

**Moot Court Team 1**

Dominik Järman

Laura Massei

Maximilien Szabo

Carmen Spichiger

**EINSCHREIBEN**

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der  
Swiss Chambers' Arbitration Institution

c/o Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

13. Dezember 2013

**Klageschrift**

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013

in Sachen

**Cementra Design AG**

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

**Klägerin**

vertreten durch Moot Court Team 1

gegen

**Feller Gear AG**

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. Y.

Sehr geehrter Herr Dr. X.

Sehr geehrter Herr Dr. A.

Unter Wahrung der angesetzten Frist stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin folgende Rechtsbegehren:

1. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 444'225.00 zu bezahlen,  
- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 18. Mai 2012 auf den Betrag;*
2. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 322'775.00 zu bezahlen,  
- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 18. Mai 2012 auf den Betrag;*
3. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 108'000.00 zu bezahlen;*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>IV</b>
<b>Entscheidverzeichnis.....</b>	<b>VI</b>
<b>Klageschrift.....</b>	<b>1</b>
<b>A. Zuständigkeitsbestimmung.....</b>	<b>1</b>
1. Schiedsklausel im Rahmenvertrag .....	1
2. Schiedsklausel in den AGB .....	1
3. Fazit .....	2
<b>B. Geltendmachung der Reparaturkosten .....</b>	<b>2</b>
1. Gemischtes Vertragsverhältnis .....	2
2. Herstellung eines mangelhaften Werkes .....	3
2.1 Vorliegen eines versteckten Mangels .....	3
2.2 Fehlen der besonderen Gebrauchstauglichkeit .....	3
2.3 Schlussfolgerung .....	4
2.4 Voraussetzungen für die Geltendmachung des Mangels .....	5
<b>2.4.1 Ablieferung der Zentralgetriebe .....</b>	<b>5</b>
<b>2.4.2 Prüfung der Zentralgetriebe.....</b>	<b>5</b>
<b>2.4.3 Rechtzeitige Vornahme der Mängelrüge .....</b>	<b>5</b>
<b>2.4.4 Keine Genehmigung des Mangels .....</b>	<b>6</b>
<b>2.4.5 Kein Verschulden der Klägerin .....</b>	<b>6</b>
2.5 Geltendmachung des Nachbesserungsrechts.....	7
2.6 Inhalt der Nachbesserungsschuld.....	8
2.7 Fazit .....	9
3. Eventualbegründung: Anspruch aus unsorgfältiger Auftragsausführung.....	9
3.1 Umfang und Inhalt des Auftrags .....	9
3.2 Beanstandung eines mangelhaften technischen Services .....	9
<b>3.2.1 Lückenhafte Überwachung und Instruktion der Montage.....</b>	<b>9</b>
<b>3.2.2 Mehrmalige Aufforderung zur Entsendung eines Servicetechnikers .....</b>	<b>10</b>
<b>3.2.3 Durchführung des Kalt-Testlaufs in Abwesenheit eines Ingenieurs .....</b>	<b>10</b>
3.3 Schadenersatz aufgrund unsorgfältiger Auftragsausführung .....	11
3.4 Fazit .....	11
4. Eventualbegründung: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung .....	11
4.1 Bereicherung der Beklagten .....	11
4.2 Bereicherung der Beklagten auf Kosten der Klägerin.....	12
4.3 Ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten .....	12
4.4 Keine Verjährung.....	13
4.5 Rechtsfolge .....	13
4.6 Fazit .....	13
<b>C. Abklärungen in Bezug auf das Dahinfallen der Gewährleistungsansprüche.....</b>	<b>14</b>
1. Keine Verwirkung durch Genehmigung des Mangels.....	14
2. Keine Verwirkung durch Selbstverschulden.....	14
3. Keine Verwirkung durch Vertragsverletzung.....	14
4. Keine Verjährung aufgrund fehlender Abnahme .....	15
<b>D. Anspruch auf Bezahlung einer Vertragsstrafe .....</b>	<b>15</b>
1. Vereinbarung einer kumulativen Konventionalstrafe .....	15
2. Mangleintritt während der Garantiezeit .....	16
3. Anerkennung der Haftung.....	16
4. Eintritt der Bedingung.....	17
5. Verschulden .....	17
6. Kein Fall höherer Gewalt.....	18
7. Höhe der Vertragsstrafe.....	18
8. Fazit.....	18
<b>E. Gesamtfazit .....</b>	<b>19</b>

## Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD  
Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012  
(zit.: BERGER, Schuldrecht, Rz. y)  
[zit. in: Rz. 76]
- BRÄNDLI ROGER  
Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm, Zürich/St. Gallen 2007  
(zit.: BRÄNDLI, Nachbesserung, Rz. y)  
[zit. in: Rz. 21, 35, 37]
- FURRER ANDREAS/  
SCHNYDER ANTON K.  
Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012  
(zit.: CHK-BEARBEITER, Art. x, N y)  
[zit. in: Rz. 76]
- GAUCH PETER  
Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011  
(zit.: GAUCH, Werkvertrag, Rz. y)  
[zit. in: Rz. 10, 13, 27, 31, 35, 66, 68]
- GAUCH PETER/  
SCHLUEP WALTER K./  
SCHMID JÖRG  
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008  
(zit.: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. y)  
[zit. in: Rz. 53, 68]
- GUHL THEO/  
KOLLER ALFRED/  
SCHNYDER ANTON K. /  
DRUEY JEAN NICOLAS  
Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000  
(zit.: GUHL/BEARBEITER, § x Rz. y)  
[zit. in: Rz. 50]

- HUGUENIN CLAIRE  
Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil,  
Zürich/Basel/Genf 2012  
(zit.: HUGUENIN, Rz. y)  
[zit. in: Rz. 7, 73]
- KOLLER ALFRED  
Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2.Auflage,  
Zürich 1995  
(zit.: KOLLER, Nachbesserungsrecht, Rz. y)  
[zit. in: Rz. 21, 36]
- HONSELL HEINRICH/  
VOGT NEDIM PETER/  
WIEGAND WOLFGANG  
Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.  
1-529, 5. Auflage, Basel 2011  
(zit.: BSK-BEARBEITERIN, Art. x, N y)  
[zit. in: Rz. 7, 24, 26, 35, 46, 78]
- SCHWENZER INGEBORG  
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6.  
Auflage, Bern 2012  
(zit.: SCHWENZER, Rz.y)  
[zit. in: Rz. 50]

## Entscheidverzeichnis

- BGE 102 Ib 257 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 25. Juni 1976  
[zit. in: Rz. 79]
- BGE 107 II 172 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Mai 1981  
[zit. in: Rz. 24]
- BGE 107 II 437 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. September 1981  
[zit. in: Rz. 21]
- BGE 109 II 462 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1983  
[zit. in: Rz. 7]
- BGE 114 II 249 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1988  
[zit. in: Rz. 10]
- BGE 117 II 259 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juli 1991  
[zit. in: Rz. 7]
- BGE 125 III 263 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. April 1999  
[zit. in: Rz. 5]
- BGE 129 III 646 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Oktober 2003  
[zit. in: Rz. 50]

- BGE 129 III 422 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
7. Juli 2003  
[zit. in: Rz. 52]
- BGer 4C.149/2001 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
19. Dezember 2001  
[zit. in: Rz. 11]
- BGer 4C.106/2005 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
7. Oktober 2005  
[zit. in: Rz. 35]
- BGer 4C.130/2006 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
8. Mai 2007  
[zit. in: Rz. 15, 24, 32]

# **Klageschrift**

## **A. Zuständigkeitsbestimmung**

### **1. Schiedsklausel im Rahmenvertrag**

- 1 Die Klägerin und die Beklagte haben am 12. Oktober 2008 den Vertrag „CDAG GETR-01-2008 über Lieferungen und Leistungen“ (nachfolgend Rahmenvertrag) abgeschlossen (Beilage K-1). Gemäss Art. 23.1 des Rahmenvertrages sind Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus den unter dem Rahmenvertrag abgeschlossenen Einzelverträgen durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu entscheiden.
- 2 I.c. soll ein Schiedsgericht die Ansprüche der Klägerin bezüglich der Übernahme der Reparaturkosten für das mangelhafte Zementwerk II sowie der Bezahlung einer Vertragsstrafe für den Verzug bei der Reparatur beurteilen (Einleitungsanzeige, Rz. 32f.). Diese Ansprüche entstanden durch die Verletzung eines unter dem Rahmenvertrag geschlossenen Einzelvertrages (Beilage K-3) durch die Beklagte. Es liegt somit eine Streitigkeit i.S.v. Art. 23.1 des Rahmenvertrages vor, welche durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu entscheiden ist.

### **2. Schiedsklausel in den AGB**

- 3 Die Beklagte hält in ihrer Einleitungsantwort fest, dass Ziff. 18.1 der von der Klägerin angenommenen AGB (Beilage B-1) eine Schiedsklausel enthält, welche auf ein Verfahren nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit in München verweist (Einleitungsantwort, Rz. 1ff.). Dies ist jedoch nicht von Bedeutung, da in Ziff 1.3 der AGB festgehalten wurde, dass einzelne AGB Bestimmungen keine Geltung erlangen, sofern eine entgegenstehende, schriftliche Vereinbarung im jeweiligen Vertrag vorliegt.
- 4 I.c. liegt mit Art 23.1 des Rahmenvertrages eine entgegenstehende, schriftliche Vereinbarung vor. Diese hat somit gemäss Ziff. 1.3 der AGB Vorrang vor Ziff. 18.1 der AGB. Die Entscheidung von Streitigkeiten in einem Verfahren nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit in München ist folglich bei sämtlichen Streitigkeiten zwischen der Klägerin und der Beklagten aufgrund von Ziff. 1.3 der AGB i.V.m. Art. 23.1 des Rahmenvertrages unzulässig.



5 Selbst wenn die AGB in Ziff. 1.3 die soeben erläuterte Klausel nicht enthalten würden, gingen gemäss dem Bundesgericht abweichende Individualabreden den AGB in jedem Fall vor (BGE 125 III 263 E. 4b aa). Folglich ist die Streitigkeit entgegen der Einrede der Beklagten (Einleitungsantwort, Rz. 3) in einem Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu entscheiden.

### **3. Fazit**

6 Das durch die Klägerin angerufene Schiedsgericht ist gemäss Ziff. 1.3 der AGB i.V.m. Art. 23.1 des Rahmenvertrages für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche im Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013 zuständig.

## **B. Geltendmachung der Reparaturkosten**

### **1. Gemischtes Vertragsverhältnis**

7 Die Klägerin und die Beklagte haben vorliegend einen Rahmenvertrag (Beilage K-1) und einen darauf basierenden Einzelvertrag (Beilage K-3) abgeschlossen. Es handelt sich beim Rahmenvertrag um einen Kombinationsvertrag (HUGUENIN, Rz. 3687), sprich einen gemischten Vertrag (BGE 117 II 259 E.2b). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung befürwortet bei gemischten Verträgen eine sachgerechte Anknüpfung an die adäquaten Rechtsregeln der gesetzlichen Vertragstypen (BSK-WEBER, Art. 394, N 23). Das Resultat dieser differenzierten Anknüpfung ist eine Spaltung der Rechtsfolgen nach der Art der Leistung (BGE 109 II 462 E.3d).

8 Aufgrund der Spaltung der Rechtsfolgen gilt in Bezug auf die Herstellung und Lieferung der Zentralgetriebe (Beilage K-2) das Werkvertragsrecht. Die Überwachung und Instruktion der Montage (Beilage K-4) fällt hingegen unter das Auftragsrecht. Dies ist auch in Art. 5.1 des Rahmenvertrags ausdrücklich so festgehalten (Beilage K-1). Es handelt sich beim vorliegenden Vertragswerk um eine Kombination aus werkvertragsrechtlichen und auftragsrechtlichen Elementen.

9 Folglich kommt auf die Herstellung und Lieferung der Zentralgetriebe die Mängelhaftung des Werkvertragsrechts zur Anwendung. Für die Überwachung und Instruktion der Montage ist die Sorgfaltshaftung des Auftragsrechts massgeblich.

## **2. Herstellung eines mangelhaften Werkes**

- 10 Dem Besteller eines mangelhaften Werkes stehen die Mängelrechte nach Art. 368 OR zur Verfügung. Bei einem Werkmangel handelt es sich um einen relativen Tatbestand. Das heisst, er ist abhängig vom Inhalt des betreffenden Werkvertrags (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1360). Mangelhaft ist ein Werk, wenn es von der vertraglich bestimmten Beschaffenheit abweicht (BGE 114 II 249 E.5a.aa). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Beklagte ein mangelhaftes Werk geliefert hat und damit der Klägerin die Mängelrechte zustehen.
- 11 Das zu liefernde Werk musste gemäss Art. 5.5 des Rahmenvertrages den gesetzlichen Bestimmungen, dem Stand der Technik und den anerkannten Regeln entsprechen (Beilage K-1). Die Beklagte hat nach dem Wortlaut von Art. 17.1 des Rahmenvertrages zu gewährleisten, dass das Werk die vertragsgemässe Beschaffenheit und die nötige Betriebsfähigkeit aufweist (Beilage K-1). Zudem muss ein Werk auch ohne ausdrückliche, vertragliche Abmachung gebrauchstauglich sein (BGer 4C.149/2001 E.3). Die Klägerin wird nachfolgend darlegen, dass aufgrund der fehlenden Gebrauchstauglichkeit ein mangelhaftes Werk geliefert wurde.

### **2.1 Vorliegen eines versteckten Mangels**

- 12 Bei einem versteckten Mangel handelt es sich gemäss Art. 370 Abs. 1 OR um einen Mangel, der weder bei der Abnahme noch bei der Prüfung erkennbar war. Die gelieferten Zentralgetriebe litten bereits bei ihrer Ablieferung aufgrund unsachgemässer Konstruktion an einem konzeptionellen Mangel, der für die Klägerin nicht erkennbar war.

### **2.2 Fehlen der besonderen Gebrauchstauglichkeit**

- 13 Der Besteller darf davon ausgehen, dass das Werk auch ohne Vereinbarung die vorausgesetzten Eigenschaften besitzt (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1361). Die Gebrauchstauglichkeit des Werkes ist eine vorausgesetzte Eigenschaft (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1406). Der Besteller darf somit ein gebrauchstaugliches Werk erwarten (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1413). Bei der Ermittlung der Gebrauchstauglichkeit wird auf den Gebrauchszweck, den das Werk erfüllen soll, abgestellt. Herangezogen wird hierfür nicht nur der Verwendungszweck des betreffenden Werkes, sondern u.a. auch der vorgesehene Einsatzort des Werkes (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1418 f.). Eine ungerechtfertigte Abweichung von der Gebrauchstauglichkeit wird deshalb als Werkmangel angesehen (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1425).
- 14 Der besondere Gebrauchszweck kann i.c. dem Einzelvertrag entnommen werden. Der Ort an dem das Werk eingesetzt werden sollte, wurde im Vertrag ausdrücklich erwähnt (Beilage K-

- 3). Die Klägerin durfte deshalb ein Werk erwarten, das für die besonderen Gegebenheiten am Einsatzort in Saudi Arabien gebrauchstauglich ist.
- 15 Die Probleme der Stromzufuhr stellen am Einsatzort der Getriebe, in Saudi Arabien, nichts Aussergewöhnliches dar (Einleitungsanzeige, Rz. 23). Bei solchen nicht aussergewöhnlichen Bedingungen am Einsatzort des Werkes kann sich der Unternehmer nicht auf Unvorhersehbarkeit der Verhältnisse berufen (BGer 4C.130/2006 E.3.2).
- 16 Der Beklagten ist das Wissen anzurechnen, dass im gesamten Mittleren Osten Stromausfälle eine häufige Erscheinung sind. Sie hätte dies bei der Konzipierung der Zentralgetriebe entsprechend berücksichtigen müssen. Das von der Beklagten konstruierte Werk war jedoch nicht für die spezifischen Verhältnisse vor Ort konzipiert. Die Schmierölaufuhr war aufgrund der Stromausfälle nicht dauernd gewährleistet. Die häufigen Stromausfälle führten nicht nur zu einer ständig ungenügenden Ölschmierung, sondern in der Folge auch zu einer Beschädigung der Zentralgetriebe (Einleitungsanzeige, Rz. 23).
- 17 Die Beklagte räumt indes selbst ein, dass die Schäden am Zentralgetriebe nachweislich aufgrund einer ungenügenden Ölschmierung eingetreten seien (Einleitungsantwort, Rz. 22). Aufgrund dieses Problems arbeitete die Beklagte bereits seit 2008 an einer Neukonzeption des Ölschmiersystems. Diese Neukonzeption sollte einen sichereren Gebrauch von Zentralgetriebe bei möglichen Stromausfällen mit sich bringen (Einleitungsanzeige, Rz. 25). Diese simple, aber notwendige Neukonzeption (Beilage K-12) hätte schon bei der Projektierung oder aber spätestens beim Einbau der Zentralgetriebe zur Sicherstellung der besonderen Gebrauchstauglichkeit vorgenommen werden sollen.
- 18 Da bereits vor der Lieferung der Zentralgetriebe spezielle Ölspritzeinrichtungen bei anderen Anlagen eingebaut wurden, entsprach das Zentralgetriebe nicht dem aktuellen Stand der Technik. Entsprechend hat die Beklagte ein Werk geliefert, das nicht wie in Art. 5.5 des Rahmenvertrages (Beilage K-1) vereinbart beschaffen und somit mangelhaft war.

### **2.3 Schlussfolgerung**

- 19 Den Zentralgetriebe fehlte eine Eigenschaft, welche erforderlich gewesen wäre. Sie wurden so hergestellt, dass sie den Ansprüchen der besonderen Gebrauchstauglichkeit für Saudi Arabien nicht entsprachen. Auch haben sich die angewandten Regeln der Technik als unzureichend herausgestellt. Die Zentralgetriebe litten somit bereits bei der Ablieferung an einem konzeptionellen Mangel.

## **2.4 Voraussetzungen für die Geltendmachung des Mangels**

- 20 Liegt ein Mangel vor, so kann der Besteller die Mängelrechte gemäss Art. 368 OR geltend machen. Wie bereits dargelegt, litt das gelieferte Werk an einem Mangel. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Mängelrechte sind, wie nachfolgend ausgeführt wird, erfüllt.

### **2.4.1 Ablieferung der Zentralgetriebe**

- 21 Als Ablieferung wird diejenige Handlung angesehen, mit der dem Besteller die Herrschaft über das Werk verschafft wird (BRÄNDLI, Nachbesserung, Rz. 78). Die Ablieferung findet folglich mit der Besitzübertragung statt (KOLLER, Nachbesserungsrecht, Rz. 62). Dabei muss das Werk bereits bei der Ablieferung einen Mangel aufweisen (BGE 107 II 437).
- 22 I.c. wurden die Zentralgetriebe am 2. Februar 2010 in Damman in die Obhut der Klägerin übergeben (Beilage K-7). Damit fand die Besitzübertragung an die Klägerin statt. Der konzeptionelle Mangel am besagten Werk bestand dabei bereits im Zeitpunkt der Ablieferung.

### **2.4.2 Prüfung der Zentralgetriebe**

- 23 Das gelieferte Werk muss gemäss Art. 367 Abs. 1 OR ordnungsgemäss geprüft werden, damit der Besteller seine Mängelrechte nicht verwirkt. Das Zentralgetriebe konnte am Ablieferungsort nicht in Betrieb genommen und somit nicht geprüft werden. Deswegen erfolgte die Prüfung der Anlagen erst im Zeitpunkt, in dem die Maschinen unter Belastung betrieben werden konnten. Dies war beim Endtestlauf der Fall. Mit der Durchführung des Leistungstests wurde das Werk durch das Personal der Klägerin ordnungsgemäss geprüft. Dabei wurde der versteckte Mangel nicht entdeckt. Die Klägerin musste den Mangel bei der Prüfung nicht entdecken, da sich die Auswirkungen dieses versteckten Mangels erst später bemerkbar machten.

### **2.4.3 Rechtzeitige Vornahme der Mängelrüge**

- 24 Damit die Bestellerin die Mängelrechte geltend machen kann, muss sie die entdeckten Mängel der Unternehmerin zur Anzeige bringen und ihr zu erkennen geben, dass sie die Unternehmerin für die Mängel haftbar machen will (BGer 4C.130/2006 E. 4.2.1). Die Mängelrüge hat sachgerecht und bezogen auf den Mangel, möglichst präzise zu erfolgen (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 367, N 18). Nachträglich hervorgetretene Mängel eines geprüften Werkes müssen gemäss Art. 370 Abs. 3 OR sofort gerügt werden (BGE 107 II 172 E.1a).
- 25 Die Beschädigung am Zentralgetriebe wurde der Beklagten durch die MECC unverzüglich, am Tag der Entdeckung, angezeigt (Beilage K-10). Die MECC bezog sich in dieser E-Mail

auf den Gewährleistungsanspruch aus dem Vertrag, der zwischen der Beklagten und der Klägerin bestand. Sie machte den Mangel geltend und forderte die Beklagte auf, die Reparaturen vorzunehmen.

- 26 Die MECC handelte in diesem Zusammenhang als Stellvertreterin gemäss Art. 32 Abs. 2 OR für die Klägerin. Die Stellvertretungswirkung tritt dann ein, wenn für die Gegenpartei erkennbar ist, dass der Vertreter in fremdem Namen handelt und der Vertreter Vertretungsmacht besitzt (BSK-WATTER, Art. 32, N 12). Indem die MECC sich ausdrücklich auf die Garantiebestimmungen des Vertrages bezog, der zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand, war klar erkennbar, dass sie den Anspruch für die Klägerin geltend machte. Dies insbesondere, weil die MECC keine Vertragspartei war. Sie handelte folglich nicht im eigenen Namen, sondern für die Klägerin. Die Frage der Vertretungsmacht der MECC spielt für die Geltendmachung der Mängelrüge keine Rolle, da das Verhalten der MECC von der Klägerin gemäss Art. 38 Abs. 1 OR nachträglich konkludent genehmigt wurde. Damit erfolgte die Mängelrüge rechtzeitig. Die MECC forderte die Beklagte auf, den Schaden aufgrund der Garantiebestimmungen zu beheben. Damit wollte die MECC die Beklagte für den Mangel haftbar machen. Die MECC hat im Rahmen ihrer Möglichkeit den Mangel möglichst genau umschrieben. Die Mängelrüge erfolgte somit *lege artis*.

#### **2.4.4 Keine Genehmigung des Mangels**

- 27 Der Mangel war i.c. bei der Prüfung der Anlage nicht erkennbar. Es handelte sich folglich um einen versteckten Mangel i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR. Ein dem Besteller unbekannter, versteckter Mangel kann durch die Prüfung der Anlage nicht genehmigt werden (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2983 f.). Es war der Klägerin also nicht möglich, den versteckten konzeptionellen Mangel mittels Prüfung zu genehmigen. Eine Genehmigung eines versteckten Mangels wird aber angenommen, sofern der Mangel nach der Entdeckung nicht sofort gerügt wird (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2185). I.c. wurde der Mangel nach seiner Entdeckung von der Klägerin umgehend gerügt, womit keine Genehmigung des Mangels vorliegt.

#### **2.4.5 Kein Verschulden der Klägerin**

- 28 Der Anspruch der Klägerin wurde nicht durch Selbstverschulden verwirkt. Die Beklagte ist für den Mangel selbst verantwortlich. Der Mangel am Werk bestand von Anfang an, da es sich um eine unsachgemässe Konstruktion handelt. Es ist deshalb nicht möglich, die Klägerin für einen bereits bei der Ablieferung bestehenden Mangel verantwortlich zu machen. Der

konzeptionelle Mangel verursachte in der Folge eine Beschädigung am Zentralgetriebe, die den Ausfall der ganzen Anlage bewirkte.

- 29 Die Beklagte verkennt die Tatsache, dass die Beschädigung der Anlage aufgrund der ungenügenden Ölschmierung erfolgte, wenn sie behauptet die Beschädigung der Zentralgetriebe sei aufgrund einer unsachgemässen Betreibung der Anlage erfolgt. Es erscheint unerklärlich, wie die Schmierölaufuhr mit sachgemässer Betreibung trotz unsachgemässer Konstruktion hätte erfolgen sollen. Dass aufgrund der Positionierung der Ölspritzeinrichtung bei Stromausfällen eine ungenügende Ölschmierung entstehen konnte, wurde weder in der Bedienungsanleitung noch sonst von der Beklagten erwähnt (Einleitungsanzeige, Rz. 23). Die Klägerin konnte folglich nicht von der Gefahr der drohenden Schädigung aufgrund ungenügender Ölaufuhr wissen und somit keine entsprechenden Massnahmen ergreifen. Dem Argument, der Schaden könne durch einen Betrieb ohne Anschluss an das Schmierölsystem entstanden sein, kann nicht beigeplichtet werden. Herr Fallet wies die Klägerin darauf hin, das Schmierölsystem mit dem Hauptmotor zu verbinden (Beilage K-8). Nach seiner Rückkehr beanstandete Herr Fallet in seinem Schreiben jedoch nie einen fehlenden Anschluss des Hauptmotors an das Schmierölsystem.
- 30 Aus den soeben gemachten Ausführungen geht hervor, dass die Klägerin für den Mangel in keiner Weise verantwortlich gemacht werden kann. Die weiteren Vorwürfe der Beklagten erweisen sich als unbegründet, da nicht ausgeführt wurde, inwiefern sich diese negativ auf die Schmierölaufuhr ausgewirkt haben sollen (Einleitungsantwort, Rz. 23).

## **2.5 Geltendmachung des Nachbesserungsrechts**

- 31 Die Voraussetzungen zur Geltendmachung eines Mängelrechts sind gegeben. Für die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts müssen besondere Voraussetzungen erfüllt sein. Dieses Recht kann gemäss Art. 368 Abs. 2 OR nur dann geltend gemacht werden, wenn dem Unternehmer keine übermässigen Kosten durch die Nachbesserung entstehen und die Möglichkeit einer Mangelbeseitigung besteht (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1746 ff.).
- 32 Die Kosten sind dann nicht übermässig, wenn sie in keinem Missverhältnis zum Nutzen des Bestellers stehen. Die Rechtsprechung qualifizierte Nachbesserungskosten als unverhältnismässig, die das Doppelte des Werkpreises überstiegen (BGEr 4C.130/2006 E.5.1).
- 33 Vorliegend machen die geltend gemachten Kosten weniger als einen Viertel des vereinbarten Vertragspreises aus. Der Vertragspreis beläuft sich auf insgesamt EUR 3'600'000 (Beilage K-

3), die Kosten der Nachbesserung auf EUR 767'000 (Beilage K-14, Beilage K-15). Die Nachbesserung verursacht somit keine unverhältnismässigen Kosten. Auch die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung durch Auswechslung der beschädigten Teile und den Ersatz der mangelhaften Ölspritzeinrichtung bestand.

34 Die Klägerin war somit berechtigt, die Nachbesserung geltend zu machen. Die MECC hat als Stellvertreterin die Reparatur des Werkes verlangt. Damit musste die Beklagte ihre Nachbesserungsschuld erfüllen.

## **2.6 Inhalt der Nachbesserungsschuld**

35 Durch die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts muss der Unternehmer seine Nachbesserungsschuld erfüllen (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 1713). Die Nachbesserungsschuld beinhaltet die unentgeltliche Herbeiführung des mangelfreien Zustandes (BGEr 4C.106/2005 E.3.3). Nicht nur die Behebung des Werkmangels an sich ist Inhalt der Nachbesserungsschuld, sondern auch die dafür benötigten Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten (BRÄNDLI, Nachbesserung, Rz. 478). Dabei muss der Besteller so gestellt werden, wie wenn das Werk mängelfrei geliefert worden wäre (BSK-ZINDEL/PULVER, Art. 368, N 53 f.).

36 Der Ausbau des Zentralgetriebes war zur Beurteilung des Schadens erforderlich (Verfahrensbeschluss Nr. 2). Die Kosten für den Aus- und Einbau des Zentralgetriebes waren Vorbereitungs- bzw. Wiederherstellungsarbeiten. Diese Kosten waren Teil der Nachbesserungsschuld. Des Weiteren sind die Nachbesserungskosten bereits im Werklohn abgegolten. Es ist deshalb unzulässig, ein zusätzliches Entgelt für Reparaturkosten im Rahmen der Nachbesserung geltend zu machen (KOLLER, Nachbesserungsrecht, Rz. 335).

37 Der Unternehmer trägt die Kosten der Nachbesserung alleine. Es besteht ein kausaler Erstattungsanspruch gegenüber dem Unternehmer, für die vom Besteller getragenen Kosten (BRÄNDLI, Nachbesserung, Rz. 505).

38 Die Beklagte muss die Kosten der Nachbesserung, die der Klägerin in Rechnung gestellt wurden, aufgrund des kausalen Erstattungsanspruchs rückerstatten. Zum jetzigen Zeitpunkt trägt jedoch die Klägerin die Kosten für die Reparaturen, die im Rahmen der Nachbesserungsschuld von der Beklagten hätten übernommen werden sollen. Die Summe der Reparaturkosten beläuft sich insgesamt auf EUR 767'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 18. Mai 2012.

## **2.7 Fazit**

- 39 Die Beklagte hat aufgrund der fehlenden Gebrauchstauglichkeit ein mangelhaftes Werk geliefert. Damit stehen der Klägerin die Mängelrechte zu. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts sind erfüllt. Die Beklagte hat der Klägerin aufgrund ihrer Nachbesserungsschuld die Reparaturkosten von EUR 767'000 zuzüglich Zins von 5% seit dem 18. Mai 2012 zu ersetzen.

## **3. Eventualbegründung: Anspruch aus unsorgfältiger Auftragsausführung**

- 40 Die Spaltung der Rechtsfolgen hat zur Folge, dass die Klägerin die oben erwähnten Reparaturkosten in Höhe von EUR 767'000 als Eventualbegründung aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung seitens der Beklagten als Schadenersatz geltend machen kann. Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Auftragnehmer für Sorgfaltspflichtverletzungen. Das Auftragsrecht statuiert in Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 321e Abs. 1 OR einen Anspruch auf Schadenersatz, sofern solche Sorgfaltspflichten verletzt werden. Die Beklagte hat, wie nachfolgend dargelegt werden soll, ihre Sorgfaltspflichten verletzt.

### **3.1 Umfang und Inhalt des Auftrags**

- 41 Die Auftragnehmerin hat sich für einen „Vor-Ort-Service“ auf dem Gelände des Zementwerks verpflichtet. Sie war im Rahmen dieses Services für die Überwachung und Instruktion der Montagearbeiten und für die Inbetriebnahme der Anlagen zuständig. Dieser technische Service sollte sicherstellen, dass die Montage und Inbetriebnahme der Anlagen korrekt vorstattengehen (Beilage K-4).

### **3.2 Beanstandung eines mangelhaften technischen Services**

- 42 Die Klägerin beanstandet einen mangelhaften technischen Service während der Montagephase (Einleitungsanzeige, Rz. 30). Es wird in den folgenden Erläuterungen aufgezeigt, dass sich der mangelhafte Service negativ auf die Funktionstüchtigkeit der Anlagen ausgewirkt hat. Aufgrund dieser Sorgfaltspflichtverletzung besteht ein Schadenersatzanspruch gegenüber der Beklagten.

#### **3.2.1 Lückenhafte Überwachung und Instruktion der Montage**

- 43 Der technische Service vor Ort zielte darauf ab, eine korrekte Montage und Inbetriebnahme zu gewährleisten. Die von Herrn Fallet angekündigte Abreise am 16. August 2010 stand dem Sinn und Zweck dieses Services entgegen, der darin bestand, bis zur Beendigung der Montage die Einbauarbeiten zu begleiten. Die Beklagte hätte mindestens bis zur Beendigung der Mon-



tagearbeiten die Überwachung und Instruktion gewährleisten müssen (Beilage K-4, Buchstabe E). Die vorzeitige Abreise hatte zur Folge, dass bis zur Rückkehr eines Technikers, die Arbeiten ohne Instruktion und Überwachung vor Ort stattfinden mussten. Die E-Mail vom 16. August 2010 zeigt auf, dass Herr Fallet vor Montageende abreiste. Damit räumte er die Vertragsverletzung selbst ein (Beilage K-8).

### **3.2.2 Mehrmalige Aufforderung zur Entsendung eines Servicetechnikers**

- 44 Nach der überraschenden Abreise von Herrn Fallet hat sich die Klägerin bemüht, zeitnah wieder einen Fachmann vor Ort zu organisieren. Dies tat sie im Hinblick auf die Sicherstellung einer reibungslosen Montage. Bereits am 23. August 2010 forderte sie die Beklagte dazu auf, unverzüglich wieder einen Ingenieur nach Al-Hofuf zu schicken (Beilage K-9). In dieser E-Mail wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Servicetechniker bis zur Durchführung der Testläufe anwesend sein muss. Des Weiteren wurde um umgehende Rückmeldung gebeten. Damit brachte die Klägerin zum Ausdruck, dass sie in dieser wichtigen Montagephase eine fachmännische Überwachung als notwendig erachtete. Trotzdem wurde der angeforderte Servicetechniker erst drei Wochen später entsandt. In dieser Zeit war es der Beklagten also nicht möglich auf irgendeine Art und Weise die Montagearbeiten zu überwachen und direkt zu instruieren. Der Klägerin wurde lediglich eine 16-Punkte-Liste übergeben, mit der sie die weitere Montagephase durchführen sollte (Beilage K-8). Es ist anzumerken, dass eine konstante und regelmässige Überwachung grundsätzlich in der Verantwortung der Beklagten lag (Beilage K-3, Beilage K-4).

### **3.2.3 Durchführung des Kalt-Testlaufs in Abwesenheit eines Ingenieurs**

- 45 Der Kalt-Testlauf musste am 14. September 2010 in Abwesenheit eines Ingenieurs durchgeführt werden. Herr Fallet hätte gemäss seinen eigenen Angaben am 13. September 2010 wieder vor Ort sein müssen, um die Durchführung dieses Kalttestlaufes zu überwachen (Beilage K-8). Herr Fallet traf am 13. September 2010 jedoch nicht in Al-Hofuf ein. Die Klägerin wurde nicht über dessen Verspätung informiert (Verfahrensbeschluss Nr. 2). Da der 13. September 2010 ohne Ankunft von Herrn Fallet verstrich, sah sich die Klägerin gezwungen, den Kalttestlauf planmässig am 14. September 2010 durchzuführen, um eine weitere Verzögerung des Projekts zu verhindern. Auch am 14. September 2010, am Tag des Kalt-Testlaufs, war Herr Fallet abwesend.

### **3.3 Schadenersatz aufgrund unsorgfältiger Auftragsausführung**

- 46 Die Beauftragte hat im Interesse des Auftraggebers zu handeln und ihre Tätigkeit auf die Zweckerreichung zu richten (BSK-WEBER, Art. 394, N 2). Eine unsorgfältige Auftragsausführung führt zu einer Schadenersatzpflicht seitens des Beauftragten (BSK-WEBER, Art. 398, N 22). Handelt es sich bei dem Beauftragten um einen Spezialisten, so dürfen hohe Anforderungen an ihn gestellt werden (BSK-WEBER, Art. 398, N 27).
- 47 Die Beauftragte ging, wie oben ausgeführt, bei der Auftragsausführung insgesamt unsorgfältig vor und versties gegen vertraglich vereinbarte Pflichten. Herr Fallet war als Ingenieur tätig und darf deswegen als Spezialist angesehen werden. Entsprechend durften an ihn hohe Anforderungen gestellt werden. Herr Fallet erkannte den konzeptionellen Mangel nicht, der eine ungenügende Ölzufuhr zur Folge hatte. Er berücksichtigte die Folgen der häufig auftretenden Stromausfälle im Mittleren Osten für den Betrieb der Anlagen nicht. Aufgrund der unsorgfältigen Auftragsausführung blieben die Mängel an den Anlagen unentdeckt. Diese Mängel führten zu einem Schaden an den Anlagen. Die Kosten der Behebung dieses Schadens hat die Beklagte zu tragen. Herr Fallet hätte bei sorgfältiger Auftragsausführung diese Mängel entdecken müssen.

### **3.4 Fazit**

- 48 Die Beklagte hat ihre vertraglichen Pflichten unsorgfältig ausgeführt. Dadurch ist ein Schaden entstanden. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs sind erfüllt. Aufgrund dessen ist die Klägerin so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Der durch mangelhafte Ausführung entstandene Schaden in Höhe von EUR 767'000 ist ihr deshalb zu ersetzen.

## **4. Eventualbegründung: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung**

- 49 Als Eventualbegründung verlangt die Klägerin die Reparaturkosten in der Höhe von EUR 767'000 aus ungerechtfertigter Bereicherung i.S.v. Art. 62 Abs. 1 OR von der Beklagten. Die Voraussetzungen, welche für das Vorliegen einer Bereicherung erfüllt sein müssen, sind, wie nachfolgend dargelegt wird, kumulativ erfüllt.

### **4.1 Bereicherung der Beklagten**

- 50 Als erste Voraussetzung muss eine Bereicherung vorliegen. Eine Bereicherung liegt in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und dem Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorliegen würde (BGE 129 III 646 E. 4.2). Die Vermögensdiffe-

renz kann in einer Vermehrung der Aktiven, einer Verminderung der Passiven (GUHL/KOLLER, § 27 Rz. 2) oder einer Nichtverminderung des Vermögens, sog. Ersparnisbereicherung (SCHWENZER, Rz. 55.07), bestehen.

- 51 I.c. wäre die Beklagte aufgrund Art. 17.3 des Rahmenvertrages (Beilage K-1) verpflichtet gewesen, die Reparaturkosten für die Behebung der Schäden am Zementwerk II zu übernehmen. Dazu gehören auch die Kosten für den Aus- und Wiedereinbau des Werkes. Die Beklagte stellte für die Kosten der Reparatur der MECC eine Rechnung im Umfang von EUR 444'225 (Beilage K-13 und 14), die daraufhin beglichen wurde (Einleitungsanzeige, Rz. 27). Die Kosten für den Ausbau und Wiedereinbau der benötigten Kräne, in der Höhe von EUR 322'775, trug die MECC (Einleitungsanzeige, Rz. 28), obwohl auch diese aufgrund Art. 17.3 des Rahmenvertrages von der Beklagten hätten übernommen werden müssen. Da die Beklagte dies nicht getan hat, besteht eine Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und dem Stand des Vermögens, der ohne Bereicherung vorliegen würde. Die Bereicherung der Beklagten besteht in einer Verminderung der Passiven im Umfang der Krankkosten in der Höhe von EUR 322'775 sowie in einer Ersparnisbereicherung in der Höhe von EUR 444'225, welche darin besteht, dass die Beklagte den Aufwand für die Reparatur nicht selbst tragen musste.

#### **4.2 Bereicherung der Beklagten auf Kosten der Klägerin**

- 52 Der Anspruch aus Art. 62 Abs. 1 OR setzt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen der Bereicherten und der Entreicherten voraus, sondern lediglich, dass die Bereicherte einen Vorteil auf Kosten eines anderen erlangt (BGE 129 III 422 E. 4). I.c. verrechnete die MECC der Klägerin die Reparaturkosten sowie die Kosten für den Aus- und Wiedereinbau von insgesamt EUR 767'000, obwohl die Beklagte diese Kosten, wie bereits dargelegt, tragen müsste. Aufgrund der Verrechnung der MECC trägt nun die Klägerin die Reparaturkosten. Die Beklagte ist somit auf Kosten der Klägerin bereichert.

#### **4.3 Ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten**

- 53 Damit der Entreicherten ein Anspruch aus Art. 62 Abs. 1 OR zusteht, darf der Vermögensvorteil des Bereicherten nicht gerechtfertigt sein. (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 1476). Eine ungerechtfertigte Bereicherung i.S.v. Art. 62 Abs. 2 OR kann unter anderem aufgrund einer Leistung ohne gültigen Grund vorliegen. Die Erfüllung einer fremden Schuld, die für die eigene gehalten wird, stellt eine Leistung ohne gültigen Grund dar (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID,

Rz. 1482). Wer eine Leistung ohne gültigen Grund erbracht hat, kann diese gemäss Art. 63 Abs. 1 OR jedoch nur zurückfordern, wenn er sich bezüglich der Schuldpflicht in einem Irrtum befunden hat.

54 Die Klägerin wusste im Zeitpunkt, in dem sie die Verrechnung der Forderungen der MECC zuließ, noch nicht, dass die Beklagte für den entstandenen Schaden haften müsste. Dass die Beklagte ein Werk lieferte, das den Gebrauchsanforderungen und dem neusten Stand der Technik nicht entsprach (siehe Klageschrift, Rz. 19), war der Klägerin damals unbekannt. Erst nach heutigem Wissensstand ist klar, dass das von der Beklagten gelieferte Werk mangelhaft war (Einleitungsanzeige, Rz. 23). Die Klägerin liess die Verrechnung der MECC also irrtümlicherweise zu und erlitt somit eine ungerechtfertigte Vermögenseinbusse in der Höhe von EUR 767'000. Die Beklagte ist somit in der Höhe von EUR 767'000 ungerechtfertigt bereichert.

#### **4.4 Keine Verjährung**

55 Der Bereicherungsanspruch verjährt gemäss Art. 67 Abs. 1 OR mit Ablauf von einem Jahr seit Kenntnisnahme und in jedem Fall mit Ablauf von zehn Jahren seit Entstehung des Anspruches. I.c. hat die Klägerin den Bereicherungsanspruch mittels ihrer Einleitungsanzeige vom 11. Januar 2013 sofort geltend gemacht, nachdem ihr nach heutigem Wissensstand klar wurde, dass entgegen der Begründung der Beklagten, die Beklagte und nicht die Klägerin den Mangel verursacht hatte (Einleitungsanzeige, Rz. 22f.). Die Klägerin wahrte somit sowohl die absolute als auch die relative Frist i.S.v. Art. 67 Abs. 1 OR zur Geltendmachung des Bereicherungsanspruches.

#### **4.5 Rechtsfolge**

56 Die Rechtsfolge der rechtzeitigen Geltendmachung des Bereicherungsanspruches ist, dass die auf Kosten der Entreicherten Bereicherte die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR zurückzuerstatten hat. I.c. hat die Beklagte der Klägerin die ungerechtfertigte Bereicherung in der Höhe von EUR 767'000 folglich zurückzuerstatten.

#### **4.6 Fazit**

57 Die Klägerin hat einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung i.S.v. Art. 62 Abs. 1 OR im Umfang von EUR 767'000 gegenüber der Beklagten.

## **C. Abklärungen in Bezug auf das Dahinfallen der Gewährleistungsansprüche**

58 Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Gewährleistungsansprüche bestehen bleiben. Es liegen somit keine Gründe für das Dahinfallen dieser Ansprüche vor. Dem Klagebegehren ist stattzugeben.

### **1. Keine Verwirkung durch Genehmigung des Mangels**

59 Mit der in Art. 13 des Rahmenvertrags geregelten Abnahme ist nicht die Entgegennahme des abgelieferten Werkes nach Art. 370 Abs. 1 OR gemeint, sondern die vertraglich vereinbarte Genehmigung des bereits entgegengenommen und geprüften Werkes.

60 Wie bereits dargelegt (siehe Klageschrift, Rz. 12 ff.), lag i.c. ein versteckter Mangel vor, welcher nicht durch Prüfung genehmigt werden konnte. Der versteckte Mangel wurde nach Entdeckung umgehend gerügt und galt somit nicht als genehmigt. Die Mängelrechte bleiben deshalb bestehen.

### **2. Keine Verwirkung durch Selbstverschulden**

61 Es wurde aufgezeigt, dass der Mangel durch Vertragsverletzungen der Beklagten bewirkt wurde (siehe Klageschrift, Rz. 28) Der Klägerin kann kein Selbstverschulden nachgewiesen werden. Der Anspruch der Klägerin wurde somit nicht durch Selbstverschulden verwirkt.

### **3. Keine Verwirkung durch Vertragsverletzung**

62 Die Klägerin ist all ihren vertraglichen Pflichten nachgekommen. Damit hat sie ihren Gewährleistungsanspruch i.S.v. Art. 17.9 des Rahmenvertrages nicht verwirkt. Die Beklagte wurde gebeten, einen Servicetechniker für den Kalt-Testlauf zu entsenden (Beilage K-9). Herr Fallet wurde für die Durchführung des Kalt-Testlaufs, welcher für den 14. September 2010 geplant war, bereits am 13. September 2010 erwartet. Somit bestand die Möglichkeit zur Teilnahme am Kalt-Testlauf seitens der Beklagten. Aufgrund seiner verspäteten Ankunft, konnte Herr Fallet am Kalt-Testlauf nicht teilnehmen. Herr Fallet traf nicht wie angekündigt am 13. September 2010, sondern erst am 15. September 2010 ein. Somit hat Herr Fallet selbstverschuldet am geplanten Kalttestlauf gefehlt. Die Klägerin hat alle vertraglichen Pflichten erfüllt. Es gibt folglich keine Gründe für eine Verwirkung aufgrund einer Vertragsverletzung seitens der Klägerin.

#### **4. Keine Verjährung aufgrund fehlender Abnahme**

- 63 Im Rahmenvertrag wird in Art. 17.2 die Verjährungsfrist vertraglich, abweichend von Art. 371 Abs. 1 OR, vereinbart. Die Auftragnehmerin haftet während 12 Monaten nach Abnahme, respektive 36 Monate nach Ablieferung. Massgebend ist das Ereignis, das früher eintritt. Die rechtlich relevante Abnahme ist jedoch nicht erfolgt. Weder wurde das Abnahmezertifikat gemäss Art. 13.2 des Rahmenvertrags unterzeichnet, noch ist eine Abnahmefiktion eingetreten. Ein Leistungstest wurde zwar durchgeführt, damit gelten die Leistungsgarantien aber nicht automatisch als erfüllt. Mit der Zahlung der letzten Rate erfüllte die Klägerin ihre vertragliche Pflicht. Aufgrund dieser Zahlung kann aber indes nicht behauptet werden, der Leistungstest hätte alle Leistungsgarantien erfüllt.
- 64 Es lag in der Verantwortung der Beklagten, dass sie am Endtestlauf nicht teilgenommen hat. Die Beklagte hätte deswegen eine erneute Durchführung des Leistungstests verlangen müssen. Es lag in ihrem Interesse diesen Leistungstest zu fordern, um eine Beschränkung der Haftung herbeizuführen. Aufgrund der Abwesenheit der Beklagten konnte folglich kein erfolgreicher Leistungstest durchgeführt werden.
- 65 Aufgrund der fehlenden Abnahme des Werkes bezieht sich die Haftung auf die Ablieferungsregelung. Diese besagt, dass die Beklagte nach Ablieferung des Werkes während 36 Monaten haftet. Die Ablieferung erfolgte mit der Übergabe der Zentralgetriebe in Damman am 2. Februar 2010 (Beilage K-7). Die Beklagte haftete demnach bis am 3. Februar 2013.
- 66 Die Verjährung der Mängelrechte wird u.a. durch qualifizierte Rechtsverfolgung von Seiten des Bestellers unterbrochen (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 2269). Mit Einreichung der Einleitungsanzeige der Klägerin am 11. Januar 2013 erfolgte eine qualifizierte Rechtsverfolgung seitens der Klägerin. Dies führt gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR i.V.m. 371 Abs. 1 OR zum Unterbruch der Verjährung der Mängelrechte.

#### **D. Anspruch auf Bezahlung einer Vertragsstrafe**

- 67 Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung der vereinbarten Vertragsstrafe i.S.v. Art. 14 des Rahmenvertrages für den Verzug bei der Reparatur. Die Voraussetzungen hierfür sind, wie nachfolgend dargelegt werden soll, kumulativ erfüllt.

##### **1. Vereinbarung einer kumulativen Konventionalstrafe**

- 68 Die Parteien können für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit eine Konventionalstrafe gemäss Art. 160 ff. OR vereinbaren (GAUCH, Werkvertrag, Rz. 692). Wird seitens der Gläu-

bigerin diesbezüglich nicht ausdrücklich verzichtet oder die Erfüllung vorbehaltlos angenommen, ist gemäss Art. 160 Abs. 2 OR neben der Erfüllung, kumulativ eine Konventionalstrafe zu leisten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rz. 3807).

- 69 I.c. wurde in Art. 14 i.V.m. Art. 17.3 des Rahmenvertrages eine Vertragsstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit vereinbart. Die Klägerin hat auf die Vertragsstrafe nicht ausdrücklich verzichtet. Ebenfalls wird die Erfüllung durch die Klägerin nicht vorbehaltlos angenommen. Somit hat die Beklagte neben der Reparatur die vereinbarte Konventionalstrafe zu leisten. Es liegt folglich eine kumulative Konventionalstrafe vor.

## **2. Mangleintritt während der Garantiezeit**

- 70 Nach Art. 17.2 des Rahmenvertrages besteht eine Garantiezeit von 12 Monaten nach Abnahme bzw. 36 Monaten nach Ablieferung, je nachdem, was früher eintritt. I.c. fand keine Abnahme statt (siehe Klageschrift, Rz. 63 ff.). Die Ablieferung erfolgte am 2. Februar 2010 (Beilage K-7). Für den Beginn der Garantiezeit ist somit der Zeitpunkt der Ablieferung massgebend. Die Garantiezeit dauerte deshalb, wie bereits erwähnt, bis am 3. Februar 2013. I.c. wurde der Mangel am 8. Juli 2011 entdeckt, als das Zementwerk II die Produktion aufgrund des Mangels einstellen musste. Der Mangel ist somit während der Garantiezeit eingetreten.

## **3. Anerkennung der Haftung**

- 71 Wie folgend aufgezeigt wird, anerkennt die Beklagte die Haftung für den Mangel. Gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrages wird für die Verantwortlichkeit bezüglich der Reparatur, der Auswechslung des Materials und der Kostentragung der Beklagten, die Anerkennung des Mangels durch die Beklagte vorausgesetzt (Beilage K-1). Gemäss Art. 17.5 des Rahmenvertrages liegt eine Anerkennung des Mangels durch die Beklagte vor, wenn die Beklagte nicht innert sieben Tagen der Aufforderung zur Behebung des Mangels nachkommt (Beilage K-1).
- 72 I.c. wurde die Beklagte am 8. Juli 2011 durch die MECC, welche als Stellvertreterin der Klägerin handelte (siehe Klageschrift Rz. 26), zur Schadensbehebung aufgefordert (Beilage K-10). Die Beklagte kam aber erst zehn Tage später, am 18. Juli 2011, der Aufforderung nach und stellte einen Servicetechniker vor Ort zur Verfügung (Einleitungsanzeige, Rz. 22). Somit liegt eine Anerkennung des Mangels durch die Beklagte vor.

#### **4. Eintritt der Bedingung**

- 73 Für die Geltendmachung der Konventionalstrafe wird der Eintritt einer vereinbarten Bedingung vorausgesetzt. Die Vereinbarung kann sich auf die Bedingung der Nicht- und/oder Schlechterfüllung der gesicherten Leistung beziehen (HUGUENIN, Rz.1261).
- 74 Gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrags hat die Reparatur innert drei Wochen zu erfolgen (Beilage K-1). Dauert die Reparatur länger als drei Wochen, wird dies gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrages als Verzug im Sinne von Art. 14 des Rahmenvertrages behandelt. I.c. stellt die Nichtvornahme der Reparatur innert drei Wochen folglich die Bedingung dar.
- 75 Die MECC, welche als Stellvertreterin der Klägerin handelte (siehe Klageschrift, Rz. 26), gab der Beklagten am 26. Juli 2011 den Reparaturauftrag. Drei Wochen später, d.h. am 17. August 2011, kam die Beklagte in Verzug, da die Reparaturen zu diesem Zeitpunkt noch nicht annähernd abgeschlossen waren (Einleitungsanzeige, Rz. 25).

#### **5. Verschulden**

- 76 Der Gläubiger kann eine Konventionalstrafe nur bei Verschulden des Schuldners am Verzug fordern (CHK-PELLANDA/DUBS, Art. 160 N 24). In Analogie zu Art. 97 Abs. 1 OR hat der Schuldner zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (BERGER, Schuldrecht, Rz. 1792).
- 77 Wie nachfolgend aufgezeigt werden soll, trifft die Beklagte ein Verschulden, weshalb sie sich nicht exkulpieren kann. Die Geschehnisse, welche das Verschulden der Beklagten aufzeigen sollen, liefen wie folgt ab: Am 8. Juli 2011 musste das Zementwerk II mit dem Zentralgetriebe II aufgrund eines durch die Beklagte verschuldeten Mangels die Produktion einstellen. Noch am selben Tag, dem 8. Juli 2011, forderte die MECC, die wie bereits dargelegt als Stellvertreterin der Klägerin handelte (siehe Klageschrift, Rz. 26), die Beklagte per E-Mail zur Schadensbehebung auf (Beilage K-10). Erst zwei Tage später, am 10. Juli 2011, reagierte die Beklagte per E-Mail darauf (Beilage K-11). Gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrages muss die Beklagte innert sieben Tagen nach Information über den Schadensfall Personal für die Reparatur vor Ort bereitstellen. Die Beklagte stellte aber erst zehn Tage später, am 18. Juli 2011, einen Servicetechniker vor Ort zur Verfügung (Einleitungsanzeige, Rz. 22). Das lange Zuwarten beim Beantworten der E-Mail sowie beim Bereitstellen des Personals zeugte davon, dass die Beklagte den Verzug zumindest in Kauf nahm. Dazu kommt, dass die Beklagte gemäss Art. 17.7 des Rahmenvertrages bei einer Unterbrechung des Betriebes des Werkes dazu verpflichtet gewesen wäre, dafür zu sorgen, dass eine Reparatur so schnell wie möglich erfolgt. Die Beklagte wusste, dass der Betrieb unterbrochen war und liess die Reparatur trotz-



dem knapp sieben Monate andauern (Einleitungsanzeige, Rz. 25). Dies muss als Verschulden angesehen werden.

- 78 Die Exkulpationsversuche der Beklagten halten deshalb nicht stand. Gemäss ihrer Aussage wurde der Verzug lediglich dadurch verursacht, dass eine Reparatur von gewissen Bestandteilen des Zentraltriebes nicht möglich war, sondern neue Bestandteile als Ersatz bestellt werden mussten, wobei sich deren Lieferung verzögerte (Einleitungsantwort, Rz. 27). Es ist nicht nachvollziehbar, wie sich die Beklagte, welche sich als in der Branche erfahrenes Unternehmen bezeichnet (Beilage K-3), in einem solche Ausmass irren konnte, dass die Reparatur anstatt den vereinbarten drei Wochen, knapp sieben Monate dauerte. Auch gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine Fehleinschätzung von Liefer- oder Beschaffungsfristen als Verschulden beurteilt (BSK-WIEGAND, Art. 103, N 3). Indem die Beklagte die Lieferfristen falsch einschätzte und zusätzlich erst zehn Tage später einen Servicetechniker bereitstellte, obwohl sie gemäss Art. 17.7 des Rahmenvertrages verpflichtet gewesen wäre, den Mangel so rasch wie möglich zu beheben, verschuldete die Beklagte den Verzug.

## **6. Kein Fall höherer Gewalt**

- 79 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist unter höherer Gewalt „ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht“ zu verstehen (BGE 102 Ib 257 E.5). Ein Fall höherer Gewalt i.S.v. Art. 14.2 des Rahmenvertrages liegt i.c. nicht vor, da die Reparatur kein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis darstellte.

## **7. Höhe der Vertragsstrafe**

- 80 Die Höhe der Vertragsstrafe beläuft sich gemäss Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 des Rahmenvertrages auf 0.5% des Gesamtvertragspreises für jede vollendete Woche in Verzug. Dabei ist die Gesamtsumme der Vertragsstrafe auf 3% des Gesamtvertragspreises des jeweiligen Einzelvertrages limitiert. Da der Verzug i.c. knapp sieben Monate dauerte, greift die limitierte Vertragsstrafe von 3% des Gesamtvertragspreises, womit sich eine Vertragsstrafe in der Höhe von EUR 108'000 ergibt.

## **8. Fazit**

- 81 Die Beklagte schuldet der Klägerin gemäss Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 des Rahmenvertrages eine Vertragsstrafe in der Höhe von EUR 108'000.

## **E. Gesamtfazit**

- 82 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das durch die Klägerin angerufene Schiedsgericht in Zürich gemäss Ziff. 1.3 der AGB i.V.m. Art. 23.1 des Rahmenvertrages für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche im Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013 zuständig ist. Des Weiteren hat die Beklagte der Klägerin die Reparaturkosten in der Höhe von EUR 767'000 zu erstatten sowie eine Vertragsstrafe i.S.v. Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 des Rahmenvertrages in der Höhe von EUR 108'000 für den Verzug bei der Reparatur zu bezahlen.

Wir ersuchen Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 1