ausführungen zu modifizieren bzw. gar neu auszuführen würde dem Gebot von Treu und Glauben zuwiderlaufen. Das abgelieferte Werk entsprach somit dem Stand der Technik im Zeitpunkt der Ausführung.
- 29 Da vorliegend die werkvertraglichen Regeln zur Anwendung kommen, spielt der Übergang von Nutzen und Gefahr (KS 3, Rz. 25 f.) für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Werkes sowie die Kenntnis bezüglich des Mangels nach h.L. keine Rolle (SIEGENTHALER, N 28).
- 30 Abschliessend kann festgehalten werden, dass das gelieferte Werk sowohl den vertraglichen Anforderungen als auch dem Stand der Technik entsprach. Es lag somit kein Werkmangel vor.

*c) Art. 17.3 i.V.m. 17.4 RV e contrario*

- 31 Entgegen der Meinung der Klägerin (KS 3, Rz. 39), ist Art. 17.3 RV nach dessen klarem Wortlaut nur dann anwendbar, wenn die Beklagte den Mangel ausdrücklich anerkannt hat. Die Klägerin bestreitet auch nicht, dass die Beklagte keine Anerkennung des Mangels vorgenommen hat, sondern nur auf Grundlage eines entgeltlichen Reparaturvertrags bereit war, tätig zu werden (s. K-11). Vorliegend herrscht eine Lücke im Vertrag, da die Beklagte den Mangel nicht anerkannt hat. Diese Lücke ist mithilfe der dispositiven gesetzlichen Regeln über die Mängelhaftung zu schliessen (Art. 367 ff. OR). Art. 17.3 RV ist nicht anwendbar. Wie zu zeigen ist, würde auch die Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts der Klägerin nicht weiterhelfen.

- 32 Auch das weitere Argument, aus Art. 17.4 RV lasse sich *e contratio* ableiten, die Beklagte hafte für alle denkbaren Mängel, ausser sie beruhen auf unangemessener Lagerung oder Gebrauch (Rz. 39), greift nicht. Diesfalls würde die Beklagte auch für Mängel haften, für die sie nicht verantwortlich ist. Eine solche Kausalhaftung für jegliche Verschlechterung des Werkes wurde nicht vereinbart. Art. 17.1 RV hält genau fest, in welchen Fällen eine Gewährleistung besteht: für einwandfreie, vertragsgemässe Beschaffenheit. Haftung besteht also nur in Fällen, wo das Werk mangelhaft produziert wurde (dies entspricht dispositivem Gesetzesrecht). Somit besteht auch gestützt auf Art. 17.4 RV *e contrario* kein Anspruch gegen die Beklagte.
- 33 Im Übrigen hat die Beklagte den Mangel auch nicht im Sinne von Art. 17.5 RV anerkannt, indem sie erst 10 Tage nach der Benachrichtigung einen Servicetechniker nach Saudi Arabien schickte. Die Beklagte hat innert zwei Tagen (wohlgemerkt an einem Sonntag) auf die Anfrage der MECC reagiert (K-11). Dass der Techniker nicht in einer Woche einreisen konnte, hängt auch mit den Visabestimmungen Saudi Arabiens zusammen, welche zu einer mehrtägigen Bearbeitungsdauer führen (vgl. auch <http://www.visumexpress.de/laenderinfos/saudi-arabien.htm>), zuletzt besucht am 18.04.14, 04:00). Die Beklagte zeigte sich somit umgehend kooperativ und war sofort bereit, die Schadenursache zu klären und mit der Reparatur zu beginnen. Dieses Verhalten genügt, um die Fiktion der Mangelerkennung gem. Art. 17.5 RV zu verhindern.

*d) Kausalität*

- 34 Mit der Schadenersatzforderung für den Werkmangel, verkennt die Klägerin, dass der von ihr behauptete Mangel (fehlendes Upgrade) aus Kulanz bereits kostenfrei eingebaut wurde (vgl. K-14). Sofern sie darüber hinaus Schadenersatz fordert, macht sie sinngemäss einen sog. Sekundärmangel geltend. Die Klägerin bezeichnet dabei den Primärmangel als Konstruktionsfehler und den Sekundärmangel als Schaden (KS 3, Rz. 30 ff.)
- 35 Verursacht ein bestehender Mangel einen weiteren Mangel am Werk, wird von einem Sekundärmangel gesprochen (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 367 N 3). Der Primärmangel muss natürlich und adäquat kausal sein für den Sekundärmangel (GAUCH, N 1470). Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn eine Ursache nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere. Die adäquate Kausalität ist zu bejahen, wenn eine Schadensursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg wie den Eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen (BGer 6B\_183/2010, E. 3). Die adäquate Kausalität wird hingegen unterbrochen, wenn zu einer natürlich und adäquaten Ursache eine andere Ursache hinzutritt, welche die erstere als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheinen lässt. Eine solche unterbrechende Ursache ist z.B. ein grobes Selbstverschulden (BGer 4A\_385/2013, E. 5).

- 36 Gem. der Argumentation der Klägerin wäre das fehlende Upgrade als primärer, ursprünglicher Mangel anzusehen. Um Schadenersatz aus Werkmangel geltend machen zu können, hätte dieser angebliche Mangel die weiteren Schäden am Werk verursachen müssen. Gemäss Gutachten der Beklagten wären die Schäden auch eingetreten, wenn dieses Upgrade vorhanden gewesen wäre (Einleitungsantwort, Ziff. 25). Es fehlt somit entgegen der Behauptung der Klägerin (KS 3, Rz. 31) bereits am natürlichen Kausalzusammenhang.
- 37 Würde das Schiedsgericht entgegen dem Sachverhalt die natürliche Kausalität bejahen, wäre eine allfällige Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch grobes Drittverschulden zu prüfen.
- 38 Gem. Gutachten der Beklagten war die mangelhafte Ölschmierung Auslöser für die entstandenen Schäden. Entgegen der Auffassung der Klägerin (KS 3, Rz. 31), liegt die Verantwortung für die mangelhafte Ölschmierung jedoch nicht bei der Beklagten, sondern bei der MECC. Im folgenden wird aufgezeigt, dass der entstandene Schaden primär, wenn nicht gar ausschliesslich auf die mangelnde Sorgfalt der MECC beim Betrieb der Zentralgetriebe zurückzuführen.
- 39 Die MECC hat den Ölstand des Zentralgetriebes nicht überwacht, obwohl entgegen der Ansicht der Klägerin entsprechende Ölstandsmessinstrumente vorhanden waren (Anhang I Leistungsschein, Titel B, Ziff. 1, 3. Lemma). Indem die MECC trotz der mangelhaften Ölschmierung mit dem Betrieb der Zentralgetriebe unter Vollast und sogar mit zu hoher Geschwindigkeit fortfuhr, versties sie gegen die klaren Gebrauchsanweisungen (Einleitungsantwort, Ziff. 23). Dies verursachte schliesslich die Schäden an den Zentralgetrieben. Der Einwand der Klägerin, die Zentralgetriebe wären nicht mit zu hoher Geschwindigkeit betrieben worden (KS 3, Rz. 32), ignoriert, dass dem gem. Sachverhalt so war (s. Einleitungsantwort, Ziff. 22; vgl. Moot Court Rules, Rz. 3). Die max. zulässige Betriebsgeschwindigkeit wurde auch in der Bedienungsanleitung erwähnt, weshalb die MECC diesbezüglich genügend informiert war (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 10). Das Verhalten der MECC war entsprechend derart schädigend, dass eine allfällige von der Beklagten gesetzte Ursache rechtlich nicht mehr als beachtlich erscheinen würde. Es fehlt somit die adäquate Kausalität.
- 40 Weil der behauptete Werkmangel für den entstandenen Schaden nicht natürlich kausal war bzw. die adäquate Kausalität wegen groben Drittverschuldens unterbrochen ist, ist eine Haftung der Beklagten ausgeschlossen. Fraglich ist vielmehr, weshalb sich die Klägerin nicht an die eigentliche Verursacherin des Schadens, nämlich die MECC, hält.

*e) Prüf- und Rügeobliegenheit*

- 41 Nach Art. 367 Abs. 1 OR trifft den Besteller nach Ablieferung des Werkes und sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Obliegenheit, die Beschaffenheit des Werkes zu
- Klageantwort Team 8 9

überprüfen und allenfalls gegenüber dem Unternehmer Mängelrüge zu erheben. Die Art der Überprüfung ergibt sich aus der Art der Lieferung und der Übung (BGer 4A\_51/2007, E. 4.4). Mängel, die im Rahmen dieser ordnungsgemässen Prüfung erkennbar sind, werden als offene Mängel bezeichnet (PEDRAZZINI, N 324). Bei Lieferung von Maschinen ergeben sich bezüglich des Zeitpunkts der Prüfung Besonderheiten, da solche erst komplett überprüft werden können, wenn sie fertig montiert und installiert sind (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 4).

- 42 Das Vertragswerk zwischen Klägerin und Beklagter sieht vor, dass die Lieferung der Getriebe und die Montageaufsicht der Gesamtabnahme nach Abschluss des Inbetriebnahmezeitraums unterliegen. Dies wird zeigt die Festlegung eines Leistungstests verbunden mit der Auflage, ein gemeinsam unterzeichnetes Abnahmezertifikat zu unterschreiben. Gem. Vertrag soll die Unterzeichnung des Abnahmezertifikats auch die Wirkungen der Abnahme nach sich ziehen (Art. 13 RV). Daraus ergibt sich, dass der Leistungstest der massgebliche Zeitpunkt ist für die Prüfung der gelieferten Zentralgetriebe auf allfällige Mängel. In diesem Zeitpunkt war es der Klägerin auch effektiv möglich gewesen, die Funktionsfähigkeit der gelieferten Getriebe vollumfänglich überprüfen zu können, lagen doch in diesem Zeitpunkt bereits die Erfahrungen aus dem Kalttestlauf und dem mehrmonatigen Inbetriebnahmezeitraum vor.
- 43 Die Klägerin behauptet im Wesentlichen, dass die Zentralgetriebe an einen konzeptionellen Mangel litten, da die Ölversorgung nur mittels einer Pumpe sichergestellt wurde. Gem. der Darstellung der Klägerin wäre das Werk dann mangelfrei, wenn die Ölversorgung auch unabhängig vom Betrieb einer Pumpe, nur mittels Schwerkraft vonstatten ginge, namentlich indem ein Öltank auf das Getriebe gesetzt würde. Wie sich aus diesen Erläuterungen ergibt, handelt es sich beim angeblichen Mangel um technische Gegebenheiten, die beim vereinbarten Leistungstest ohne weiteres zu identifizieren gewesen wären. Die Klägerin hatte vor dem Leistungstest mehrere Monate mit den Zentralgetrieben gearbeitet und musste dabei jeweils auch die Ölpumpe bedienen. Sie war auch im Besitz der Bedienungsanleitung, aus der hervorgeht, dass die Zentralgetriebe nur mit eingeschalteter Ölpumpe betrieben werden können (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 10). Die Klägerin kann folglich nicht behaupten, sie hätte während oder bis zum Leistungstest hin nicht erkannt, dass die Ölschmierung nur mit eingeschalteter Ölpumpe funktioniert (KS 3, Rz. 55). Würde man die Mangelhaftigkeit des Werks bejahen, so läge daher, wenn überhaupt, ein offener Mangel vor. Gem. BGer zufolge ist bezüglich Anzeige der entdeckten Mängel eine siebentägige Rügefrist angemessen, wenn ein Zuwarten mit der Rüge zu einer Vergrösserung des Schadens führt (BGer 4C.82/2004, E. 2.3). Indem in dieser Frist keine Anzeige erfolgte, hat die Klägerin ihre Prüfungs- und Rügeobliegenheit verletzt. Sie kann den unterstellten Konzeptionsmangel somit nicht mehr geltend machen.

- 44 Abgesehen davon müsste die Klägerin gem. Ziff. 17.3 Satz 1 RV *selbst* gegenüber der Beklagten Mängelrüge erheben. Die Klägerin stützt sich jedoch für die Mängelrüge auf den Brief der MECC vom 08.07.2011 in Beilage K-10 (KS 3, Rz. 28), also auf eine Erklärung, die nicht von ihr selbst stammt. Entgegen der Ansicht der Klägerin (KS 3, Rz. 28), kommt es sehr wohl darauf an, wer Mängelrüge erhebt, da die MECC nicht Partei des Vertragswerks zwischen der Klägerin und der Beklagten ist. Aus dem Vertragswerk ergibt sich nicht, dass die MECC als Vertreterin der Klägerin oder dergleichen auftreten kann. Die Klägerin hat auch sonst nie angezeigt, dass die MECC ihre Rechte wahrnehmen darf. Daher liegt keine gültige Mängelrüge der Klägerin vor.
- 45 Inhaltlich muss eine Mängelrüge darlegen, in welchen Teilen das Werk als mangelhaft angesehen wird, dass die Lieferung deshalb nicht als vertragsgemäss akzeptiert wird und dass der Unternehmer daher haftbar gemacht wird (BGer 4C.130/2006, E. 4.2.1; BGE 107 II 175, E. 1a). Die „Mängelrüge“ der MECC bezeichnet zwar die mangelhafte Ölschmierung als Ursache des Betriebsunterbruchs (K-10), legt jedoch nicht dar, inwiefern die mangelhafte Ölversorgung auf einen Mangel des Zentralgetriebes zurückzuführen ist. Die MECC macht auch nicht geltend, dass sie die Lieferung vertragswidrig ansieht. Die angebliche Mängelrüge ist daher auch in inhaltlicher Hinsicht ungenügend substantiiert.

*f) Minderung des Werklohnes*

- 46 Die aus der Minderung entstehenden Ansprüche des Bestellers entstehen nur dann, wenn der Besteller gegenüber dem Unternehmer sein Wahlrecht ausgeübt hat. Das Wahlrecht der Minderung ist ein Gestaltungsrecht, ausgeübt mittels empfangsbedürftiger Willenserklärung (SIEGENTHALER, N 144). Die Erklärung des Minderungsrechts ist Voraussetzung für die Entstehung des Minderungsanspruchs. Die Klägerin übt diese Erklärung aber nicht aus in der KS. Sie verfügt also über keinen Minderungsanspruch.
- 47 Abgesehen davon ist unklar, inwiefern die Kosten für den Kran eine Minderung des Werts der gelieferten Zentralgetriebe darstellt (KS 3, Rz. 41). Die Krankosten stellen keinen Mangel des Werks dar, weshalb sich auch der Wert der Zentralgetriebe nicht verringert hat. Für die Krankosten kann somit keine Minderung des Werklohnes verlangt werden. Entgegen der Meinung der Klägerin (KS 3, Rz. 41) setzt die Geltendmachung von Schadensposten über den Minderungsbetrag hinaus (Mangelfolgeschaden) den Nachweis des Verschuldens der Beklagten voraus (Art. 368 Abs. 2 OR). Da die Klägerin der Beklagten kein Verschulden nachweisen kann, hat sie auch keinen Schadenersatzanspruch.

g) *Nachbesserung*

- 48 Entgegen der Meinung der Beklagten kann gestützt auf das Nachbesserungsrecht kein Schadenersatzanspruch hergeleitet werden. Das Nachbesserungsrecht setzt voraus, dass eine Nachbesserung des Werks objektiv möglich ist (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 368 N 9). Dies bedeutet, dass das Werk noch mangelhaft und verbesserungsfähig sein muss (GAUCH, N 719).
- 49 Die Klägerin hat ihre Rechte, wenn überhaupt, erst im Jahre 2012 geltend gemacht, nachdem die Zentralgetriebe bereits repariert waren. Eine Nachbesserung war daher objektiv gar nicht mehr möglich. Aus dem Nachbesserungsanspruch ergibt sich auch kein nachträglicher Wertersatzanspruch, sondern nur ein Anspruch auf Verbesserung des Werks (KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 116). Der Besteller soll nicht besser gestellt werden, als wenn zum vornherein ein mangelfreies Werk abgeliefert worden wäre (ZK OR-BÜHLER, Art. 368 N 139).
- 50 Angenommen, der Nachbesserungsanspruch sei an die MECC abgetreten worden und diese habe den Anspruch mit dem Brief vom 08.07.11 ausgeübt, so muss bedacht werden, dass die MECC kurz darauf mit der Beklagten einen Reparaturvertrag abschloss. Sie hätte damit eingestanden, selbst für den Mangel verantwortlich zu sein (was sie vermutlich auch ist), weshalb sie auch die Kosten für die Reparatur übernahm. Da die MECC in dieser Konstellation Inhaberin des Nachbesserungsanspruchs wäre, würde sie mit Abschluss des Reparaturvertrages auf dieses Recht gem. Art. 115 OR verzichten. Durch diesen Forderungsverzicht würden die Gewährleistungsansprüche aufgehoben. Somit stünden der Klägerin keine solchen mehr zu, da mit der Erklärung des Nachbesserungsanspruchs die anderen Mängelrechte untergehen würden (vgl. SIEGENTHALER, N 144). Der danach einzig verbleibende Nachbesserungsanspruch ginge qua Forderungsverzicht der MECC ebenfalls unter.

h) *Anspruch aus Vertragsverletzung aus Art. 97 OR*

- 51 Entgegen der Auffassung der Klägerin (KS 3, Rz. 42), können die Bestimmungen des allgemeinen Teils des OR über die Schlechterfüllung bei Werkmängeln nicht alternativ zur Anwendung kommen (BGE 100 II 30, E. 2). Abgesehen davon war das Upgrade, wie bereits dargelegt, zu diesem Zeitpunkt gar noch nicht ausgereift (vgl. Rz. 28). Diesbezüglich könnte der Beklagten somit jedenfalls kein Verschulden angelastet werden. Auch daher bestünde gestützt auf Art. 97 ff. OR kein Anspruch gegen die Beklagte.

i) *Haftungsfreizeichnung*

- 52 In der Folge wird erörtert, weshalb eine Haftung der Beklagten auszuschliessen ist. Dies ist der Fall aufgrund der Wegbedingung der Mängelhaftung im Vertragswerk. Eine solche „Frei-

zeichnung“ besteht in einer Vereinbarung, welche die Mängelhaftung des Unternehmers in bestimmten Fällen ausschliesst (GAUCH, N 2541).

53 Art. 17.9, 1. Lemma RV sieht vor, dass die Haftung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Weisungen der Auftragnehmerin bezüglich der Errichtung der Anlage missachtet wurden. Die Klägerin und die MECC hatten entgegen der Weisung von Herrn Fallet (K-8) bereits einen Kalttestlauf durchgeführt, bevor die Beklagte eine Inspektion der Montage durchführen konnte. Diese Tatsache schliesst eine Haftung der Beklagten aus.

*j) Verjährung*

54 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Sachgewährleistungsansprüche der Klägerin verjährt sind. Gemäss Art. 17.2 RV wurde zwischen den Parteien eine Modifikation der gesetzlichen Verjährungsfristen (Art. 371 OR) vereinbart. Auch der Zeitpunkt der Abnahme wurde vertraglich festgelegt (Art. 13 RV). Eine solche Modifikation ist grundsätzlich sowohl unter altem wie auch neuem Recht möglich, da es sich mehrheitlich um dispositives Recht handelt (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 371 N 40; GAUCH, recht, S. 134 f.).

55 Nach Art. 17.2 RV verjähren die Ansprüche aus Gewährleistung 36 Monate nach Ablieferung des Werks oder 12 Monate nach Abnahme, je nach dem was früher eintritt. Die Voraussetzungen einer Abnahme werden in Art. 13.2 RV definiert.

56 Die Klägerin hat am 02.01.11 die letzte Rate gem. Leistungsschein, Zahlungsbedingungen, 5. Lemma (K-3) beglichen. Die Voraussetzung für diese Zahlung war, dass entweder ein Abnahmebescheinigung vorliegt (was vorliegend nicht der Fall war) oder, dass 26 Monate seit dem Inkrafttreten des Vertrages vergangen sind und die Ausstellung der Abnahmebescheinigung aus Gründen verzögert wurde, die ausserhalb des Einflussbereichs der Beklagten lagen. Die 26-monatige Frist wäre am 16.01.11 verstrichen, womit diese beinahe erfüllt war. Aus diesen Umständen (Ablauf der Frist und Zahlung der Summe) kann geschlossen werden, dass die Ausstellung der Abnahmebescheinigung aus Gründen verzögert wurde, die ausserhalb des Einflussbereichs der Beklagten lagen.

57 Eine solche unverschuldete Verzögerung führt gem. Art. 13.2.2 RV dazu, dass die Abnahme fingiert wird, sobald die Inbetriebnahme ihr geplantes Ende findet, oder eine im EV definierte Frist (die 26 Monate) verstrichen ist. Massgebend ist derjenige Termin, welcher früher eintritt. Da die Phase der Inbetriebnahme gem. Terminplan (K-4) am 01.11.10 endete, wird die Abnahme per diesen Termin fingiert. Andernfalls wird die Abnahme spätestens per 16.01.11 fingiert, da zu diesem Zeitpunkt die 26-monatige Frist ablaufen würde. Diese Fiktion löst ihrerseits den Beginn der Verjährungsfrist aus.

58 Da eine Abnahme i.S.d. RV vorliegt, kommt die 12-monatige Gewährleistungsfrist von Art. 17.2 RV zur Anwendung. Da diese Frist spätestens am 16.01.12 verstrichen ist, sind die

in der Einleitungsanzeige vom 11.01.13 geltend gemachten Gewährleistungsansprüche verjährt.

59 Schliesslich ist noch das Argument der Klägerin, man hätte ohne Zahlung einen Haftungsausschluss riskiert, zu behandeln (KS 3, Rz. 57). Es wäre der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen, einen gemeinsamen Leistungstest i.S.v. Art. 13.2.1 RV zu veranlassen. Sie hätte bei diesem dann allfällige Rügen erheben können, sowie die Fiktion des Art. 13.2.2 und ihre Zahlungspflicht verzögern können. Diese Möglichkeit hat sie nicht ergriffen, weshalb für die Beklagte auch kein Anlass bestand am Erfolg des Leistungstest der Klägerin zu zweifeln.

60 Es kann zusammengefasst werden, dass die Ansprüche der Klägerin verjährt sind. Eine entsprechende Verjährungseinrede wird hiermit erhoben.

#### *k) Zwischenfazit*

61 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass kein Werkmangel vorliegt, ein allfälliger Mangel für den Entstandenen Schaden weder natürlich noch adäquat kausal wäre und jegliche Ansprüche aus der Gewährleistung aufgrund der Verjährung und Haftungsfreizeichnung abzuweisen wären.

## **2. Haftung aus Auftrag**

62 Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, die Beklagte hätte eine Verletzung auftragsrechtlicher Pflichten im Zusammenhang mit der Montageaufsicht geltend gemacht (vgl. KS 9, Rz. 92 ff.).

63 Der Beauftragte wird gestützt auf Art. 398 Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig, wenn er seine auftragsrechtliche Sorgfalts- oder Treuepflicht verletzt, dem Auftraggeber daraus ein Schaden entsteht und die Vertragsverletzung natürlich und adäquat kausal für den eingetretenen Schaden ist (BGE 132 III 359, E. 3.1; BSK OR-WEBER, Art. 398 N 30).

#### *a) Verletzung der Sorgfaltspflicht*

64 Entgegen der Auffassung der Klägerin stellt die Rückreise von Herrn Fallet nach Deutschland keine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Wie sich aus Beilage K-8 ergibt, verlief die Montage der Zentralgetriebe alles andere als ideal und das gesamte Projekt befand sich im Zeitpunkt der Abreise von Herrn Fallet im Verzug. Die dauernde Anwesenheit von Herrn Fallet vor Ort war ineffizient und nicht notwendig, weshalb sich Herr Fallet entschied, nach Deutschland zurückzukehren. Dies mit der Bereitschaft bei Bedarf seitens der Klägerin nach Saudi Arabien zurückzukehren. Art. 3.1 RV sieht ausdrücklich vor, dass die Beklagte als Auftragnehmerin Art, Ablauf und Einteilung der Arbeiten selbst bestimmen kann. Darüber hinaus war dieses Verhalten wohlgermerkt im Sinn der Klägerin, da so die Kosten für den Vor-Ort-Service gering gehalten wurden.

65 Die Abwesenheit von Herrn Fallet hat sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht negativ auf die Montage ausgewirkt. Negativ hat sich einzig ausgewirkt, dass die MECC bereits einen Kalttestlauf durchführte, bevor wieder ein Servicetechniker der Beklagten vor Ort war. Dies tat sie entgegen der sachverständigen Weisung der Beklagten (s. K-8). Zwar hat die Klägerin einen Kalttestlauf angekündigt (K-9), aber hat sie es unterlassen, das genaue Datum zu nennen. Seitens der Beklagten konnte deshalb davon ausgegangen werden, ein festes Datum sei noch nicht vereinbart worden. Die Klägerin konnte nicht erwarten, dass die Beklagte pünktlich zum Kalttestlauf erscheint, wenn sie das exakte Datum nicht nennt. Die Beklagte hat somit ihre auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht nicht verletzt.

*b) Kausalität*

66 Auch wenn man von einer Sorgfaltspflichtverletzung ausginge, so würde in jedem Fall der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Auftragsverletzung und dem Schaden fehlen. Nachdem Herr Fallet nach Saudi Arabien zurückgekehrt war, untersuchte er die Anlagen detailliert und deckte Fehler in der Montage auf (B-5). Diese Fehler wurden anschliessend unter Beiziehung von Spezialisten behoben (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 2). Montagefehler, die während der Abwesenheit von Herrn Fallet entstanden, können folglich nicht für den im Juli 2011 entstandenen Schaden verantwortlich sein, da sie nach der Ankunft von Herrn Fallet behoben wurden. Ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Abwesenheit von Herrn Fallet und dem im Juli 2011 entstandenen Schaden kann also verneint werden. Dies verkennt die Klägerin insbesondere, wenn sie argumentieren würde, der nicht fachgemässe Gebrauch hätte durch die Anwesenheit bei der Montage verhindert werden können (KS 9, Rz. 100). Der nicht sachgemässe Gebrauch, welcher wie die Klägerin richtig feststellt für den Schaden kausal ist, wurde nach der Montage durch die MECC vorgenommen. Wie die Beaufsichtigung der Montage ein späteres Fehlverhalten verhindern sollte ist nicht ersichtlich.

*c) Treuepflichtverletzung*

67 Auch auftragsrechtliche Treuepflichten/Aufklärungspflichten wurden nicht verletzt (vgl. KS 4, Rz. 65 ff). Die Beklagte hatte keine Pflicht, auf die Probleme mit der Stromversorgung hinzuweisen: Es gibt keine Hinweise, dass während der Montage bis hin zum Leistungstest Stromausfälle stattgefunden hätten, die zu Problemen mit den Zentralgetrieben geführt hätten. In diesem Zeitraum vernachlässigte die Beklagte ihre Aufklärungspflicht nicht, da es schlicht keine Vorkommnisse gab, über die man hätte aufklären sollen. Gem. Art. 13.3 RV ist die Beklagte nach der Abnahme des Werkes, d.h. nach dem Leistungstest, als Auftragnehmerin von

all ihren Verpflichtungen ausser den Gewährleistungspflichten befreit. Nach dem Leistungstest bestand also keine Aufklärungspflicht mehr.

- 68 In der Bedienungsanleitung wurde explizit festgehalten, dass die Ölpumpe in Betrieb sein muss bei Gebrauch der Zentralgetriebes. Die Beklagte ist ihrer Aufklärungspflicht also nachgekommen. Sie hat darüber informiert, wie die Zentralgetriebe betrieben werden müssen, um Schäden zu vermeiden. Es gehört auch zur allgemeinen Lebenserfahrung, dass metallische Maschinenteile, welche mit grosser Geschwindigkeit betrieben werden, bei mangelnder Ölfuhr zerstört werden.

*d) Kausalität*

- 69 Auch wenn man eine Verletzung der Aufklärungspflicht bejahen würde, stellt sich die Frage, ob ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zum Schaden besteht, der im Juli 2011 entstanden ist. Hätte die Beklagte auf das Upgrade hingewiesen, so stünde es doch wesentlich im Ermessen der Klägerin, ob sie dieses kostenpflichtige Upgrade kaufen will oder nicht. Es kann mithin nicht davon gesprochen werden, dass die unterlassene Aufklärung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zum Schadenseintritt geführt hat.

*e) Zwischenfazit*

- 70 Abschliessend kann festgehalten werden, dass weder eine Sorgfalts- noch eine Treuepflichtverletzung vorliegt. Selbst wenn eine der beiden Pflichten verletzt worden wäre, wäre diese Verletzung nicht kausal für den eingetretenen Schaden gewesen.
- 71 Im Übrigen argumentiert die Klägerin widersprüchlich, wenn sie behauptet, sowohl ein Werkmangel als auch eine Sorgfalts- oder Treuepflichtverletzung seien die natürlichen und adäquaten kausale Ursachen für die eingetretenen Schäden. Da zeitlich aufeinanderfolgende Tatsachen keine kumulative Kausalität haben können, würde es sich dabei um einen Fall der alternativen Kausalität handeln. Diese hätte zur Folge, dass die Haftung entfällt, weil die Ursache des Schadens nicht bewiesen werden kann (HUGUENIN, N 1932).

### **3. Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung**

- 72 Würde die Klägerin einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen (vgl. KS 1, Rz. 49 ff), wäre folgendes zu erwidern. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist ausgeschlossen, wenn zwischen dem Entreicherten und dem Bereicherten ein Vertragsverhältnis besteht, denn ein Vertrag gibt einen Rechtsgrund ab (BGE 127 III 424, E. 3).

### **4. Vertragsstrafe**

- 73 Eine Konventionalstrafe wäre geschuldet, wenn die Bedingung, d.h. die Nichterfüllung oder die nicht richtige Erfüllung der durch die Strafe gesicherten Verpflichtung, eingetreten wäre

(HUGUENIN, N 1261). Darüber hinaus setzt der Eintritt einer Konventionalstrafe das Verschulden des Belasteten voraus (HUGUENIN, N 1262). Zuletzt darf die Konventionalstrafe nicht verjährt und auch aus keinem anderen Grund verfallen sein (z.B. durch vorbehaltlose Abnahme, BGE 97 II 350 E. 2a). Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die genannten Voraussetzungen allesamt nicht gegeben sind.

a) *Eintreten der Bedingung*

- 74 Die Bedingung für die Konventionalstrafe ist in Art. 17.3 RV festgehalten. Vorausgesetzt ist erstens der Eintritt eines Mangels in der Garantiezeit, für welchen die Beklagte haftet. Zweitens muss die Behebung des Mangels nach dem In-Kennntnis-Setzen durch die Klägerin mehr als drei Wochen in Anspruch nehmen.
- 75 Der am 08.07.11 eingetretene Schaden am Getriebe stellt keinen Mangel dar, für welchen die Beklagte haftet. Dies wurde bereits dargelegt (s. Rz. 30).
- 76 Die zweite Voraussetzung kann schon deshalb nicht erfüllt sein, weil die Beklagte über den Schaden nicht durch die Klägerin in Kenntnis gesetzt wurde. Wie zweifelsfrei feststeht, wurde die Beklagte am 08.07.11 von der MECC über den Schaden am Zentralgetriebe informiert (K-10). Dies hat auch die Klägerin erkannt (KS 3, Rz. 64).
- 77 Die Klägerin macht zunächst geltend, die Bedingung sei gestützt auf OR 156 zu fingieren, weil die Beklagte den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert habe (KS 3, Rz. 65 ff.). Dabei ist aber zu bedenken, dass Art. 156 OR eng auszulegen ist, die Parteien keine Pflicht trifft, den Eintritt der Bedingung zu fördern und die Parteien eigene Interessen nicht in den Hintergrund stellen müssen (BGer 4C.25/2004, E. 3.2.1).
- 78 Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte gestützt auf eine vertragliche Nebenpflicht die Klägerin über den Mangel hätte informieren müssen (KS 3, Rz. 67). Wie die Beklagte allerdings schon in ihrer Einleitungsanzeige darlegt, liegt kein Werkmangel vor (Einleitungsanzeige, Ziff. 25). Selbst wenn ein solcher vorliegen würde, würde dies nichts an der Tatsache ändern, dass die Beklagte nicht von einem Mangel ausgegangen ist. Die Beklagte kann nicht eine allfällige Informationspflicht verletzen, die aus ihrer Sicht gar nicht bestand. Daraus folgt, dass die Beklagte nicht wider Treu und Glauben den Eintritt einer Bedingung verhindert hat, womit die Fiktion nach Art. 156 OR nicht greift.
- 79 Selbst wenn eine absichtliche Verhinderung unterstellt würde, genüge eine solche nicht, um Art. 156 OR auszulösen. Die Beklagte hat in jedem Fall genügend eigene Interessen am Ausbleiben des Bedingungseintritts und ist nicht verpflichtet, den Bedingungseintritt zu fördern.
- 80 Weiter nimmt die Klägerin an, dass nach dem Willen der Parteien bei Vertragsschluss auch eine Information durch eine Drittpartei genügen würde (KS 3, Rz. 71 f.). Dies ignoriert den klaren Wortlaut der vertraglichen Abrede und wird ungenügend belegt. Eine der Voraussetzungen

zungen für den Eintritt der Bedingung ist im vorliegenden Fall die Meldung durch die Klägerin, welche unbestrittenermassen nicht vorliegt. Der klare Wortlaut der Bestimmung im RV bindet sowohl die Beklagte als auch die Klägerin.

- 81 Weiter macht die Klägerin geltend, die Meldung der MECC sei im Namen der Klägerin bei der Beklagten eingegangen (KS 3, Rz. 73) und damit sei die Bedingung erfüllt. Die MECC war jedoch weder Botin noch Stellvertreterin der Klägerin gegenüber der Beklagten. Weder produziert die Klägerin irgendwelche Belege noch war eine solche Vertretung nach Treu und Glauben aus den Umständen erkennbar. Die MECC kontaktierte die Beklagte autonom und hatte mit ihr direkt zu tun; auf das Verhältnis zur Klägerin nahm die MECC zu keinem Zeitpunkt Bezug.
- 82 Zusammenfassend ist die Bedingung aus zweierlei Gründen nicht eingetroffen. Erstens fehlt der vorausgesetzten Mangel und zweitens kam keine Meldung von der Klägerin.

*b) Verschulden*

- 83 Wie die Klägerin richtig erkannt hat, setzt der Eintritt einer Konventionalstrafe analog zu Art. 163 Abs. 2 OR ein Verschulden des Verpflichteten voraus (KS 3, Rz. 61). Diese Ansicht entspricht auch der h.L. (BERGER, N 1792; BSK OR-EHRAT, Art. 160 N 14; CHK OR-ROTH PELLAND/DUBS, Art. 160 N 24; HUGUENIN, N 1262; KOLLER, § 81, N 31; VON THUR/ESCHER, S. 281). Nachfolgend wird darzulegen sein, dass ein solches Verschulden der Beklagten im vorliegenden Fall nicht zugerechnet werden kann. Würde die Klägerin geltend machen, die Konventionalstrafe sei aufgrund einer Parteiabrede verschuldensunabhängig geschuldet (KS 5, Rz. 52; KS 8, Rz. 81 ff.; KS 9, Rz. 115), so ist darauf am Ende einzugehen.
- 84 Die Klägerin führt diverse Argumente für das Vorliegen eines Verschuldens ins Feld. Zunächst macht sie geltend, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb für die Reparatur fast ebenso viel Zeit beansprucht wurde, wie für die Herstellung des gesamten Werkes (KS 3, Rz. 77). Diese Aussage gründet auf einem einfachen Rechenfehler und einer ungenauen Analyse des Terminplans. Gem. Terminplan waren dreieinhalb Monate für den Transport einberechnet. Für den Transport sind daher sieben Monate der siebeneinhalb Monate Reparaturzeit einzuberechnen (Hin- und Rücktransport). Da der Transport unumgänglich für die Reparatur war (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 11), ist die effektive Reparaturdauer zwei Wochen. Damit wurde die in Art. 17.3 RV vereinbarte Reparaturdauer sogar um eine Woche unterschritten.
- 85 In einem weiteren Schritt argumentiert die Klägerin, die Beklagte hätte aufgrund der Lieferverzögerungen bei der ursprünglichen Lieferung Vorkehrungen treffen müssen, um eine Wiederholung zu verhindern (KS 3, Rz. 77; so auch KS 9, Rz. 117). Bzw. die Beklagte hätte ein Ersatzteillager bereithalten sollen (KS 6, Rz. 79; KS 9, Rz. 117; KS 10, Rz. 85). Dabei wird der Beklagten eine Pflicht auferlegt, die keine Grundlage im RV oder Gesetz hat. Weder

wird eine solche Praxis von der Lehre verlangt, noch kann sie aus Treu und Glauben abgeleitet werden (die Klägerin belegt denn ihre Ansicht auch nicht mit entsprechenden Fundstellen). Schliesslich konnte die Beklagte nicht damit rechnen, dass die MECC durch ihr Verhalten einen Schaden auslösen würde (vgl. Rz. 40).

- 86 Sofern die Klägerin argumentieren würde, die kurze Reparaturdauer sei durch die Beklagte akzeptiert worden und es handle sich um ein Übernahmeverschulden (KS 5, Rz. 53), verkennt sie die Hintergründe des RV. Die dreiwöchige Frist wurde für alle möglichen Reparaturen für alle folgenden Einzelverträge vereinbart. Sofern eine Reparatur (wie im vorliegenden Fall aufgrund des Transports) unmöglich innert drei Wochen abgeschlossen werden kann, sollte dies nicht zu einer Vertragsstrafe führen. Schliesslich kann die Konventionalstrafe nicht dazu verwendet werden, den Schuldner an ein unmögliches Versprechen zu binden (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3822). Da im Verlauf der Geschäftsbeziehung durchaus auch Reparaturen nötig werden könnten, die in drei Wochen ausgeführt werden können, liegt auch keine Fehleinschätzung betreffend der möglichen Dauer der Reparatur vor. Daraus folgt, dass kein Verschulden vorliegt (vgl. BGE 88 II 195, E. 5), wie das die Klägerin argumentieren könnte (KS 1, Rz. 78; KS 4, Rz. 95).
- 87 Schliesslich argumentiert die Klägerin, der Beklagten obliege die Beweislast für ein fehlendes Verschulden, wobei sie antizipiert, dass dieser der Beweis misslinge (KS 3, Rz. 77). Als Indiz könnte die Klägerin die verspätete Reaktion anführen (KS 1, Rz. 77 und KS 10, Rz. 83). Eine solche verspätete Reaktion liegt jedoch gar nicht vor (vgl. Rz. 33). Darüber hinaus hat die Beklagte genügend dargelegt, dass die Verzögerung durch eine andere Partei und nicht durch ihr Verschulden verursacht wurde (vgl. Einleitungsantwort, Ziff. 27).
- 88 Abschliessend ist die mögliche Argumentation, im vorliegenden Fall sei aufgrund einer Parteiabrede kein Verschulden benötigt, zu widerlegen. Die Klägerin kann keine entsprechende Parteiabrede vorlegen. Sie versucht lediglich eine solche implizit aus Art. 14.2 RV bzw. aus 17.3 RV abzuleiten. Im Wesentlichen argumentiert die Klägerin wie folgt: Weil im Falle der Verzögerung durch höhere Gewalt keine Strafe geschuldet sei, sei in allen anderen Fällen (auch bei mangelndem Verschulden) keine Strafe geschuldet. Dieser Umkehrschluss genügt jedoch nicht als ausdrückliche Parteiabrede.
- 89 Da nachweislich kein Verschulden vorliegt und ein solches mangels anderweitiger Abrede nötig ist, ist keine Vertragsstrafe geschuldet.

*c) Weitere Voraussetzungen*

- 90 Die Konventionalstrafe verjährt innert zehn Jahren oder bei Werkmängeln zusammen mit den Gewährleistungsansprüchen (GAUCH, N 2210). Da allfällige Ansprüche aus Werkmängeln

bereits verjährt wären (s. Rz. 60) ist die Konventionalstrafe in jedem Fall auch verjährt. Eine entsprechende Einrede der Verjährung wird hiermit erhoben.

91 Schliesslich entfällt die Konventionalstrafe auch gestützt auf Art. 14.5 RV. Gem. diesem Artikel entfällt eine Vertragsstrafe, wenn sie keine Kosten, Ausgaben oder Schäden bewirkt hat. Die Klägerin hat weder einen aus der Verspätung entstandenen Schaden dargelegt noch irgendwelche Ausgaben im Zusammenhang mit dieser Verspätung getätigt. Während allenfalls die MECC durch den Stillstand der Maschinen einen Schaden erlitten hat, trifft dies nicht auf die Klägerin zu. Sofern die Klägerin argumentieren würde, dass ein Schaden schon deshalb besteht, weil die MECC Forderungen ihr gegenüber stellen könnte (KS 8, Rz. 89), liegt sie damit ausserhalb der festgestellten Tatsachen. Im Anbetracht der Tatsache, dass die Reparaturkosten im Zuge einer Verrechnung bereits geltend gemacht wurden, erscheint es darüber hinaus unwahrscheinlich, dass die MECC weitere Schäden nachträglich geltend machen wird. Argumentiert sie hingegen, dass Art. 14.5 RV auf den Verspätungsfall nach Art. 17.3 RV nicht anwendbar sei (KS 5, Rz. 53), widerspricht sie damit dem Wortlaut der Verweisung im Vertragstext. Schliesslich würde es der Klägerin auch nicht weiterhelfen, den bei der MECC entstandenen Schaden anzuführen (KS 6, Rz. 81), da diese nicht Partei des RV ist und die Klägerin zur Geltendmachung nicht berechtigt wäre.

92 Aus den aufgeführten Überlegungen hinaus lässt sich ableiten, dass im vorliegenden Fall der Klägerin durch die Verzögerung der Reparatur weder Schäden noch Kosten noch Auslagen verursacht hat und die Vertragsstrafe deshalb gestützt auf Art. 14.5 RV nicht geschuldet ist.

93 Da die Verjährung eingetreten ist und Art. 14.5 RV eine Konventionalstrafe ausschliesst, ist das entsprechende Rechtsbegehren der Klägerin abzuweisen.

#### *d) Zwischenfazit*

94 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Vertragsstrafe aus folgenden Gründen nicht geschuldet wird: Zunächst fehlt es am Eintritt der Bedingung sowie dem Vorliegen eines Verschuldens. Darüber hinaus liegen Ausschlussgründe vor, welche dem Anspruch entgegenstehen. Das entsprechende Rechtsbegehren ist deshalb antragsgemäss abzuweisen.

### **III. Gesamtfazit**

95 Abschliessend kann festgehalten werden, dass das angerufene Schiedsgericht unzuständig ist, weshalb auf die Klage nicht einzutreten ist. Sofern sich das angerufene Schiedsgericht für zuständig erachten würde, so hat es doch die Rechtsbegehren der Klägerin mangels genügender Rechtsgrundlage abzuweisen.