

Moot Court Team 9

Oliver Dalla Palma
Danijela Glavonjic
Patrick Steiner
Andreas Wehowsky

per E-Mail

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Selnaustrasse 32
Postfach 3058
CH-8022 Zürich

18. April 2014

KLAGEANTWORT

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG

Aarethhalstrasse 105
CH-3052 Zollikofen, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 2

Klägerin

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22
D-70173 Stuttgart, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team 9

Beklagte

betreffend

Forderung

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. Y.,
sehr geehrte Herren Schiedsrichter Dr. X. und Dr. A.

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir fristgerecht folgende

Rechtsbegehren:

- "1. Auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.;*
- 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.“*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis.....	VII
Entscheidungsverzeichnis	XII
Vorbemerkung.....	XVIII
A Die Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts ist nicht gegeben	1
I. Entscheid über die Zuständigkeit und anwendbares Recht.....	1
II. Die Schiedsklausel in den AGB hat mit deren Einbezug Geltung erlangt	1
1. Die Klägerin unterzeichnete den Bestellschein mit Verweis auf die AGB.....	1
2. Die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme war gegeben	1
3. Die Klägerin wusste um den Inhalt der AGB und akzeptierte diese.....	2
4. Eine Schiedsklausel in AGB ist unter geschäftserfahrenen Parteien üblich	2
III. Durch Auslegung ergibt sich die Massgeblichkeit der Schiedsklausel in den AGB.....	3
1. Der objektive Geltungsbereich einer Schiedsklausel begründet keinen Vorrang	3
2. Es gibt keine vorrangigen Vereinbarungen aus „ <i>Vertrag</i> “ oder Individualabrede ...	4
3. Die Schiedsklausel in den AGB geht als <i>lex specialis et posterior</i> vor	4
IV. Fazit.....	5
B Dem Zentralgetriebe II hafteten keine Mängel an.....	5
I. Die Parteien haben einen gemischten Vertrag geschlossen	5
II. Das Zentralgetriebe II war gebrauchstauglich.....	6
III. Das Zentralgetriebe II entsprach dem Stand der Technik	7
IV. Fazit.....	8
C Eventualiter stehen der Klägerin keine Gewährleistungsrechte zu	8
I. Der Mangel wurde von der Klägerin nicht ordnungsgemäss gerügt	8
1. Die MECC war als blosse Drittbegünstigte nicht zur Rüge berechtigt.....	8
2. Die MECC war weder Stellvertreterin noch Hilfsperson der Klägerin	9
3. Der Mangel wurde zu spät gerügt	10
4. Die Nachricht der MECC wäre nicht ausreichend substantiiert gewesen.....	10
II. Die Klägerin hat den Mangel durch verspätete Mängelrüge genehmigt.....	11
III. Die Beklagte hat ihre Haftung nicht anerkannt.....	11

IV.	Die Klägerin hat allfällige Ansprüche durch unsachgemässen Gebrauch verwirkt.....	12
1.	Der Gewährleistungsausschluss richtet sich nach K-1 Art. 17.4	12
2.	Die Klägerin missachtete Weisungen der Beklagten	12
3.	Die Klägerin missachtete eigene Pflichten.....	12
V.	Die Haftungsfreizeichnung nach K-1 Art. 17.9 ist zulässig.....	13
1.	Die Beklagte handelte nicht grobfahrlässig	13
2.	Die Haftungsfreizeichnung ist nicht sittenwidrig.....	13
VI.	Der Nachbesserungsanspruch ist verjährt	13
1.	Die Abnahme des Zentralgetriebes II ist erfolgt	13
2.	Die Verjährungsfrist ist verstrichen	14
VII.	Die Forderungshöhe ist unzutreffend.....	15
VIII.	Fazit.....	15
D	Eventualiter sind die Nachbesserungskosten für die Beklagte übermässig.....	15
E	Der Klägerin stehen keine Schadenersatzansprüche aus Werkvertrag zu	15
F	Der Klägerin stehen keine Schadenersatzansprüche aus Auftrag zu	16
I.	Die Beklagte hat ihre auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten erfüllt	16
II.	Allfällige Sorgfaltspflichtverletzungen wären für die Schäden nicht kausal gewesen..	17
III.	Fazit.....	18
G	Die Klägerin hat keine Ansprüche aus bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag.....	18
H	Der Klägerin steht kein Anspruch auf eine Konventionalstrafe zu.....	19
I.	K-1 Art. 17.3 ist auf die vorgenommenen Arbeiten nicht anwendbar	19
II.	Eventualiter sind die Bedingungen der Konventionalstrafe nicht erfüllt	20
III.	Subeventualiter waren weder die Lieferverzögerung noch deren Dauer absehbar	20
IV.	Fazit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung/en
ARB	Arbitration
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
Aufl.	Auflage
b2b	business to business
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
BR	Baurecht
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
Cass. civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile
D.C.	District of Columbia
d.h.	das heisst
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
e.V.	eingetragener Verein
f./ff.	folgend(e)
FS	Festschrift
gem.	gemäss
Habil.	Habilitationsschrift
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.S.v.	im Sinne von

i.Ü.	im Üechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
ICC	International Chamber of Commerce, Paris
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C.
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. De- zember 1987 (SR 291)
m.a.W.	mit anderen Worten
N	Note(n)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report
No.	Number
Nr.	Nummer
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SG	Kanton St. Gallen
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SR	Systematische Rechtssammlung
Swiss Rules	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handels- kammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom 1. Juni 2012
u.U.	unter Umständen
VSM	Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller
vgl.	vergleiche
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer

ZR Blätter für Zürcherische Rechtsprechung;
Revisionen in Zivilsachen
ZK Zürcher Kommentar
zzgl. zuzüglich

Literaturverzeichnis

- ARNET
[Rz. 86] ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit, Habil. Basel, Bern 2008
- Arroyo-BEARBEITER
[Rz. 11, 14] ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013
- BENTELE
[Rz. 89] BENTELE ROLAND, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg i.Ü. 1994
- BERGER, Schuldrecht
[Rz. 5] BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012
- BERGER, FS Horn
[Rz. 5] BERGER KLAUS PETER, Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge, in: BERGER KLAUS PETER/BORGES GEORG/HERRMANN HARALD/SCHLÜTER ANDREAS/WACKERBARTH ULRICH (Hrsg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext, Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag/Private and commercial law in a European and global context, Berlin 2006, S. 3-20
- BERGER/KELLERHALS
[Rz. 11, 13] BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Bern 2010
- BIEGER
[Rz. 41, 48, 50, 52] BIEGER ALAIN, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 2009
- BRÄNDLI
[Rz. 41, 59, 69] BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2007

- ZK-BÜHLER
[Rz. 74] BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Teilband 2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998
- BSK OR I-BEARBEITER
[Rz. 11, 45] HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5. Aufl., Basel 2011
- BUCHER
[Rz. 11] BUCHER ANDREAS, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989
- BÜHLER
[Rz. 3, 28] BÜHLER THEODOR, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und des Exportgeschäftes, Zürich 1987
- BÜHRER
[Rz. 19] BÜHRER MARC P., AGB-Kollisionen, „The battle of the forms“ und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1987
- BUOL
[Rz. 63, 64] BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 1996
- EHLE/BRUNSCHWEILER
[Rz. 3, 11] EHLE BERND/BRUNSCHWEILER ANDRÉ, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, Ein rechtsvergleichender Überblick, RIW 2012, S. 262-271
- BK-FELLMANN
[Rz. 28, 80, 83] FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband 4: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992

- FORSTMOSER
[Rz. 11]
- FORSTMOSER PETER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: GIGER HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 23-58
- GAUCH
[Rz. 28, 30, 37, 59, 69, 74, 87]
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011
- GAUCH/SCHLUEP/
EMMENEGGER
[Rz. 44]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID
[Rz. 42, 63, 86]
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008
- GIGER
[Rz. 3, 5, 20, 22]
- GIGER HANS, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: GIGER HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 59-80
- GIRSBERGER/VOSER
[Rz. 11]
- GIRBSERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, International Arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Zürich 2012
- HUGUENIN
[Rz. 11, 13, 44, 45, 54, 56, 86]
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012
- JOLIDON
[Rz. 15]
- JOLIDON PIERRE, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984

KOLLER, Ausschluss [Rz. 72]	KOLLER ALFRED, Ausschluss der Nachbesserung im Falle „übermässiger Kosten“ (Art. 368 Abs. 2 OR), Bemerkungen zu einem Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Juli 1985, teilweise publiziert in BGE (ATF) 111 II 173, BR 1986, S. 10-12
KOLLER, OR AT [Rz. 92]	KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009
KRAUSKOPF [Rz. 42, 44]	KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg i.Ü. 2000
LAUBE [Rz. 72]	LAUBE PHILIPP, Die Tragung der Nachbesserungskosten im Bauwerkvertrag, Diss. St. Gallen, Zürich 2011
LENZLINGER GADIENT [Rz. 59]	LENZLINGER GADIENT ANNETTE, Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Ein Vergleich zwischen dem Schweizerischen Obligationenrecht und der Norm 118 (1977/1991) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, Diss. Zürich 1994
LÖRTSCHER [Rz. 64]	LÖRTSCHER THOMAS, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1977
OPPETIT [Rz. 11]	OPPETIT BRUNO, La clause arbitrale par référence, Revue de l'Arbitrage 1990, S. 551-570
PERRIG [Rz. 3, 5, 6]	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, Diss. Basel 2011

- ROSHER
[Rz. 3, 11, 12, 14]
- ROSHER PETER, Incorporation by Reference, The French Supreme Court Robustly Reaffirms its Pro-Arbitration Stance, Cahiers de l'arbitrage 2013, S. 77-84
- SCHMID
[Rz. 86]
- SCHMID JÖRG, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg i.Ü. 1992
- SCHMID/STÖCKLI
[Rz. 27, 50]
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010
- SCHWENZER
[Rz. 5, 45, 47, 86, 89]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012
- SIEGENTHALER
[Rz. 28, 37, 67]
- 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. Freiburg i.Ü., Zürich 2000
- TERCIER/PICHONNAZ
[Rz. 3]
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5. Aufl., Zürich 2012
- TRAIN
[Rz. 21]
- TRAIN FRANÇOIS-XAVIER, Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international, Étude de jurisprudence arbitrale, Diss. Paris 2013
- Zuberbühler/Müller/
Habegger-BEARBEITER
[Rz. 48]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013

Entscheidverzeichnis**Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts**

BGE 135 III 1 [Rz. 13, 16]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. Oktober 2008
BGE 133 III 675 [Rz. 16]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Oktober 2007
BGE 131 III 145 [Rz. 49]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Januar 2005
BGE 130 III 458 [Rz. 27]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Juni 2004
BGE 129 III 675 [Rz. 42]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Juli 2003
BGE 129 III 604 [Rz. 74]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Juni 2003
BGE 129 III 35 [Rz. 86]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Mai 2002
BGE 128 III 50 [Rz. 1]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Oktober 2001
BGE 127 III 328 [Rz. 28]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Mai 2001
BGE 124 III 456 [Rz. 48]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. August 1998

BGE 123 III 53 [Rz. 56]	Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Februar 1997
BGE 119 II 443 [Rz. 62]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. August 1993
BGE 118 II 142 [Rz. 48]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Februar 1992
BGE 117 II 387 [Rz. 46]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Oktober 1991
BGE 117 II 425 [Rz. 54]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. September 1991
BGE 117 II 315 [Rz. 44]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. August 1991
BGE 115 II 232 [Rz. 63]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 26. September 1989
BGE 114 II 159 [Rz. 64]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Juni 1988
BGE 114 II 91 [Rz. 86]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 24. März 1988
BGE 110 II 54 [Rz. 11]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Februar 1984
BGE 109 II 452 [Rz. 11, 13]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Dezember 1983

BGE 107 II 417 [Rz. 42]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. Oktober 1981
BGE 107 II 172 [Rz. 50]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Mai 1981
BGE 104 II 108 [Rz. 64]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Mai 1978
BGE 104 II 6 [Rz. 64]	Urteil der II. Zivilabteilung Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. März 1978
BGE 100 II 200 [Rz. 46]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Juli 1974
BGE 99 II 46 [Rz. 47]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 23. Januar 1973
BGE 95 II 55 [Rz. 64]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. März 1969
BGE 94 II 197 [Rz. 63]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Oktober 1968
BGE 94 II 157 [Rz. 74]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. Juni 1968
BGE 93 II 311 [Rz. 80]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Oktober 1967
BGE 91 I 11 [Rz. 14]	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Januar 1965

BGE 77 II 154 [Rz. 5, 16]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Februar 1951
BGE 73 II 158 [Rz. 89]	Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. September 1947
BGer 4A_55/2012 [Rz. 54]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Juli 2012
BGer 5A_771/2009 [Rz. 45]	Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Februar 2010
BGer 4A_21/2009 [Rz. 63]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11. März 2009
BGer 4A_520/2007 [Rz. 83]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. März 2008
BGer 4C.130/2006 [Rz. 50]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Mai 2007
BGer 5C.7/2004 [Rz. 45]	Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. April 2004
BGer 4C.282/2003 [Rz. 5]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Dezember 2003
BGer 4C.395/2001 [Rz. 50]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. Mai 2002
BGer 4C.149/2001 [Rz. 30]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Dezember 2001

Entscheide kantonaler Gerichte

OGer ZG, RPW 2013, S. 455 Urteil der II. Zivilabteilung des Obergerichts Zug vom 23. August 2013, RPW 2013, S. 455-466
[Rz. 56]

OGer ZH, Nr. LN110002 Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts Zürich vom 23. Februar 2012
[Rz. 42]

HGer ZH, Nr. HG080290-O Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. November 2011
[Rz. 54]

HGer ZH, Nr. HG080288 Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 19. Juli 2011
[Rz. 67]

HGer ZH, ZR 97/1998, S. 22 Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 22. September 1995,
[Rz. 42] ZR 97/1998, S. 22-29

HGer SG, Nr. HG.2010.12 Urteil des Handelsgerichts St. Gallen vom 29. März 2011
[Rz. 28]

Entscheide ausländischer (Schieds-)Gerichte

- BGH VII ZR 209/11 Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 20.
[Rz. 38] Dezember 2012, NJW 2013, S. 684-686
- BGH I ZR 104/00 Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 24. Okto-
[Rz. 3] ber 2002, NJW-RR 2003, S. 754-756
- 1^{re} Cass. civ., Urteil Urteil des Cour de Cassation, Chambre Civile 1 vom 11. Mai
No. 10-25620 2012, Cahiers de l'arbitrage 2013, S. 77-84
[Rz. 14]
- ICC Case No. 7301 Urteil des Schiedsgerichts der International Chamber of Com-
[Rz. 48] merce von 1993
- ICC Case No. 2291 Urteil des Schiedsgerichts der International Chamber of Com-
[Rz. 11] merce von 1975
- ICSID Case No. ARB/05/17 Urteil des Schiedsgerichts des International Centre for Settle-
[Rz. 9] ment of Investment Disputes vom 6. Februar 2008

Vorbemerkung

Bei der vorliegenden Eingabe handelt es sich um die Klageantwort zur Klageschrift des Moot Court Teams 2 vom 13.12.2013. Nachfolgend wird innerhalb dieser Klageantwort mit „Rz.“ verwiesen, wobei die mit „N“ bezeichneten Verweise Bezug auf die Aussagen in den Randnummern in der Klageschrift des Moot Court Teams 2 vom 13.12.2013 nehmen.

Die klägerischen Beilagen werden mit „K-x“, diejenigen der Beklagten mit „B-x“ bezeichnet.

Der besseren Leserlichkeit halber wird bei den Schiedsklauseln in Art 23.1-23.2 Rahmenvertrag (K-1) und Art. 18.1-18.4 AGB (B-1) nur „K-1 Art. 23“ bzw. „B-1 Art. 18“ verwendet.

A Die Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts ist nicht gegeben**I. Entscheid über die Zuständigkeit und anwendbares Recht**

- 1 Wie die Klägerin richtig ausführt (N 2, 15), entscheidet das angerufene Schiedsgericht über die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten (Art. 186 Abs. 1 IPRG; Art. 21 [1] Swiss Rules; vgl. BGE 128 III 50 E. 2c). Zur Beurteilung der materiellen Gültigkeit der AGB Schiedsklausel in B-1 Art. 18 ist Schweizer Recht anwendbar (N 5; vgl. Art. 33 [1] Swiss Rules).

II. Die Schiedsklausel in den AGB hat mit deren Einbezug Geltung erlangt**1. Die Klägerin unterzeichnete den Bestellschein mit Verweis auf die AGB**

- 2 Die Klägerin bringt vor (N 20), die AGB (B-1) seien „*aufgrund der Globalübernahme*“ nicht übernommen worden, wobei sie verkennt, dass diese selbst eine Form des Einbezugs ist.
- 3 Betreffend den Einbezug und mithin den Konsens über die AGB gelten die Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechts (EHLE/BRUNSCHWEILER, S. 264, 266; TERCIER/PICHONNAZ, N 870, 952). Erforderlich ist eine Einbeziehungsvereinbarung durch ausdrückliche Verweisung in Form einer (auch globalen) Zustimmung durch die Klägerin (BÜHLER, S. 25; GIGER, S. 63; PERRIG, S. 32 f.; vgl. ROSHER, N 1.a; BGH I ZR 104/00 E II.2b.aa).
- 4 Die Klägerin akzeptierte den Einbezug der AGB mit dem Unterzeichnen des Bestellscheins (K-2), auf dessen Vorderseite sich der Verweis auf die AGB befindet. Dieser war hinreichend klar und der Klägerin bekannt, was sich aus ihrer Anfrage bei der Beklagten ergibt (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7). Dabei nützt der Klägerin auch nicht vorzubringen, der Verweis sei „*klein gedruckt*“ (N 17). Entgegen N 20 f. ist damit der Beweis der Zustimmung erbracht.

2. Die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme war gegeben

- 5 Entgegen N 21 f. musste es der Klägerin bloss *möglich* und zumutbar gewesen sein, vom AGB-Inhalt Kenntnis zu nehmen; eine tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich (BERGER, Schuldrecht, N 960; PERRIG, S. 39; SCHWENZER, N 45.03; BGer 4C.282/2003 E. 3.1). Den Unternehmer trifft im *b2b*-Bereich eine erhöhte Eigenverantwortung, weshalb die Anforderungen an die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme für die zustimmende Partei strenger zu beurteilen sind. Diese Eigenverantwortung führt *de facto* zu einer Erkundigungs- bzw. Verschaffungsobliegenheit der unternehmerisch tätigen Vertragspartei bezüglich des AGB-Inhalts (PERRIG, S. 296 ff.; BGE 77 II 154 E. 4; vgl. BERGER, FS Horn, S. 4, 7; GIGER, S. 52).
- 6 Die Klägerin als geschäftserfahrene Partei (K-1 Präambel; Einleitungsanzeige Rz. 1) ist dieser Obliegenheit mit ihrer Anfrage nachgekommen (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7), was auch zeigt, dass sie die AGB *bewusst* entgegen nahm. Hätte sie den AGB-Inhalt nicht als Vertragsbestandteil gewollt, hätte sie eine Widerspruchsobliegenheit gehabt (PERRIG, S. 302).
- 7 Das Übersenden in 12 E-Mails wurde der Klägerin angekündigt (vgl. N 21; B-2) und ist bei derartigen Dateigrößen üblich. Ihr wurden „*wie besprochen*“ alle Unterlagen zum „*Ain Dar*

Zementprojekt“ mit den E-Mails vom 17.11.2008 (B-2; B-3; Einleitungsanzeige Rz. 9) gestellt. Entgegen N 21 erschwerte dies eine Kenntnisnahme nicht zusätzlich, zumal die Klägerin von allen Dokumenten wusste (Rz. 8 ff.). Hinzu kommt, dass die AGB der Klägerin ausgehändigt wurden und es ihr mithin auch vor dem 17.11.2008 möglich war, davon Kenntnis zu erlangen (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7).

3. Die Klägerin wusste um den Inhalt der AGB und akzeptierte diese

- 8 Die Ausführungen der Klägerin in N 18 f. sind unvollständig. Sie bringt vor, es handle sich um eine von ihr ungewollte Bestimmung. Dies ist in dreierlei Hinsicht unzutreffend: Erstens erklärte sie mit Unterzeichnung des Bestellscheins (K-2), dass die AGB für sie verbindlich gelten (B-1 Art. 1.3). Zweitens bat die Klägerin selbst um Zustellung der AGB, woraufhin ihr diese ausgehändigt wurden (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7). Drittens erfolgte die Zustellung der „gewünschten Unterlagen“ zum Einzelvertrag mit E-Mail vom 17.11.2008 (B-3) „wie besprochen“ (Rz. 7). Die Klägerin war sich somit der Existenz der AGB bewusst.
- 9 Hervorzuheben ist, dass seit Einzelvertragsschluss (K-2; K-3; K-4) und AGB-Aushändigung (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7) knapp fünf Jahre verstrichen sind. Erst jetzt, als ihr durch die Anrufung eines unzuständigen Schiedsgerichts Nachteile drohen, beanstandet die Klägerin als erfahrene Geschäftspartei (Rz. 6) die AGB-Geltung und versucht, die Vereinbarung wieder aufzuheben. Dieses Verhalten missachtet die Grundsätze von Treu und Glauben und *pacta sunt servanda* und ist daher nicht schützenswert (vgl. ICSID Case No. ARB/05/17 E. 206 f.).

4. Eine Schiedsklausel in AGB ist unter geschäftserfahrenen Parteien üblich

- 10 Verschiedentlich macht die Klägerin geltend, B-1 Art. 18 sei trotz Globalübernahme (Rz. 3 f.) „ungültig“ und erlange keine Geltung (N 18-20). Sie spricht dabei die Ungewöhnlichkeit an.
- 11 Nach der Ungewöhnlichkeitsregel kann keine Zustimmung zu einer Klausel angenommen werden, auf die global verwiesen wird, wenn sie ungewöhnlich ist, d.h. deren Inhalt nicht dem entspricht, was eine redliche Person unter denselben Umständen hätte erwarten dürfen (BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 60; vgl. Arroyo-MÜLLER, Art. 178 IPRG N 65). An die Ungewöhnlichkeit sind hohe Anforderungen zu stellen, da nicht gleich alles als ungewöhnlich gilt, was objektiv betrachtet unbillig erscheint (FORSTMOSER, S. 47). Die Ungewöhnlichkeitsregel findet *nur* Anwendung, wenn sich die *schwächere* oder unerfahrene Partei darauf beruft (BERGER/KELLERHALS, N 441; EHLE/BRUNSCHWEILER, S. 266; HUGUENIN, N 620; BGE 109 II 452 E. 5a). Schwächer ist eine Partei, die in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht im Verhältnis zu ihrem Vertragspartner schlechter gestellt ist, was bei *b2b* Vertragsverhältnissen im internationalen Kontext zu verneinen ist. Zudem sind AGB Schiedsklauseln in internationalen Verträgen üblich und verbreitet (BUCHER, N 124 f.; GIRSBERGER/VOSER, N 308; vgl. OPPETIT, S. 557; ROSHER, N 1a; BGE 110 II 54 E. 3c.cc; ICC Case No. 2291, E. 2). Eine Partei wird

überdies als schwächer angesehen, wenn sie abhängig ist und nur durch Akzeptanz von AGB einen Vertragspartner findet (BERGER/KELLERHALS, N 441; BGE 109 II 452 E. 5a).

- 12 Beides trifft i.c. nicht zu. Die Klägerin ist weder schlechter gestellt noch abhängig von der Beklagten. Vielmehr sind beide erfahrene, international tätige Geschäftsparteien (Rz. 6; vgl. ROSHER, N 2). Entgegen N 18 f. musste die Klägerin daher mit solch einer Klausel rechnen.
- 13 Selbst wenn das Schiedsgericht die Ungewöhnlichkeitsregel anwenden sollte, würde dies nichts an der Geltung der AGB (B-1) ändern. Die Ungewöhnlichkeit ist subjektiv und objektiv zu beurteilen. Die subjektive Ungewöhnlichkeit einer AGB Klausel bemisst sich aus Sicht der Klägerin zur Zeit des Vertragsschlusses. Dabei dürfen individuelle Vorstellungen der Klägerin nur so weit berücksichtigt werden, als sie für die Beklagte erkennbar waren (zum Ganzen BERGER/KELLERHALS, N 442; BGE 109 II 452 E. 5b). Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel mit geschäftsfremdem Inhalt, d.h. wenn sie eine wesentliche Änderung des Vertragscharakters bewirkt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstyps fällt (HUGUENIN, N 623; BGE 135 III 1 E. 2.1; 109 II 452 E. 5b).
- 14 Der Beklagten war entgegen N 19 nicht bekannt, dass die Klägerin keine „*Änderung der Streiterledigungsvereinbarung*“ wollte, zumal dies zu keinem Zeitpunkt geäußert wurde. Auch rügt die Klägerin keine wesentliche Änderung des Vertragscharakters oder ein Nichteinhalten des gesetzlichen Rahmens des Vertragstyps. Im Gegenteil existieren Schiedsvereinbarungen oft ausserhalb der eigentlichen Vertragsdokumente, wobei sie *by reference* einbezogen werden (vgl. Arroyo-MÜLLER, Art. 178 IPRG N 27; ROSHER, N 1; 1^{te} Cass. civ., Urteil No. 10-25620). Überdies ist entgegen N 20 eine Hervorhebung entbehrlich. Die AGB (B-1) enthalten auf der ersten Seite eine Übersicht der 18 Artikel, der die Klägerin entnehmen konnte, dass die AGB teils dieselben Regelungsbereiche betreffen wie der Rahmenvertrag (K-1). Davon wird auch „*18 Anwendbares Recht und Gerichtsstand*“ erfasst. Selbst bei flüchtiger Durchsicht des Dokuments (vgl. BGE 91 I 11 E. 3a) hätte ihr dies nicht entgehen sollen.

III. Durch Auslegung ergibt sich die Massgeblichkeit der Schiedsklausel in den AGB

1. Der objektive Geltungsbereich einer Schiedsklausel begründet keinen Vorrang

- 15 Die klägerischen Ausführungen zur extensiven Auslegung bzw. der umfassenden Regelung des objektiven Geltungsbereichs (N 9-13) beziehen sich nicht auf weitere Verträge, sondern im Wesentlichen auf mit dem Vertrag zusammenhängende, ausservertragliche Ansprüche. Nicht nachvollziehbar sind die klägerischen Verweise auf JOLIDON (N 11 f.), dessen Werk sich mit Binnenschiedsgerichtsbarkeit unter altem Konkordatsrecht beschäftigt. Selbst wenn Streitigkeiten aus Einzelverträgen vom objektiven Geltungsbereich von K-1 Art. 23 umfasst würden, wäre dies aufgrund der konkreten Regelung im Einzelvertrag bzw. in den AGB nicht von Belang. Der Rahmenvertrag (K-1) dient als allgemeine Regelung, wenn keine Spezifika-

tion in Einzelverträgen erfolgt (K-1 Art. 1.2). Dabei ist unerheblich, ob bereits Regelungen im Rahmenvertrag getroffen wurden, wenn diese ohnehin im Nahhinein durch eine entsprechende Regelung im Einzelvertrag (K-2, K-3, K-4) ersetzt werden können (Rz. 23).

2. Es gibt keine vorrangigen Vereinbarungen aus „Vertrag“ oder Individualabrede

- 16 Die Klägerin führt in N 17 an, nach B-1 Art. 1.3 seien entgegenstehende Vereinbarungen aus „Vertrag“ vorbehalten. Bezüglich Auslegung des AGB-Inhalts gelten die allgemeinen Interpretationsgrundsätze (BGE 135 III 1 E. 2; 133 III 675 E. 3.3; 77 II 154 E. 4).
- 17 Die Klägerin suggeriert in N 16, bei schriftlichen Vereinbarungen *in „diesem Vertrag“* handle es sich um den Rahmenvertrag (K-1). Allem voran ist dem entgegen zu halten, dass die Klägerin die AGB (B-1) nicht gegen sich gelten lassen möchte (N 9), sich jedoch zugleich auf deren Inhalt beruft. Weiter wird „Vertrag“ durch die AGB selbst definiert: B-1 Art. 1.3 statuiert die vollumfängliche Anerkennung der AGB bei Vertragsabschluss. Folglich umfasst B-1 Art. 1.3 entgegenstehende Vereinbarungen im *Einzelvertrag*, mit dessen Abschluss die AGB Teil davon wurden und ebenso *inter partes* gelten, d.h. zwischen Klägerin und Beklagter (entgegen N 17). Der vorliegende Einzelvertrag (K-2; K-3; K-4) enthält jedoch gerade keine entgegenstehenden Regelungen desselben Inhalts, weshalb B-1 Art. 1.3 nicht greift.
- 18 Es ist überdies nicht einzusehen, woraus die Klägerin (N 15, 19, 23) ableitet, „*dass für sämtliche prozessuale[n] Fragen der Rahmenvertrag beigezogen werden muss*“, wobei der Einzelvertrag nur „*Erfüllungskonditionen*“ regle. Der Rahmenvertrag und die AGB decken sich auch in anderen, nicht bloss prozessualen Bereichen (Rz. 14).
- 19 Die Klägerin bringt vor, der Rahmenvertrag (K-1) habe als Individualabrede Vorrang (N 17). Bei Widerspruch von Regelungen über denselben Vertragspunkt ist der Geschäftswille vernünftiger Parteien in der konkreten Situation zu ermitteln (Rz. 21 f.; BÜHRER, N 30). Dabei greift K-1 Art. 23 im Rahmen der allgemeinen Rechte und Pflichten, sofern keine Regelung im Einzelvertrag besteht (Rz. 15). Somit ist gerade Teil der Individualabrede, dass Bestimmungen des Rahmenvertrags (K-1) durch Einzelverträge Änderungen erfahren können.
- 20 Zudem räumt die Klägerin dem Rahmenvertrag (K-1) selber keinen Vorrang ein, indem sie die AGB akzeptiert. Ebenso wie der Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede der *Partei-autonomie* Rechnung trägt, gehört es gerade auch zu dieser, dass sich eine Partei mit dem von der anderen Partei vorgegebenen Inhalt einverstanden erklären kann (vgl. GIGER, S. 61); dies selbst auch kurze Zeit nach Abschluss des Rahmenvertrags (N 19; K-1).

3. Die Schiedsklausel in den AGB geht als *lex specialis et posterior* vor

- 21 Die Klägerin behauptet in N 17, K-1 Art. 23 sei spezieller, obwohl dieser vor Einzelvertragsabschluss abgefasst wurde. Das Schiedsgericht ermittelt den Zusammenhang zwischen den Verträgen und den darin enthaltenen Schiedsklauseln nach dem Parteiwillen (vgl. TRAIN, N 27).

- 22 Dieser Parteiwille ist objektiviert und nach Vertrauensprinzip zu rekonstruieren (vgl. N 14). Danach gilt eine Willenserklärung so, wie sie ein vernünftiger Dritter in derselben Situation unter den konkreten Umständen verstehen durfte und musste (Rz. 19; GIGER, S. 63).
- 23 Die Klägerin bringt richtig vor, dass sich die Frage der *lex specialis* bzw. *generalis* stellt (N 17). Ihre Schlussfolgerung hingegen ist unzutreffend: Gerade der Einzelvertrag (inkl. dessen AGB; vgl. Rz. 17) ist im Vergleich zum Rahmenvertrag *lex specialis* (K-1 Art. 1.2). Sinn und Zweck des Rahmenvertrags ist es, allgemeine Bestimmungen und Rechte und Pflichten zu regeln (Rz. 15; N 23; K-1 Präambel), während das konkrete Projekt eine Spezifikation durch den Einzelvertrag erfährt (K-1 Art. 1.2). Sähe der Einzelvertrag keine Regelung vor, so wäre K-1 Art. 23 als Auffangbestimmung anwendbar. Aufgrund der spezielleren Regelung in B-1 Art. 18 wird jedoch die allgemeinere Bestimmung des Rahmenvertrags (K-1) verdrängt.
- 24 Die Behauptung der Klägerin (N 17), die AGB seien vor dem Rahmenvertrag formuliert worden, vermag ihr nicht zum Vorteil zu reichen. Massgeblich ist bloss der Zeitpunkt ihrer Unterschrift, d.h. der 13.11.2008. Demnach ist gerade der Einzelvertrag jünger als der Rahmenvertrag vom 12.10.2008 und überlagert die Regelung in diesem.

IV. Fazit

- 25 Für die vorliegende, aus dem Einzelvertrag resultierende Streitigkeit ist nach Massgabe von B-1 Art. 18 ein unter den DIS-Regeln konstituiertes Schiedsgericht zuständig. Folglich ist das angerufene Schiedsgericht unzuständig und hat nicht auf die Klage einzutreten.

B Dem Zentralgetriebe II hafteten keine Mängel an

I. Die Parteien haben einen gemischten Vertrag geschlossen

- 26 Die von der Klägerin in N 26 und N 48 f. vorgenommene Vertragsqualifikation ist teilweise unzutreffend. Beim Einzelvertrag (K-2; K-3; K-4) handelt es sich um einen Innominatkontrakt, welcher aus einer werkvertraglichen und einer auftragsrechtlichen Verpflichtung besteht. Ob eine Drittbegünstigung vorliegt, ist nicht für die Vertragsqualifikation entscheidend, sondern für die Ausübung der Mängelrechte (eingehender Rz. 41 ff.).
- 27 Beim Werkvertrag schuldet der Unternehmer einen Erfolg, welcher als Resultat objektiv überprüfbar ist (Art. 363 ff. OR; SCHMID/STÖCKLI, N 1659, 1670; BGE 130 III 458 E. 4). Die Klägerin qualifiziert die Herstellung der Zentralgetriebe zu Recht als Werkvertrag (N 26; K-1 Art. 5.1; K-2; K-3), denn die Zentralgetriebe sind auf ihre Funktionsfähigkeit hin überprüfbar.
- 28 Der Beauftragte schuldet nur ein sorgfältiges Tätigwerden, seine Leistung ist nicht objektiv überprüfbar (Art. 394 ff. OR; BK-FELLMANN, Art. 394 N 91 ff.; BGE 127 III 328 E. 2c; HGer SG, Nr. HG.2010.12 E. II.5.a). Die Beklagte sollte die Klägerin bei der Montage sowie Inbetriebnahme der Zentralgetriebe überwachen und instruieren (K-3 S. 2; K-4 E.3; vgl. B-4; Einleitungsantwort Rz. 6, 11). Weil das Gelingen der Montagearbeiten bspw. vom Befolgen be-

klagtischer Weisungen abhängt, kann die Montageüberwachung selbst nicht konkret überprüft werden (vgl. BÜHLER, S. 67; GAUCH, N 134; SIEGENTHALER, N 12). Folglich kann von der Beklagten nur ein sorgfältiges Tätigwerden verlangt werden, weshalb die Montageüberwachung als Auftrag zu qualifizieren ist (entgegen N 48 f., wonach es ein Werkvertrag sein soll).

II. Das Zentralgetriebe II war gebrauchstauglich

- 29 Die Klägerin bezeichnet die ursprüngliche Ölspritzeinrichtung aufgrund fehlender Gebrauchstauglichkeit als mangelhaft, weil diese die Zentralgetriebe während eines Strom- bzw. Ölpumpenausfalls nicht mit ausreichend Schmieröl versorgen könne. Dies könne nur durch einen Zusatzöltank verhindert werden (zum Ganzen N 29 ff.; Einleitungsanzeige Rz. 22 ff.).
- 30 Ein Werk ist gebrauchstauglich, wenn es dem vertraglich vorgesehenen Normalgebrauch genügt. Es muss keinen Einflüssen standhalten, die auf unvorsichtige oder ungewöhnliche Nutzung zurückzuführen sind (zum Ganzen GAUCH, N 1422; vgl. BGer 4C.149/2001 E. 3). Die Zentralgetriebe mussten für den Gebrauch in Saudi Arabien tauglich sein (K-3 S. 2). Die Klägerin sollte die Zentralgetriebe *entsprechend den Weisungen der Beklagten* montieren und in Betrieb nehmen (Rz. 28). Danach sollte die MECC die Zentralgetriebe gem. der *Bedienungsanleitung* betreiben (Einleitungsanzeige Rz. 19). Somit ist für die Gebrauchstauglichkeit auf den Gebrauchsort sowie auf das Befolgen der Weisungen der Beklagten abzustellen.
- 31 Das Zentralgetriebe II wurde i.c. entgegen den Anweisungen sowie der Bedienungsanleitung der Beklagten bei zu hoher Last mit ungenügender oder mit gänzlich fehlender Schmierölversorgung betrieben (K-8; K-11; B-4; B-5; Einleitungsantwort Rz. 16, 22).
- 32 Dieser Schluss drängt sich wegen der Schadensanalyse von Herrn Senecky (B-5) und des Fehlverhaltens der Klägerin *vor Abnahme* der Zentralgetriebe auf. Sie und die MECC wurden mehrfach ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Zentralgetriebe ohne ausreichende Ölversorgung nicht benutzt werden und dass die Maximalgeschwindigkeiten und -belastungen nicht überschritten werden durften: Bereits vor Montagebeginn befürchtete Herr Fallet, das Zentralgetriebe II sei schon betrieben worden, obwohl noch keine funktionierende Ölspritzeinrichtung existierte. Deshalb informierte er am 6.7.2010 die Klägerin über die korrekte Bedienung und Montage der Zentralgetriebe (zum Ganzen B-4; Einleitungsantwort Rz. 13). Weiter machte Herr Fallet vor seiner Abreise am 16.8.2010 die Klägerin und die MECC erneut auf die Wichtigkeit des Schmierölsystems aufmerksam und verbot die eigenmächtige Inbetriebnahme der Zentralgetriebe (K-8 Abs. 3 f.). Die Klägerin missachtete dies und führte einen Kalttestlauf durch (B-5; Einleitungsanzeige Rz. 18; Einleitungsantwort Rz. 16; vgl. Rz. 78). Ausserdem enthielt das Bedienungshandbuch klare Vorgaben über die zulässige Betriebsgeschwindigkeit, die Bedeutung einer Schmierölversorgung sowie über die korrekte Installation, Bedienung und Wartung der Zentralgetriebe. Dieses erhielten die MECC und die

Klägerin (zum Ganzen K-1 Art. 9.1 i.V.m. Art. 9.3.4; K-4 Anhang I F.2 viertes Lemma; K-8; K-11 Abs. 3; Einleitungsantwort Rz. 19, 24; Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 10).

- 33 Die Zentralgetriebe sollten mit einem *funktionierenden* Verriegelungssystem bedient werden, das von der *Klägerin* zur Verfügung gestellt wurde (K-4 Anhang I B *e contrario*; Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 12), aber *mangelhaft* war (Einleitungsantwort Rz. 23). Es war unvorsichtig, die Zentralgetriebe mit einem fehlerhaften Verriegelungssystem zu gebrauchen, weshalb beim Zentralgetriebe II die Gebrauchstauglichkeit ohnehin nicht in Frage steht (vgl. Rz. 30).
- 34 Da die Klägerin mehrfach Weisungen vor der Abnahme missachtete (Rz. 32 f.), muss angenommen werden, dass die Klägerin bzw. die MECC die Zentralgetriebe auch *nach Abnahme* bei unzureichender Ölschmierung gebrauchte. Zudem wurde die Trommelbremse manipuliert (Einleitungsantwort Rz. 23).
- 35 Im Falle einer Nutzung ausserhalb des Normalgebrauchs (Rz. 30) sowohl vor der Abnahme (Rz. 33 f.) als auch danach (Rz. 34) hätte der zusätzliche Öltank als blosses *Upgrade* (Einleitungsantwort Rz. 25) keine Wirkung gezeigt. Falls die Klägerin die Zentralgetriebe betrieb, bevor die Ölspritzeinrichtung funktionierte (Rz. 32), wäre auch der Öltank noch nicht funktionsfähig gewesen. Gleich verhält es sich bei einer fehlerhaften Benutzung nach Abnahme (Rz. 33). Der Öltank hätte Schäden verhindern können, die aufgrund von Strom- bzw. Pumpenausfällen eintreten; nicht jedoch solche, die aufgrund von überhöhten Betriebsgeschwindigkeiten entstehen (Rz. 31; Einleitungsanzeige Rz. 25). Auch hätte der zusätzliche Öltank nichts an der Missachtung von Weisungen und des Bedienungshandbuchs (Rz. 32) geändert.
- 36 Die Beschädigung des Zentralgetriebes II ist somit einzig auf dessen fehlerhafte Benutzung zurückzuführen. Folglich hätte der neue Öltank die Gebrauchstauglichkeit nicht erhöht, womit die Gebrauchstauglichkeit des am 2.2.2010 in Damman abgelieferten Zentralgetriebes II (N 43; K-7; Einleitungsanzeige Rz. 12) nicht vermindert war.

III. Das Zentralgetriebe II entsprach dem Stand der Technik

- 37 Die Klägerin begründet die fehlende Gebrauchstauglichkeit auch damit, dass die Beklagte den neuen Öltank vor Montagebeginn des Ain Dar Projekts bei anderen Anlagen verwendete (N 30, 35 f.; Einleitungsanzeige Rz. 26). Dabei verkennt sie, dass die Gebrauchstauglichkeit *nicht zeitlich*, sondern in Bezug auf den Gebrauchszweck bestimmt wird (Rz. 30; GAUCH, N 1417). Die Frage hingegen, ob ein Werk zeitgemäss gebaut ist, betrifft den *Stand der Technik*. Ein Werk entspricht dem Stand der Technik, wenn es sich auf dem neusten Stand der Entwicklung befindet (GAUCH, N 848; SIEGENTHALER, N 77).
- 38 Die Parteien definierten den Zeitpunkt, in welchem die Leistungen dem Stand der Technik entsprechen sollten, nicht. Gleichwohl ergibt sich dieser aus dem Vertragswerk (K-1; K-2; K-3; K-4): Der Klägerin war die Einhaltung von Lieferterminen wichtig, zumal das Ain Dar

Projekt ein Vorzeigeprojekt sein sollte (Einleitungsanzeige Rz. 11). Deshalb verpflichteten sich die Parteien zur termingerechten Fertigstellung der Anlage (K-1 Art. 5.7). Zudem war der Terminplan für die Beklagte verbindlich (K-4 Anhang II Ziff. 3). Eine ständige Verzögerung der Auslieferung der Zentralgetriebe, um diese jeder technischen Entwicklung anzupassen, wäre nicht im Interesse der Klägerin gewesen. Folglich sollte der aktuelle Stand der Technik nur solange beachtet werden, wie ihn die Beklagte für die Produktion der Zentralgetriebe berücksichtigen konnte. Dies entspricht der Planungsphase (vgl. BGH VII ZR 209/11, E. III.9), denn als eigenständige Komponente musste das Ölsystem spätestens in der Detailplanung konzipiert sein (vgl. K-4 Anhang I B.1). Gemäss K-4 Anhang II sollte diese Phase Ende März 2009 beendet sein. Die neue Ölspritzeinrichtung war jedoch erst 2008 *designt* worden (Einleitungsantwort Rz. 25). Gerade weil sie erst ab Winter 2009/2010 bei anderen Projekten eingebaut wurde (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 1), war sie als blosses *Design* während der Detailplanung nicht fertig entwickelt und gehörte folglich nicht zum Stand der Technik.

IV. Fazit

- 39 Das Zentralgetriebe II war gebrauchstauglich und entsprach dem Stand der Technik. Daher war es nicht mangelhaft, was eine Mängelhaftung seitens der Beklagten ausschliesst.

C Eventualiter stehen der Klägerin keine Gewährleistungsrechte zu

- 40 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten annehmen, das Zentralgetriebe II sei bei seiner Ablieferung mangelhaft gewesen, so sind die Mängelrechte der Klägerin verwirkt und verjährt.

I. Der Mangel wurde von der Klägerin nicht ordnungsgemäss gerügt

1. Die MECC war als blosser Drittbegünstigte nicht zur Rüge berechtigt

- 41 Die Mängelrüge ist grundsätzlich durch die Bestellerin zu erheben (Art. 367 Abs. 1 OR; BIEGER, N 281; vgl. BRÄNDLI, N 342). Zwar liegt ein echter Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR; vgl. sogleich) vor, doch ist dessen Umfang geringer, als von der Klägerin behauptet (N 27 f., 31, 44). Deshalb konnte die Anzeige der MECC vom 8.7.2011 (K-10) die Anforderungen an eine korrekte Mängelrüge nicht erfüllen.
- 42 Für die Annahme eines echten Vertrags zugunsten Dritter ist zunächst auf den Willen der Vertragsparteien, welcher sich primär aus dem Wortlaut ergibt, und erst anschliessend auf den Vertragszweck abzustellen (Art. 112 Abs. 2 OR; HGer ZH, ZR 97/1998, S. 22 E. V.3). Indem sich die Klägerin in N 27 f. fast ausschliesslich auf die *nachträgliche* Kommunikation zwischen der Beklagten und der MECC beruft, vernachlässigt sie, dass nachträgliches Parteiverhalten nur relevant ist, wenn Unklarheit über den tatsächlichen Inhalt einer Willenserklärung herrscht (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1223; BGE 129 III 675 E. 2.3; 107 II 417 E. 6). Überdies ist entgegen N 28 das Interesse des Dritten an seiner Begünstigung für die Auslegung kaum beachtlich (vgl. KRAUSKOPF, N 923 ff.; OGer ZH, Nr. LN110002 E. III.3d).

- 43 Die Parteien schlossen den Rahmenvertrag (K-1) am 12.10.2008 als Grundlage für eine langfristige Zusammenarbeit (vgl. Rz. 15; K-1 Präambel) und regelten darin *ihre* gegenseitigen Rechte und Pflichten (N 19; K-1 Art. 1.2). Damals entsprach es weder Parteiwillen noch Vertragszweck, einen Dritten einzubeziehen, zumal stets nur die „*Auftraggeberin*“ sowie die „*Auftragnehmerin*“ im Rahmenvertrag (K-1) genannt werden. Erst bei Abschluss des Einzelvertrags (K-2; K-3; K-4) wurde die MECC berücksichtigt. Beide Parteien wussten, dass die MECC die Zementproduktionsanlage übernehmen sollte, und dass aufgrund der Garantiezeit eine Reparatur auch nach der Übernahme erfolgen konnte (K-1 Art. 17.2; K-3 S. 2; K-4 Anhang II; Einleitungsanzeige Rz. 19). Folglich sollte die MECC die *Reparaturleistung annehmen* dürfen; dies jedoch erst, *nachdem* die Klägerin und die Beklagte übereingekommen sind, ob die Gewährleistung die Reparatur umfasst. Weder die Klägerin noch die Beklagte hatten ein Interesse daran, der MECC ein eigenständiges Rügerecht einzuräumen. Keine Drittperson sollte ausschliesslich Forderungen *direkt* aus dem Rahmenvertrag (K-1) zum Entstehen bringen können, ohne selbst den Vertragspflichten unterworfen zu sein. Dies widerspräche dem umfassenden Rechten- und Pflichtenverhältnis gem. Rahmenvertrag (vgl. Rz. 15). Auch war es nicht im Interesse der Klägerin, eine Drittperson ausschliesslich zu begünstigen. Damit die Klägerin bspw. überhaupt eine Konventionalstrafe aus verspäteter Reparaturleistung (K-1 Art. 17.3) fordern kann, muss sie Kenntnis davon haben, dass die Beklagte einen Werkmangel nicht rechtzeitig behebt (eingehender Rz. 89 ff.). Könnte die MECC selbständig eine unentgeltliche Reparatur fordern, wäre nicht sichergestellt, dass die Klägerin von der Gewährleistungspflicht der Beklagten erführe (vgl. K-10; K-11; Einleitungsanzeige Rz. 24).
- 44 Somit war die MECC *nur zur Entgegennahme* der Reparaturleistung und Geltendmachung allfällig damit verbundener Rechte berechtigt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3894 ff.; HUGUENIN, N 1141; KRAUSKOPF, N 1021 ff.; BGE 117 II 315 E. 5d).
- 45 Ausserdem wurde das Rügerecht an die MECC nicht *aufgrund* des Vertrags zugunsten Dritter *abgetreten* (entgegen N 26, 75). Falls die Klägerin mit „*Abtretung*“ eine Zession (Art. 164 ff. OR) meint, misslingt ihr der Beweis eines Abtretungsvertrags zwischen der Klägerin und der MECC (BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 15; SCHWENZER, N 90.11). Ein solcher Vertrag widerspräche einem Vertrag zugunsten Dritter, bei dessen Abschluss der Dritte nicht mitwirkt (HUGUENIN, N 1122; vgl. BGer 5C.7/2004 E. 4.3). Zudem wäre die MECC nach Abtretung die neue Gläubigerin des Gewährleistungsanspruchs und nur sie zur Geltendmachung desselben legitimiert (BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 46; vgl. BGer 5A_771/2009 E. 3.2.2).

2. Die MECC war weder Stellvertreterin noch Hilfsperson der Klägerin

- 46 Zu Recht bezeichnet die Klägerin die MECC weder als ihre Stellvertreterin noch Hilfsperson. Als Stellvertreterin der Klägerin i.S.v. Art. 32 Abs. 1 OR hätte die MECC im Namen und auf

Rechnung der Klägerin handeln müssen. Jedoch erwähnte die MECC in ihrem Schreiben vom 8.7.2011 (K-10) die Klägerin nicht und der Klägerin war das Handeln der MECC nicht bekannt (Einleitungsanzeige Rz. 24). Auch liegt keine stillschweigende Stellvertretung (Art. 32 Abs. 2 OR) vor, denn dazu hätte das Vertretungsverhältnis für die Beklagte erkennbar oder es hätte ihr gleichgültig sein müssen, mit wem sie den Vertrag schloss. Zudem hätte die MECC mit Vertretungswillen handeln müssen (BGE 117 II 387 E. 2a; 100 II 200 E. 8a). Weder lagen ein solcher Wille noch Hinweise auf ein Vertretungsverhältnis vor (vgl. K-10). Wegen des Rahmenvertrags (K-1) war es der Beklagten wichtig (Rz. 43), wer ihre Vertragspartnerin ist.

47 Als Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR hätte die MECC mit Wissen und Willen der Klägerin die Rüge erheben müssen (SCHWENZER, N 23.04; BGE 99 II 46 E. 1). Jedoch handelte die MECC ohne Kenntnis der Klägerin (Rz. 46).

3. Der Mangel wurde zu spät gerügt

48 Entgegen N 31 ist am 8.7.2011 keine Rüge erfolgt, da die MECC keine Mängelrüge erheben konnte (Rz. 41 ff.). Die Klägerin erfuhr von den Beschädigungen spätestens am 18.5.2012 (Einleitungsanzeige Rz. 29). Jedoch zeigte sie diese der Beklagten erst am 30.9.2012 an (Einleitungsanzeige Rz. 30), obwohl sie einen Mangel nach dessen Entdeckung nach dem üblichen Geschäftsgang sofort anzuzeigen hätte (Art. 367 Abs. 1 OR; BIEGER, N 258; vgl. BGE 124 III 456 E. 4c). Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin den Mangel erst nach vier Monaten rügte. Die Mängelrüge am 30.9.2012 war daher verspätet. Eine frühere Rüge müsste die Klägerin beweisen (Art. 24 [1] Swiss Rules; zum Ganzen BGE 118 II 142 E. 3a; ICC Case No. 7301; vgl. Zuberbühler/Müller/Habegger-NATER-BASS/ROUVNEZ, Art. 24 N 4 ff.).

49 Daran ändert auch ein geheimer Mangels nichts. Wie die Klägerin in N 32 festhält, ist ein solcher sofort nach seiner Entdeckung zu rügen (Art. 370 Abs. 3 OR). Eine Rüge nach vier Monaten (Rz. 48) genügt diesem Erfordernis nicht (vgl. BGE 131 III 145 E. 7.3).

4. Die Nachricht der MECC wäre nicht ausreichend substantiiert gewesen

50 Entgegen N 32 f. wäre die Mängelrüge der MECC nicht ausreichend substantiiert gewesen. Wie die Klägerin zu Recht bemerkt, muss die Rüge Art und Umfang der Mängel nennen (N 32). Dadurch soll der Gewährleistungspflichtige entscheiden können, wie er sich im Hinblick auf eine mögliche Haftung verhalten soll. Deshalb sind Mängel *genau* und nicht nur allgemein anzugeben (zum Ganzen BIEGER, N 154, 156; SCHMID/STÖCKLI, N 1758; BGE 107 II 172 E. 1a; BGer 4C.130/2006 E. 4.2.1; 4C.395/2001 E. 2.1.1).

51 Die MECC nannte *nur die Mangelursache*, namentlich eine unzureichende Ölschmierung. Weil verschiedene Komponenten des Zentralgetriebes beschädigt worden waren (vgl. K-14), hätte die Beklagte im Hinblick auf eine schnelle und effiziente Reparatur wissen müssen, dass fast die gesamte Anlage beschädigt worden ist. Dies umso mehr, als Reparaturleistungen einer

Konventionalstrafe unterliegen (K-1 Art. 17.3 i.V.m. Art. 14). Mit der pauschalen Aussage, das Zentralgetriebe II habe sich aufgrund mangelnder Ölschmierung abgeschaltet (K-10 Abs. 1 f.), konnte die Beklagte den Umfang möglicher Reparaturarbeiten nicht abschätzen.

- 52 Die Klägerin deutet an, die Anforderungen an die Rügesubstantiiiertheit seien reduziert, weil die MECC eine Laiin bezüglich der Zentralgetriebe sei (N 33). Dieser Einwand ist jedoch unzutreffend, denn obgleich die MECC keine Expertin ist, wohnte sie der Montage bei (Rz. 32; K-8). Dabei erhielten sie und die Klägerin umfassende Informationen (Rz. 32.; Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 10). Auch wurde die MECC nach dem Endtestlauf während drei Monaten instruiert (K-4 Anhang II; Einleitungsanzeige Rz. 19). Der MECC wurde folglich über längere Zeit Fachwissen über die Zentralgetriebe vermittelt. Ihr wäre es möglich gewesen, zumindest die beschädigten Hauptkomponenten (Haupt- und Nebengetriebe sowie EL-CO-Kupplung; vgl. K-14) des Zentralgetriebes II zu nennen (vgl. BIEGER, N 158, 160 f.).
- 53 Daran vermag auch der Einwand, dass eine frühere Besprechung von Problemen die Anforderungen an die Substantiiiertheit herabsetzen sollte (N 33), nichts zu ändern. Bevor ein Schaden eingetreten ist, kann ein solcher nicht beschrieben werden. Die Beklagte konnte nicht abschätzen, wie sie sich bei einer späteren Beschädigung verhalten sollte (vgl. Rz. 50).

II. Die Klägerin hat den Mangel durch verspätete Mängelrüge genehmigt

- 54 Entgegen N 39 genehmigte die Klägerin durch die verspätete Mängelrüge den Mangel stillschweigend und verwirkte ihre Mängelrechte (Art. 370 Abs. 2 OR; HUGUENIN, N 3179; BGE 117 II 425 E. 2; BGer 4A_55/2012 E. 6.3 f.; HGer ZH, Nr. HG080290-O E. 3.3, 3.4.1).

III. Die Beklagte hat ihre Haftung nicht anerkannt

- 55 Als weitere Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht der Beklagten müsste diese ihre Haftung i.S.v. K-1 Art. 17.3 anerkannt haben.
- 56 Die Behauptung, die Beklagte habe ihre Haftung konkludent bzw. stillschweigend anerkannt (N 73), ist nicht schlüssig. Die Beklagte *lehnte* im Schreiben vom 10.7.2011 ihre Haftung *ausdrücklich ab* und sprach von einer entgeltlichen Reparatur (K-11 Abs. 3 f.; Einleitungsantwort Rz. 19). Die Beklagte akzeptierte weder stillschweigend noch konkludent eine Gewährleistungspflicht, zumal konkludentes Verhalten eindeutig sein muss (OGer ZG, RPW 2013, S. 459, E. 2.3.5; vgl. HUGUENIN, N 174; BGE 123 III 53 E. 5a).
- 57 Weiter ist unklar, weshalb der E-Mailkontakt zwischen der Beklagten und der MECC eine Haftungsanerkennung beweisen soll (N 73). Die Beklagte wollte als führende Herstellerin und Entwicklerin von Komponenten der Antriebstechnik (K-1 Präambel) sicherstellen, dass ihr *entgeltlicher* Reparaturauftrag zur Zufriedenheit der MECC ausgeführt wird. Wegen der Auswechslung des Zentralgetriebes II (N 76; Einleitungsanzeige Rz. 27; Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 11) war eine Koordination mit der Betreiberin der Anlage unumgänglich. Folgte

man der Argumentation der Klägerin, so hätte die Beklagte ohne die MECC zu informieren, das Zentralgetriebe II ausbauen müssen, um keine Haftungsanerkennung zu riskieren. Dies überzeugt nicht. Gleiches gilt für die Aussage, die Beklagte habe ihre Haftung anerkannt, weil ihr die Reparatur ein Anliegen sei (N 73). Entsprechend ihrer Markstellung (vgl. soeben) ist der Beklagten die Zufriedenheit ihrer Kunden bei jedem Auftrag wichtig.

58 Zu Recht bringt die Klägerin nicht vor, die Beklagte habe ihre Haftung i.S.v. K-1 Art. 17.5 konkludent anerkannt. Eine Haftungsanerkennung wird nur fingiert, wenn die Beklagte der Aufforderung zur Behebung des Mangels nicht innert sieben Tagen nach Information durch die *Klägerin* nachkommt. In casu hat die Beklagte bereits am 10.7.2011 auf das Schreiben der MECC vom 8.7.2011 geantwortet (K-10; Einleitungsanzeige Rz. 20; Einleitungsantwort Rz. 19) und sich um die Entsendung eines Servicetechnikers bemüht (K-11), obgleich die MECC nicht zur Erhebung der Mängelrüge berechtigt war (Rz. 41 ff.). Die Klägerin könnte auch nicht behaupten, „*Behebung eines Mangels*“ (K-1 Art. 17.5) bedeute, dass die Beklagte innert sieben Tagen fachkundiges Personal vor Ort bereitzustellen habe (K-1 Art. 17.3). K-1 Art. 17.3 thematisiert nur, wie ein Mangel *generell zu beheben* ist, nicht jedoch die Haftungsanerkennung, und kann nicht zur Auslegung von K-1 Art. 17.5 herangezogen werden. Die Klägerin legt zudem nicht dar, die Beklagte habe nicht innert sieben Tagen Personal vor Ort zur Verfügung gestellt. Die Klägerin führt nur an, Herr Senecky habe seine *Inspektionsarbeit* am 18.7.2011 aufgenommen (Einleitungsanzeige Rz. 22), jedoch nicht, wann er eintraf.

IV. Die Klägerin hat allfällige Ansprüche durch unsachgemässen Gebrauch verwirkt

1. Der Gewährleistungsausschluss richtet sich nach K-1 Art. 17.4

59 Die Klägerin übersieht in N 34 f., dass Art. 369 OR durch K-1 Art. 17.4 ersetzt wurde, weil K-1 Art. 17.4 die gesetzliche Regelung ausschliesst. Nach Art. 369 OR entfallen die Gewährleistungsrechte des Bestellers, wenn diesen am Mangel ein ausschliessliches Selbstverschulden trifft. Ist dieser nur teilweise für den Mangel verantwortlich, bleiben die Mängelrechte in reduziertem Umfang erhalten (BRÄNDLI, N 246 ff.; GAUCH, N 2061, 2065; LENZLINGER GADIANT, S. 109 f.). Hingegen ist nach K-1 Art. 17.4 massgebend, ob das Werk unsachgemäss *gebraucht* wurde. Trifft dies zu, entfallen die unentgeltlichen Mängelrechte vollständig.

2. Die Klägerin missachtete Weisungen der Beklagten

60 Die Beschädigung des Zentralgetriebes II war keine Folge eines Werkmangels (entgegen N 35). Vielmehr ist diese ausschliesslich auf das Missachten von beklagtischen Weisungen seitens der Klägerin zurückzuführen (Rz. 31 ff.).

3. Die Klägerin missachtete eigene Pflichten

61 Die Klägerin gefährdete den Erfolg des Projekts zudem dadurch, dass die Baustelle bei Herrn Fallets Ankunft am 3.7.2011 noch nicht ausreichend vorbereitet war (B-4). Auch wenn die

MECC den ordentlichen Stromzugangs gewährleisten sollte (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 4), war die Klägerin für einen pünktlichen Montagebeginn verantwortlich (K-1 Art. 4.1).

V. Die Haftungsfreizeichnung nach K-1 Art. 17.9 ist zulässig

1. Die Beklagte handelte nicht grobfahrlässig

62 Entgegen den Behauptungen der Klägerin in N 36 stellt K-1 Art. 17.9 keine nichtige Haftungsfreizeichnung gem. Art. 100 Abs. 1 OR dar. Wie die Klägerin selbst festhält, ist ein Verhalten nur grobfahrlässig, wenn eine Sorgfaltspflicht verletzt wird, die derart elementar ist, dass sie von jeder vernünftigen Person in der gleichen Situation beachtet werden müsste (N 36; BGE 119 II 443 E. 2a). Entgegen der klägerischen Ansicht verwendete die Beklagte keine veraltete Technik, da die „*neue Technologie*“ noch nicht praxiserprobt war, als die Planung des Ain Dar Projekts beendet war (Rz. 37 ff.). Eine vernünftige Person ist nicht gehalten, eine Technologie zu berücksichtigen, bei der noch ungewiss ist, ob sie sich in der Praxis bewährt. Die Beklagte handelte daher nicht grobfahrlässig.

2. Die Haftungsfreizeichnung ist nicht sittenwidrig

63 K-1 Art. 17.9 ist nicht sittenwidrig i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR (entgegen N 37 f.). Generell wird eine Sittenwidrigkeit bei Haftungsfreizeichnungen abgelehnt, solange nicht die Haftung für Personenschäden ausgeschlossen wird (BUOL, N 333, 336; BGE 94 II 197 E. 16; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 676; BGE 115 II 232 E. 4c; BGer 4A_21/2009 E. 5.1 f.).

64 Zudem verkennt die Klägerin den Anwendungsbereich der Sittenwidrigkeit. Sie ruft mit dem Verweis auf BGE 114 II 159 E. 2a das Verbot der übermässigen Bindung gem. Art. 27 ZGB an (N 37). Eine unzulässige übermässige Bindung liegt nur vor, wenn sich eine Partei zeitlich bzw. in einem besonders persönlichkeitsnahen Bereich übermässig bindet oder ihre wirtschaftlichen Existenzgrundlagen gefährdet (BUOL, N 333 ff.; LÖRTSCHER, S. 216 ff.; BGE 114 II 159 E. 2a; 104 II 6 E. 2a; 95 II 55). Vorliegend ist keine dieser Konstellationen erfüllt. Ausserdem war die Klägerin nicht den Weisungen der Beklagten ausgeliefert. Dies könnte nur bejaht werden, wenn eine Partei gegenüber der anderen kaum mehr eigene Entscheidungsfreiheit besässe (vgl. BGE 104 II 108 E. 5). Jedoch *beauftragte* die *Klägerin* die *Beklagte*, sie zu unterstützen (Rz. 28) und lieferte sich der Beklagten dadurch nicht aus (vgl. Art. 404 OR).

VI. Der Nachbesserungsanspruch ist verjährt

1. Die Abnahme des Zentralgetriebes II ist erfolgt

65 Entgegen der klägerischen Darstellung in N 40 f. ist die Abnahme des Zentralgetriebes II am 26.12.2010 erfolgt. Nach K-1 Art. 13.2.1 gilt eine Abnahme als erfolgt, wenn ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind. Im Anschluss daran ist die letzte Rate des Gesamtvertragspreises in Höhe von 10% geschuldet (K-3 S. 4). Die Klägerin führte am 26.12.2010 einen Endtestlauf durch. Daraufhin wurde der Beklagten die letzte Rate am

2.1.2011 gutgeschrieben (B-6; Einleitungsanzeige Rz. 18; Einleitungsantwort Rz. 17). Die Klägerin zeigte dadurch, dass der Leistungstest erfolgreich war. Dies durfte von der Beklagten tatsächlich sowie nach Vertrauensprinzip (vgl. Rz. 22) so verstanden werden, da auch der Zahlungsvermerk (B-6) auf nichts Gegenteiliges schliessen liess.

- 66 Zudem fand die Abnahme ebenfalls gem. K-1 Art. 13.2.2 statt. Demnach gilt eine Abnahme als erfolgt, wenn die Beklagte bis zum Ende der Inbetriebnahme weder die Möglichkeit hatte, einen Leistungstest durchzuführen, noch, einen solchen zu wiederholen. Weil die Beklagte nicht zum Endtestlauf eingeladen worden war (Rz. 65; Einleitungsantwort Rz. 17), wurde dieser ohne sie durchgeführt. Aufgrund der letzten Ratenzahlung (Rz. 65) hatte die Beklagte keine Veranlassung, den Leistungstest zu wiederholen, was auch die Klägerin nie verlangte.
- 67 Daran ändert auch das nicht durch beide Parteien unterzeichnete Abnahmeprotokoll nichts (Einleitungsanzeige Rz. 18), denn dieses ist deklaratorischer Natur (entgegen N 41). Die Abnahme wird durch das Abnahmezertifikat nur *bestätigt* (K-1 Art. 13.2; K-3 S. 3). Die Klägerin soll mit einem Zertifikat allfällige Rügen für festgestellte Mängel anbringen können (vgl. SIEGENTHALER, N 117 f.; HG ZH, Nr. HG080288 E. III.3.3.1). Der Beklagten dient das Abnahmeprotokoll als Beweis für eine erfolgte Abnahme, um Unklarheiten in Bezug auf eine solche zu vermeiden. Dem entspricht, dass die Unterzeichnung des Abnahmezertifikats nicht aus unbilligen Gründen bzw. wegen unbedeutender Abweichungen vom Vertrag verweigert werden darf (K-1 Art. 13.4). Ausserdem widerspräche eine konstitutive Bedeutung des Abnahmezertifikats den Abnahmefiktionen gem. K-1 Art. 13.2.1 f. Diese dienen dem Schutz der Beklagten, weil die Klägerin die Leistungstests durchführen sollte (K-3 S. 3) und es in ihrem Belieben war, wann sie dies tat. Auch im Hinblick auf die letzte Ratenzahlung (Rz. 65) wäre ein konstitutives Abnahmezertifikat sinnwidrig. Da mit der Zahlung ein erfolgreicher Leistungstest, welcher eine Abnahme bedeutet (K-1 Art. 13.2.1), bestätigt wird (K-3 S. 3), muss dies durch das Abnahmezertifikat nicht erneut konstitutiv festgehalten werden.

2. Die Verjährungsfrist ist verstrichen

- 68 Die Klägerin missversteht in N 42 f. die Bestimmung K-1 Art. 17.2., wonach *alternativ* auf denjenigen Verjährungszeitpunkt abgestellt wird, welcher *zuerst eintritt*. Wenn die Klägerin zu Recht annimmt, dass die Abnahme am 26.12.2010 erfolgt ist (N 42), so beginnt die 12-monatige Verjährungsfrist in diesem Zeitpunkt und endet am 26.12.2011 (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Würde man die Ablieferung von Zentralgetriebe II am 2.2.2010 (Rz. 36; N 43; K-7; Einleitungsanzeige Rz. 12) als Beginn der Frist erachten, endete diese nach 36 Monaten am 2.2.2013. Die Verjährung nach einer *Abnahme* tritt früher ein und ist daher massgebend.
- 69 Folglich hätte die Klägerin die Verjährung bis am 26.12.2011 unterbrechen müssen. Dazu hätte die Beklagte gem. Art. 135 Ziff. 1 OR ihre Schuld anerkennen oder die Klägerin nach

Ziff. 2 innert dieser Frist eine *gerichtliche* Klage einreichen müssen. Allem voran lehnte die Beklagte ihre Haftung ausdrücklich ab (Rz. 55 ff.). Sodann erfolgte die am 11.1.2013 eingereichte Einleitungsanzeige zwei Jahre zu spät. Auch wurde die Verjährungsfrist weder durch die private Nachricht vom 8.7.2011 (Rz. 41) noch durch diejenige vom 30.9.12 (Rz. 48) unterbrochen (entgegen N 43). Der Zeitpunkt der Mängelrüge ist nur für die Einhaltung der *Rügef়rist* massgeblich, nicht jedoch für die Verjährungsunterbrechung (BRÄNDLI, N 1038; GAUCH, N 2271). Die Verjährungsfrist wurde folglich nicht unterbrochen (entgegen N 42 f.).

VII. Die Forderungshöhe ist unzutreffend

- 70 Die Bezifferung der Nachbesserungsforderung mit EUR 767'000.00 (N 45) ist inkorrekt. Die Krankkosten von EUR 322'775.00 wurden von der MECC direkt bezahlt (K-15; Einleitungsanzeige Rz. 27). Grundsätzlich übernimmt die Beklagte die Kosten im Fall einer unentgeltlichen Gewährleistung (K-1 Art. 17.1). Dennoch darf die *Klägerin* selber auf Kosten der Beklagten die Mängelbeseitigung vornehmen, aber *nur*, wenn die Beklagte der Aufforderung zur Mangelbehebung nicht innert sieben Tagen nachkommt (K-1 Art. 17.5). Dies tat die Beklagte jedoch (Rz. 58). Ausserdem hatte die MECC kein Recht zur Ersatzvornahme (Rz. 44), womit die Krankkosten in keinem Fall von der Beklagten zu tragen sind.

VIII. Fazit

- 71 Eine Nachbesserungsforderung der Klägerin wäre sowohl verwirkt als auch verjährt.

D Eventualiter sind die Nachbesserungskosten für die Beklagte übermässig

- 72 Entgegen N 46 sind die Nachbesserungskosten übermässig. Bei der Beurteilung der Übermässigkeit sind nicht nur das Interesse der Klägerin und der Aufwand der Beklagten, sondern alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu beachten, insb. der Gesamtvertragspreis und das Verschulden der Beteiligten (vgl. KOLLER, Ausschluss, S. 11 f.; LAUBE, N 203 f., 207). Die Kosten von EUR 767'000.00 (zzgl. Zins) für Arbeiten an *einem* Zentralgetriebe sind beim Vertragspreis für *zwei* Zentralgetriebe EUR 3'600.000.00 (K-3 S. 3) zu hoch. Denn zum einen hat die Klägerin das Zentralgetriebe II mehrfach unsachgemäss gebraucht (Rz. 60 f.) und zum anderen fielen die Krankkosten ungerechtfertigterweise an (Rz. 70).

E Der Klägerin stehen keine Schadenersatzansprüche aus Werkvertrag zu

- 73 Entgegen N 48-59 stehen der Klägerin keine Ansprüche aus Werkvertrag zu, zumal es sich bei der Montageüberwachung um eine auftragsrechtliche Pflicht handelt (Rz. 28).
- 74 Überdies könnte die Klägerin keine Ansprüche aus einer werkvertraglichen Nebenpflicht, insb. nicht aus der unternehmerischen Sorgfaltspflicht (Art. 364 Abs. 1 OR), ableiten. Letztere bindet den Unternehmer nur während *Ausführung* und *Ablieferung* des Werks. Danach muss der Unternehmer den Besteller allenfalls noch über die Inbetriebnahme und die Benutzung des Werks informieren. Eine Montageüberwachung hingegen wird nicht verlangt (zum Ganzen

GAUCH, N 817, 836; ZK-BÜHLER, Art. 364 N 12 ff.; BGE 129 III 604 E. 4.1; 94 II 157 E. 5). Die Beklagte informierte die Klägerin ausführlich über die Inbetriebnahme und die Benutzung der Zentralgetriebe (Rz. 32) und kam ihrer Informationspflicht umfassend nach.

F Der Klägerin stehen keine Schadenersatzansprüche aus Auftrag zu

I. Die Beklagte hat ihre auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten erfüllt

- 75 Im Gegensatz zur klägerischen Darstellung in N 50 kann der Beklagten keine Verletzung ihrer auftragsrechtlichen Montageüberwachungspflicht vorgeworfen werden.
- 76 Die Beklagte hatte die Montage ausschliesslich zu überwachen und die Klägerin bei Bedarf zu instruieren (Rz. 28). Eine aktive Rolle sollte ihr gerade nicht zukommen. Deshalb ist der Vorwurf, Herr Fallet sei passiv gewesen (Einleitungsanzeige Rz. 15), unberechtigt. Im Übrigen hätte ihn die Klägerin bei Unzufriedenheit jederzeit abberufen können (K-1 Art. 3.4).
- 77 Die Kritik, die Beklagte habe während der Montagephase nicht ausreichend Personal zur Verfügung gestellt (N 50), wird kaum begründet und vernachlässigt die Parteivereinbarungen. Nach K-4 Anhang I E.3 muss die Beklagte der Klägerin nur ihrem *Bedarf entsprechend* Personal zur Verfügung stellen, da die Beklagte nach K-1 Art. 3.1 ihre Leistungen *eigenverantwortlich* durchführen kann. Weil die Klägerin Herrn Fallets Dienste während der Montage wenig in Anspruch nahm, entschied sich Herr Fallet zu Recht, die Montage vorübergehend zu verlassen (entgegen N 50; K-8; Einleitungsantwort Rz. 15). Um sicherzustellen, dass auch dies dem Bedarf der Klägerin entsprach, kündigte er seine Abreise vorzeitig an (K-8 Abs. 1; Einleitungsantwort Rz. 15). Die Klägerin hingegen forderte erst eine Woche nach Herrn Fallets Abreise (nicht „*unverzüglich*“) einen neuen Techniker an (vgl. K-9; Einleitungsanzeige Rz. 16 f.). Wäre Herr Fallet unverzichtbar gewesen, hätte die Klägerin bereits vor seiner Abreise seine konstante Vor-Ort-Präsenz gefordert und nicht erst sieben Tage danach.
- 78 Auch die Kritik an Herrn Fallets „*verspäteter*“ Rückkehr (N 50; Einleitungsanzeige Rz. 17) am 15.9.2010 (B-5) ist unberechtigt. Vor seiner Abreise hinterliess er eine 16 Punkte umfassende Aufgabenliste und kam damit seiner Instruktionspflicht (Rz. 74) nach. In ihrer Bitte um Entsendung eines Servicetechnikers (K-9) brachte die Klägerin denn auch nicht zum Ausdruck, die Aufgaben könnten nicht von ihr erfüllt werden. Vielmehr bat sie nur deshalb um die Entsendung des Technikers, weil sie „*den Kalttestlauf baldmöglichst durchgeführt*“ haben wollte (K-9). Ein Ingenieur sollte nur vor Ort sein, weil es gem. Herrn Fallet verboten war, die Zentralgetriebe ohne vorherige Inspektion durch die Beklagte in Betrieb zu nehmen (Rz. 32; K-8 Abs. 4; B-5; Einleitungsantwort Rz. 15 f.). In diesem Zusammenhang ist unzutreffend, die Beklagte hätte ohne weiteres am Kalttestlauf vom 14.9.2010 anwesend sein können (entgegen N 50). Herr Fallet kündigte nur seine *Rückkehr* auf den 13.9.2010 an (K-8 Abs. 3). Aufgrund der ausstehenden, notwendigen Inspektion durfte die Klägerin nicht erwar-

ten, den Kalttestlauf, ob mit oder ohne Beklagte, am 14.9.2010 durchführen zu können. Dies umso mehr, als sie den verspäteten Montagebeginn zu vertreten hat (Rz. 61). Die Klägerin hätte sich deshalb über Herrn Fallets Ankunft und das weitere Prozedere erkundigen müssen.

- 79 Der Besuch eines Prinzen (N 51; B-5 Abs. 3; vgl. K-9) rechtfertigt die Inbetriebnahme ebenso wenig. Die Klägerin wusste drei Wochen vor dem Testlauf von dieser Besichtigung (K-9) und hätte diese auf einen Zeitpunkt nach Inbetriebnahme festlegen können. Zudem verhält sie sich treuwidrig, wenn sie sich darauf beruft, dass das Ain Dar Projekt ein Vorzeigeprojekt werden sollte (Rz. 38), obwohl sie durch die eigenmächtige Inbetriebnahme eine Beschädigung der Zentralgetriebe (Rz. 31 ff., 60; B-5; Einleitungsanzeige Rz. 18) und ein Scheitern des Projekts riskierte. Auch die Bestimmung über die Beachtung lokaler Kodexe und Sitten (K-4 Anhang I E.6) ist in dem Zusammenhang nicht anwendbar (entgegen N 51), da sie sich auf das Verhalten des Servicepersonals vor Ort bezieht und keinen Einfluss auf die Terminplanung hat.
- 80 Des Weiteren erfüllte die Beklagte nach dem Kalttestlauf ihre Interessenswahrungspflicht, indem Herr Fallet einen *zusätzlichen* ABB-Fachmann anforderte, um die beim Kalttestlauf eingetretenen Schäden beurteilen zu können (B-5 Abs. 4; Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 2; vgl. BK-FELLMANN, Art. 398 N 371; BGE 93 II 311 E. 2a).
- 81 Die Abwesenheit der Beklagten beim Leistungstest könnte ihr ebenfalls nicht vorgeworfen werden. Gerade weil die Beklagte während der Inbetriebnahmephase teilweise abwesend war, was zu Recht nicht bemängelt wurde (Einleitungsanzeige Rz. 18 *e contrario*), hätte die Klägerin die Beklagte für die Durchführung des Leistungstests am 26.12.2010 einladen müssen. Dies unterliess die Klägerin, obwohl sie wusste, dass die Beklagte mit einem Endtestlauf Mitte Januar 2011 rechnete (K-8 Abs. 3). Anders als beim Kalttestlauf kann die Klägerin nicht darlegen, die Beklagte zum Testlauf eingeladen zu haben (vgl. K-9; Einleitungsantwort Rz. 17), obwohl sie dies beweisen müsste (Art. 24 [1] Swiss Rules).
- 82 Überdies überzeugt nicht, dass die Ölschmierung der Zentralgetriebe stets von einem Mechaniker der Beklagten zu überwachen sei (N 61). Konsequenterweise würde dies bedeuten, dass die Beklagte auch nach Abnahme der Zentralgetriebe die Zementproduktionsanlage auf unbestimmte Zeit überwachen müsste. Dies widerspräche K-1 Art. 13.3 und K-4 Anhang II Ziff. 4.
- II. Allfällige Sorgfaltspflichtverletzungen wären für die Schäden nicht kausal gewesen**
- 83 Die Klägerin prüft die Kausalität von Unterlassungen zu Recht mit der *conditio cum qua non* (N 53 f.), erwähnt aber nicht, dass der Schaden bei Vornahme der gebotenen Handlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können (BK-FELLMANN, Art. 398 N 461; BGer 4A_520/2007 E. 4). Die Klägerin missachtete mehrfach klare Weisungen der Beklagten beim Betrieb der Zentralgetriebe (Rz. 31-34). Deshalb kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwartet werden, dass die Klägerin die Weisungen besser beachtet

hätte, nur weil die Beklagte vor der Abnahme bzw. beim Endtestlauf konstant anwesend gewesen wäre. Auch war die Abwesenheit der Beklagten vor und bei dem Kalttestlauf (Rz. 78) für die Beschädigung von Zentralgetriebe II nicht kausal. Weil Herr Fallet nach seiner Rückkehr am 15.9.2010 (B-5) und der ABB-Techniker (Rz. 80) das Zentralgetriebe II fachkundig untersuchten, mussten sie sämtliche vorhandenen Beschädigungen bemerken. Lediglich wegen einer früheren konstanten Anwesenheit von Herrn Fallet wäre die Prüfung nicht anders ausgefallen. Daher wären Mängel, die bei der vorgenommenen Begutachtung nicht entdeckt wurden, auch sonst nicht gefunden worden.

84 Entgegen N 54 hätte ein Servicetechniker mangels aktiver Handlungspflicht (Rz. 76) eine unzureichende Ölschmierung nicht selbst beheben, sondern die Klägerin nur darüber informieren müssen. Das Personal der Klägerin hätte daraufhin den Mangel beheben müssen, was in Anbetracht des nachlässigen Verhaltens der Klägerin (Rz. 31 ff.) mehr als fraglich ist.

III. Fazit

85 Die Klägerin hat keinen Schadenersatzanspruch aus Auftrag, da der Beklagten keine Sorgfaltspflichtverletzungen vorgeworfen werden können und solche nicht kausal gewesen wären.

G Die Klägerin hat keine Ansprüche aus bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag

86 Der Klägerin stehen entgegen N 66 ff. keine Ansprüche aus bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) zu. Sie hält in N 66 richtigerweise fest, dass die Beklagte in ein Recht der Klägerin hätte eingreifen müssen, welches dieser zur *ausschliesslichen* wirtschaftlichen Nutzung zugewiesen ist (HUGUENIN, N 2168; SCHMID, N 748). Zwischen den Parteien war nur vereinbart, dass die *Klägerin* ein *Recht* auf Gewährleistung gegenüber der Beklagten habe (K-1 Art. 17), jedoch nicht, dass die Beklagte nur Reparaturen vornehmen dürfe, die auf eine Initiative der Klägerin zurückgehen. Eine solche Unterlassungspflicht enthält K-1 Art. 17 nicht. Die Beklagte durfte mit der MECC einen entgeltlichen Vertrag schliessen, ohne ihre Verpflichtungen gegenüber der Klägerin zu verletzen. Die Klägerin stützt dies selbst, indem sie festhält, dass der Vertrag zwischen der MECC und der Klägerin nur diese Parteien berührt (N 66; *Relativität des Schuldverhältnisses*; SCHWENZER N 4.06 f.; BGE 114 II 91 E. 4a.aa). Eine gegenteilige Auffassung stünde im Widerspruch zur Vertragsabschlussfreiheit (vgl. ARNET, N 174 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 612, 614; BGE 129 III 35 E. 6.1).

87 Ausserdem hat der Unternehmer keinen Anspruch darauf, vom Besteller für die Nachbesserung belangt zu werden. Der Besteller entscheidet selbst, ob und von wem er eine Mängelbehebung fordert (vgl. GAUCH, N 1710). Deshalb hatte die Klägerin als Hauptunternehmerin kein Recht, von der MECC als Bauherrin (N 26) in Anspruch genommen zu werden.

88 Folglich durfte die Beklagte mit der MECC eine entgeltliche Reparatur vereinbaren, ohne widerrechtlich in ein ausschliessliches Recht der Klägerin einzugreifen.

H Der Klägerin steht kein Anspruch auf eine Konventionalstrafe zu**I. K-1 Art. 17.3 ist auf die vorgenommenen Arbeiten nicht anwendbar**

- 89 Entgegen N 71 ff. unterliegt die Auswechslung von Zentralgetriebe II keiner Konventionalstrafe. Die Bestimmung über die Konventionalstrafe (K-1 Art. 17.3) ist anwendbar, wenn die Beklagte einen Werkmangel zu verantworten hat und diesen durch eine dem Rahmenvertrag (K-1) unterstehende, unentgeltliche Reparatur behebt. Jedoch schlossen die MECC und die Beklagten einen *eigenen, entgeltlichen* Vertrag (K-10; K-13; Einleitungsantwort Rz. 19). Aufgrund der Akzessorietät der Konventionalstrafe (BENTELE, S. 31; SCHWENZER, N 71.03; BGE 73 II 158 E. 2) zum Rahmenvertrag (K-1) unterliegt der Vertrag mit der MECC keiner Konventionalstrafe (entgegen N 73).
- 90 Zu Recht wirft die Klägerin der Beklagten nicht vor, sie habe in treuwidriger Weise i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB mit der MECC ohne Benachrichtigung der Klägerin einen entgeltlichen Vertrag geschlossen, damit dieser Vertrag keiner Konventionalstrafe unterliege. Es war die MECC, die sich an die Beklagte wandte (K-10), zudem akzeptierte die MECC die beklagti-sche Offerte über eine entgeltliche Reparatur (K-11; Einleitungsantwort Rz. 26). Es lag somit einzig in der Verantwortung der MECC, einen entgeltlichen Vertrag mit der Klägerin abzuschliessen. Auch muss nur die *Klägerin* die Beklagte über einen Mangel *informieren*, nicht umgekehrt (K-1 Art. 17.3).
- 91 Ausserdem stellten die vorgenommenen Arbeiten entgegen der klägerischen Aussage (N 76; Einleitungsanzeige Rz. 34) keine „Reparatur“ dar. Gerade weil i.c. mehrere Bestandteile ausgetauscht werden mussten (vgl. K-14; Einleitungsantwort Rz. 27), handelte es sich um eine *Auswechslung* und keine blossе Reparatur. Die Begriffe sind nicht identisch, denn die Konventionalstrafe ist bei einer Auswechslung gerade nicht geschuldet (K-1 Art. 17.3 Satz 6 *e contrario*). Die Klägerin übersieht, dass in K-1 Art. 17.3 Satz 3 „Reparatur“ und „Auswechslung“ *nur* im Zusammenhang mit dem *Umfang* der Gewährleistungspflicht verwendet werden. K-1 Art. 17.3 Satz 6 hingegen erwähnt die *Konventionalstrafe* anlässlich einer Reparatur.
- 92 Dem entspricht der Zweck der Abrede. Diese soll verhindern, dass die Beklagte Gewährleistungsarbeiten ungebührlich hinauszögert (vgl. KOLLER, OR AT, § 81 N 18). Folglich sollte die Beklagte keine Konventionalstrafe schulden, wenn sie aus objektiven Gründen von Vornherein keinen Einfluss auf die Dauer einzelner Arbeitsschritte hat. Die Auswechslung eines Bestandteils bedingt dessen Transport zum Zentralgetriebe. Die Beklagte kann den Transport zwar organisieren, hat aber keinen Einfluss auf seine Mindestdauer. Für den ursprünglichen Transport der Zentralgetriebe waren 14 Wochen (m.a.W. dreieinhalb Monate) eingeplant (K-4 Anhang II). Die Konventionalstrafe wäre bei jeder Auswechslung geschuldet. Dies widerspricht dem Strafzweck. Deshalb unterliegt eine Auswechslung keiner Konventionalstrafe.

II. Eventualiter sind die Bedingungen der Konventionalstrafe nicht erfüllt

- 93 Selbst wenn das Schiedsgericht die Bestimmung über die Konventionalstrafe als anwendbar erachtet, so sind entgegen N 80 die Bedingungen der Konventionalstrafe (K-1 Art. 17.3) nicht eingetreten. Weder lag ein Mangel vor (Rz. 29-39 ff.; entgegen N 74, 78) noch bestand ein Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung (Rz. 41-54, 59-71; entgegen N 75). Ausserdem hat die Beklagte ihre Haftung nicht anerkannt (Rz. 55-58; entgegen N 73).
- 94 Zudem müsste der behauptete *Verzug* der Beklagten Kosten bei der Klägerin verursacht haben (K-1 Art. 14.5). Entgegen N 81 war die Kranmiete nicht aufgrund des Verzugs, sondern für den Ausbau von Zentralgetriebe II *überhaupt* notwendig (Einleitungsanzeige Rz. 25, 28). Die Klägerin ist nicht Betreiberin der Zementproduktionsanlage Ain Dar (K-3 Präambel), weshalb ihr durch den Betriebsausfall keine Kosten entstanden. Sie macht denn auch nicht geltend, von der MECC für einen allfälligen *Betriebsausfall* belangt worden zu sein (Einleitungsanzeige Rz. 29 *e contrario*).

III. Subeventualiter waren weder die Lieferverzögerung noch deren Dauer absehbar

- 95 Gemäss der Klägerin hätte sie von der Beklagten über die Lieferverzögerung informiert werden müssen (N 77). Aufgrund des eigenständigen Vertrags mit der MECC (Rz. 89) konnte jedoch eine solche Pflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin nicht bestehen.
- 96 Auch war es der Beklagten nicht möglich, die Dauer der Verzögerung einzuschätzen (entgegen N 77). Als blosser Herstellerin der Zentralgetriebe (K-1 Präambel) hatte die Beklagte keinen Einfluss auf die Lieferzeiten der Werkstoffe; dies wäre nur Lieferanten möglich gewesen (vgl. K-5). Zudem konnte die Beklagte trotz ihrer Geschäftserfahrung weder die Reparaturdauer abschätzen noch, wie schnell die neuerlichen Lieferengpässe behoben werden konnten (entgegen N 77). Dies zeigt sich gerade aufgrund der Lieferschwierigkeiten vor der ursprünglichen Montage. Die Beklagte schätzte damals, die Zentralgetriebe erst am 28.2.2010 in Dammam abliefern zu können. Tatsächlich trafen diese schon am 2.2.2010 ein (zum Ganzen Rz. 36; K-5; K-6; K-7; Einleitungsanzeige Rz. 10 f.). Daran zeigen sich die Unwägbarkeiten bei der Einschätzung von Lieferfristen. Überdies hat die Klägerin die beklagte Aussage über ähnliche Probleme bei anderen Projekten missverstanden (N 77; K-11). Daraus war weder ersichtlich, wann die Probleme eingetreten sind, noch, ob die gleichen Teile beschädigt worden waren. Somit konnte die Beklagte auch die erneuten Lieferfristen nicht abschätzen.

IV. Fazit

- 97 Weder ist eine Konventionalstrafe anwendbar noch wären die Bedingungen einer solchen eingetreten. Zudem konnte die Beklagte die Dauer der Lieferverzögerung nicht absehen.

Mit vorzüglicher Hochachtung, Moot Court Team 9