

Moot Court Team 2

Laura Fasoli
Raphael Fries
Mario Gasser
Maude Willener

EINSCHREIBEN

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

12. 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 2

gegen

Feller Gear AG
Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Klägerin unterbreiten wir dem Schiedsgericht fristgerecht die Klageschrift mit den folgenden

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

Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Materialienverzeichnis	X
Judikaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Prozessualer Teil: Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
I. Anwendbares Recht.....	1
II. Zuständigkeitsvoraussetzungen	1
1. Subjektive und objektive Schiedsfähigkeit.....	1
2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung.....	1
2.1 Materielle Gültigkeit.....	1
2.2 Formelle Gültigkeit.....	2
3. Subjektiver Geltungsbereich.....	2
4. Objektiver Geltungsbereich	3
4.1 Auslegung nach Wortlaut.....	4
4.2 Systematische Auslegung	5
4.3 Auslegung nach der Entstehungsgeschichte	5
4.4 Auslegung nach den Begleitumständen	6
4.5 Auslegung nach Interessenlage und Vertragszweck.....	7
B. Materieller Teil	7
I. Nachbesserungsanspruch aus Sachgewährleistung i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR	7
1. Vorliegen eines Werkmangels	8
2. Vorliegen der fristgerechten Mängelrüge	9
3. Nichtvorliegen von Ausschlussgründen.....	9
3.1 Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 369 OR.....	9
3.2 Keine vertragliche Haftungsfreizeichnung	10
3.3 Keine Verwirkung durch Genehmigung i.S.v. Art. 370 OR.....	11
3.4 Keine Verjährung i.S.v. Art. 17.2 des Rahmenvertrags.....	11
4. Rechtsfolge: Unentgeltliche Nachbesserung i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR.....	12
II. Eventualiter: Anspruch aus positiver Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 OR	12
1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR	12
2. Vorliegen eines Schadens	13

3. Bejahung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs	13
4. Vorliegen des Verschuldens.....	13
5. Keine Verjährung i.S.v. Art. 127 OR.....	14
6. Keine vertragliche Haftungsfreizeichnung	14
7. Rechtsfolge: Schadenersatz.....	14
III. Eventualiter: Anspruch aus Auftrag i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR.....	14
1. Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 398 OR.....	15
2. Vorliegen weiterer Voraussetzungen	15
3. Rechtsfolge: Schadenersatz.....	15
IV. Eventualiter: Anspruch aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 423 OR.....	15
1. Eingriff in fremde Rechtssphäre ohne Fremdgeschäftsführungswillen.....	15
2. Vorliegen der Widerrechtlichkeit des Eingriffs	16
3. Vorliegen der Bösgläubigkeit der Geschäftsführerin.....	16
4. Keine Verjährung i.S.v. Art. 60 OR.....	16
5. Rechtsfolgen: Gewinnherausgabe und Schadenersatz.....	16
V. Anspruch auf Geltendmachung der Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160ff. OR.....	17
1. Gültige Konventionalstrafe	17
2. Anwendbarkeit der Konventionalstrafe	17
2.1 Vorliegen eines Werkmangels	17
2.2 Auswechslung bzw. Reparatur i.S.v. Art. 17.3 K-1	17
2.3 Kein Ausschluss der Vertragsstrafe aufgrund der Ersatzteillieferung	18
2.4 Mangel während der Garantiezeit	19
3. Voraussetzungen der Konventionalstrafe	19
3.1 Bedingung eingetreten	19
3.2 Vorliegen des Verschuldens.....	19
4. Rechtsfolgen.....	20

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008 (*zit.*: BERGER, N xx)
[Rz 81]
- BERGER BERNHARD/
KELLERHALS FRANZ International and domestic arbitration in Switzerland, 2nd ed.,
Bern 2010 (*zit.*: BERGER/KELLERHALS, N xx)
[Rz 3, 4, 8, 11, 65]
- BRÄNDLI ROGER Die Nachbesserung im Werkvertrag - Eine Gesamtdarstellung
unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Diss. St. Gallen,
Zürich/St. Gallen 2007 (*zit.*: BRÄNDLI, N xx)
[Rz 45, 46, 80]
- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne
Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (*zit.*: BUCHER, S. xx)
[Rz 14, 80]
- BUOL MARTINA Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss.
Fribourg, Zürich 1996 (*zit.*: BUOL, N xx)
[Rz 37]
- CHAIX FRANÇOIS Le contrat de sous-traitance en droit suisse, limites du principe
de la relativité des conventions, Diss. Genf 1995
(*zit.*: CHAIX, S. xx)
[Rz 27, 28]
- FURRER ANDREAS/
MÜLLER-CHEN MARKUS Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich/Basel/Genf 2008
(*zit.*: FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. xx N xx)
[Rz 78]

- FURRER ANDREAS/
SCHNYDER ANTON K.
(Hrsg.)
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (*zit.*: CHK OR AT-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 28, 72]
- GAUCH PETER
- Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
(*zit.*: GAUCH, N xx)
[Rz 26, 29, 45, 48, 72, 80]
- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
EMMENEGGER SUSAN
- Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II., 9. Aufl., Zürich 2008 (*zit.*: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N xx)
[Rz 49, 72]
- GAUCH PETER/
SCHMID JÖRG (Hrsg.)
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V Band: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419-424 OR), Zürich 1993
(*zit.*: ZK 3a-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 67, 68, 70]
- GIRSBERGER DANIEL/
VOSER NATHALIE
- International Arbitration in Switzerland, 2nd ed., Zurich/Basel/Geneva 2012 (*zit.*: GIRSBERGER/VOSER, N xx)
[Rz 2, 9]
- HOCHSTRASSER MICHAEL
- Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006 (*zit.*: HOCHSTRASSER, N xx)
[Rz 38]

- HOFSTETTER JOSEF Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Band VII/6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000
(*zit.*: HOFSTETTER, S. xx)
[Rz 66]
- HONSELL HEINRICH/
VOGT NEDIM PETR/
SCHNYDER ANTON K./
BERTI STEPHEN V. (Hrsg.) Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007 (*zit.*: BSK IPRG-BEARBEITERIN, Art. xx, N xx)
[Rz 7, 18]
- HONSELL HEINRICH/
VOGT NEDIM PETER/
WIEGAND WOLFGANG
(Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR) mit PrHG und PauRG, 5. Aufl., Basel 2011
(*zit.*: BSK OR I-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 31, 32, 40, 60, 62, 63]
- HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012 (*zit.*: HUGUENIN, N xx)
[Rz 13, 52, 56, 57, 59, 66]
- HUGUENIN CLAIRE/
MÜLLER-CHEN MARKUS/
GIRSBERGER DANIEL
(Hrsg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2012
(*zit.*: CHK OR BT-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 61]
- JENNY RETO M. Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005 (*zit.*: JENNY, N xx)
[Rz 66]

- JOLIDON PIERRE Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984
(*zit.*: JOLIDON, Art. xx S. xx)
[Rz 11, 12]
- KOLLER ALFRED Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Hand-
buch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bern
2009 (*zit.*: KOLLER, § xx N xx)
[Rz 72, 81, 82]
- KRAMER ERNST/
PROBST THOMAS Grundkurs Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.,
Basel 2013 (*zit.*: KRAMER/PROBST, N xx)
[Rz 21]
- KREN KOSTKIEWICZ OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl.,
JOLANTA/SCHWANDER Zürich, 2009 (*zit.*: OFK OR-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
IVO/WOLF STEPHAN [Rz 82]
(Hrsg.)
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/
BESSON SÉBASTIEN Comparative law of international arbitration, 2nd ed., London
Zurich 2007 (*zit.*: POUDRET/BESSON, N xx)
[Rz 6, 11]
- RÜEDE THOMAS/
HADENFELDT REIMER Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und
IPRG. Supplement zur 2. Aufl., Zürich 1999
(*zit.*: RÜEDE/HADENFELDT, § xx N xx)
[Rz 2]
- SCHMID JÖRG/
STÖCKLI HUBERT Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/
Basel/Genf 2010 (*zit.*: SCHMID/STÖCKLI, N xx)
[Rz 42]

- SCHÖNENBERGER
WILHELM/JÄGGI PETER
(Hrsg.)
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V Band:
Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.
1-529 OR), Teilband V 1a (Art. 1-17 OR), 3. Aufl., Zürich
1973 (*zit.*: ZK 1a-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 17, 18, 20]
- SCHWENZER INGEBORG
- Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl.,
Bern 2009 (*zit.*: SCHWENZER, N xx)
[Rz 18, 21, 31]
- THÉVENOZ LUC/
WERRO FRANZ
- Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des
obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi
sur les voyages à forfait, Commentaire, Basel 2003
(*zit.*: CR CO I-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 28]
- WEBER ROLF H.
- Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band
VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmun-
gen. 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109
OR, Bern 2000 (*zit.*: BK-WEBER, Art. xx N xx)
[Rz 53]

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 10. November 1982, BBl 1983 Band I, S. 263-519

[Rz 6]

Judikaturverzeichnis

BGE 91 I 11	[Rz 20]
BGE 116 Ia 56	[Rz 9, 12]
BGE 107 II 489	[Rz 55]
BGE 114 II 159	[Rz 37]
BGE 114 II 239	[Rz 26]
BGE 115 II 456	[Rz 43]
BGE 116 II 454	[Rz 34]
BGE 122 III 118	[Rz 16]
BGE 128 III 22	[Rz 60]
BGE 129 III 422	[Rz 70]
BGE 129 III 675	[Rz 6]
BGE 131 III 217	[Rz 14]
BGE 131 III 606	[Rz 14]
BGE 132 III 715	[Rz 53]
BGE 135 III 433	[Rz 80]
BGE 137 III 16	[Rz 57]
BGer 4C.159/2000 v. 14.12.2000	[Rz 61]
BGer 4C. 389/2002 v. 21.03.2003	[Rz 66]
BGer 4C.139/2005 v. 29.03.2006	[Rz 28]

BGer 4C.92/2007 v. 31.07.2007

[Rz 36]

BGer 4A.109/2011 v. 21.07.2011

[Rz 69]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
BT	Besonderer Teil
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cc	Carbon copy
CH	Schweiz
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich/Basel/Genf)
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (0.221.211.1)
CO	Code des obligations = OR
c/o	care of
CR	Commentaire romand
D	Deutschland
Diss.	Dissertation

E.	Erwägung
ed.	edition
EUR	Euro
f./ff.	und folgende
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association
i.c.	in casu
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
N	Note(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend der Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PauRG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (SR 944.3)
PrHG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (SR 221.112.944)
Pt	Punkt
Rz	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Rechtssammlung
u.a.	unter anderem
v.	von

vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
zzgl.	zuzüglich

A. Prozessualer Teil: Zuständigkeit des Schiedsgerichts**I. Anwendbares Recht**

- 1 Gemäss Beschluss vom 18.9.2013 richtet sich das Verfahren über nachfolgende Streitigkeit nach Kapitel 12 IPRG und der internationalen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (nachfolgend „Swiss Rules“) unter Beachtung der IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (2010). Die Anwendbarkeit des IPRG ergibt sich auch aus Art. 176 Abs. 1 IPRG, da die Klägerin als Aktiengesellschaft i.S.v. Art. 21 Abs. 2 IPRG Sitz in Zollikofen Schweiz, die Beklagte Sitz ausserhalb der Schweiz hat und das Dreierschiedsgericht in Zürich konstituiert wurde.

II. Zuständigkeitsvoraussetzungen

- 2 Aufgrund einer Unzuständigkeitseinrede hat das Schiedsgericht nach Art. 186 Abs. 1 IPRG über seine Zuständigkeit selbst zu entscheiden (GIRSBERGER/VOSER, N 425). Die Beklagte hat mit der Einleitungsantwort vom 10.5.2013 die Einrede der Unzuständigkeit erhoben. Die Zuständigkeit gründet auf einer rechtsgültigen, vertraglich vereinbarten Schiedsabrede (RUEDE/HADENFELDT, § 33 N 1). I.c. ist die Schiedsabrede in Art. 23.1 des Rahmenvertrags CDAG GETR-01-2008 (nachfolgend „Rahmenvertrag“) zu prüfen. Zudem erlauben die Swiss Rules dem Schiedsgericht laut Art. 21 Ziff. 1, über alle Einreden der Unzuständigkeit und der Gültigkeit von Schiedsklauseln zu entscheiden.

1. Subjektive und objektive Schiedsfähigkeit

- 3 Die beteiligten Parteien müssen partei- und prozessfähig sein (BERGER/KELLERHALS, N 324). Zudem muss der Anspruch gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG einen vermögensrechtlichen Gegenstand aufweisen. Im vorliegenden Fall ist die Schiedsfähigkeit nicht umstritten, da die Klägerin sowie die Beklagte partei- und prozessfähige Aktiengesellschaften schweizerischen bzw. deutschen Rechts sind und jegliche Forderungen der Klägerin Ansprüche vermögensrechtlicher Natur darstellen.

2. Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

- 4 Die formelle und materielle Gültigkeit wird mit der auf das Schiedsverfahren anwendbaren *lex arbitri* überprüft; ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz hat Art. 178 IPRG anzuwenden (BERGER/KELLERHALS, N 301f.).

2.1 Materielle Gültigkeit

- 5 Art. 178 Abs. 2 IPRG verweist auf das Recht, welches zur Beurteilung der materiellen Gültigkeit anwendbar ist. Die Schiedsvereinbarung ist gültig, wenn sie dem auf die Streitigkeit bzw. auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht entspricht. Die Parteien haben eine Rechtswahl i.S.v. Art. 116 Abs. 1 IPRG getroffen, indem sie im Rahmenvertrag vereinbarten, dass Schweizer Recht unter Ausschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (nach Art. 6 CISG) und

nach Ausschluss des Haager Kaufrechtsübereinkommens auf den Rahmenvertrag und die abzuschliessenden Einzelverträge anwendbar ist (Art. 23.3 K-1). Der Einzelvertrag CDAG GETR-002-2008 (nachfolgend „Einzelvertrag“) über die Lieferung der Getriebe basiert auf oben genanntem Rahmenvertrag. Somit bildet dieser Vertragskomplex die Grundlage für die Forderungen der Klägerin und ist als *Hauptvertrag* i.S.v. Art. 178 Abs. 2 IPRG zu qualifizieren. Auch gemäss Art. 33 Abs. 1 Swiss Rules entscheidet das Schiedsgericht bei Vorliegen einer Rechtswahl nach gewähltem Recht. Zur Beurteilung der materiellen Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ist demzufolge Schweizer Recht massgebend.

- 6 Mit dem Verweis auf Schweizer Recht sind laut der Botschaft zum IPRG die Bestimmungen über das Vertragsrecht im Obligationenrecht einschlägig (BBl 1983 I, S. 462).

Für das Zustandekommen einer gültigen Schiedsvereinbarung braucht es sodann eine gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung bzgl. der wesentlichen Vertragspunkte (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 OR). Die *essentialia negotii* einer Schiedsabrede bestehen einerseits in einer Vereinbarung, allfällige Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen und andererseits in der Bezeichnung des Rechtsstreits, welcher von der Abrede erfasst werden soll (POUDRET/BESSON, N 155f.). Die Schiedsabrede des vorliegenden Rahmenvertrags enthält deutlich die Nennung der Beilegung von Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus Rahmen- und Einzelvertrag mittels eines Schiedsverfahrens in Zürich (Art. 23.1 K-1). Das BGer fordert Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit des Schiedsgerichts (BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 679). Im vorliegenden Fall verweist die Schiedsklausel in Art. 23.1 K-1 auf die Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich, wodurch das Schiedsgericht zumindest bestimmbar ist. Durch die Unterzeichnung des Rahmenvertrags am 10./12.10.2008 haben die Parteien tatsächlichen Konsens bzgl. der Schiedsklausel und den darin enthaltenen *essentialia negotii* erzielt.

2.2 Formelle Gültigkeit

- 7 Art. 178 Abs. 1 IPRG erfordert als zwingende Sachnorm, dass die Schiedsvereinbarung durch Text nachweisbar ist, weswegen dieser den vertraglichen Parteien visuell wahrnehmbar und in reproduzierbarer Form zugänglich sein muss (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 11). Vom Formzwang erfasst sind lediglich die *essentialia negotii* (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 9). Der Rahmenvertrag liegt in schriftlicher Form vor, welcher in Art. 23.1 die *essentialia negotii* enthält.

3. Subjektiver Geltungsbereich

- 8 Schiedsvereinbarungen wirken *inter partes* und demnach lediglich zwischen den am Abschluss der Abrede beteiligten Personen (BERGER/KELLERHALS, N 492). Die Beklagte wie

auch die Klägerin sind die am Abschluss des Rahmenvertrags beteiligten Parteien. Folglich wirkt die Schiedsklausel zwischen ihnen.

4. Objektiver Geltungsbereich

- 9 Für die Relevanz der Zuständigkeit ist von Bedeutung, dass die Schiedsvereinbarung die Gesamtheit der im konkreten Verfahren streitigen Begehren deckt (BSK IPRG-WENGER/SCHOTT, Art. 186 N 36). Formulierungen wie „Streitigkeiten aus dem Vertrag“ oder „im Zusammenhang mit dem Vertrag“ (GIRSBERGER/VOSER, N 241) begründen umfassende Zuständigkeit (BGE 116 Ia 56 E. 3b S. 58).
- 10 Gemäss der vorliegenden Schiedsklausel (Art. 23.1 K-1) werden alle mit dem Rahmenvertrag bzw. den Einzelverträgen *zusammenhängenden* Streitigkeiten erfasst. Die Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte sind Forderungen aufgrund Erfüllung des Einzelvertrags über Lieferung der Getriebe und der Überwachung bzw. Unterstützung der Montage und stellen somit Streitigkeiten in Konnexität mit dem Vertrag dar.
- 11 Auch wenn im vorliegenden Einzelvertrag in den AGB der Beklagten eine Schiedsklausel aufgeführt ist, kann diese aus nachfolgenden Gründen keine Geltung erlangen. Schiedsklauseln in Rahmenverträgen gelten gewissermassen auch für Streitigkeiten aus Einzelleistungen, welche auf dem Rahmenvertrag basieren (JOLIDON, Art. 4 S. 111). Freilich würde eine Schiedsklausel, die im neueren Einzelvertrag aufgeführt ist, vorgehen, wenn sie eine Differenz aufweist zu jener im Hauptvertrag (POUDRET/BESSON, N 313). Dieser Grundsatz *ius posterior derogat priori* gilt jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass aus den gesamten Umständen kein gegenteiliger mutmasslicher Wille der Parteien ersichtlich ist (BERGER/KELLERHALS, N 476). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass gerade ein solcher gegenteiliger mutmasslicher Wille vorliegt und die Schiedsklausel in den AGB nicht zum Tragen kommt. Mittels Auslegung der Schiedsvereinbarung ist ermittelbar, ob die objektive Tragweite nachfolgende bzw. konnexe Verträge erfasst (vgl. BERGER/KELLERHALS, N 464).
- 12 Die Vertragsauslegung erfolgt ebenfalls anhand Schweizer Recht und zwar nach Art. 18 OR (JOLIDON, Art. 4 S. 131). Sobald feststeht, dass die Parteien das staatliche Gericht derogieren wollen, kann der Inhalt mitsamt seiner Tragweite extensiv ausgelegt werden (BGE 116 Ia 56 E. 3b S. 58). I.c. ist die Schiedsklausel aufgrund Einigkeit der Parteien bzgl. Anwendung von Schiedsrecht extensiv auszulegen.
- 13 Bei der Auslegung ist zu beachten, dass es sich nicht um eine Frage des Konsenses handelt, sondern um die Ermittlung des Vertragsinhalts (HUGUENIN, N 276). Vorliegend ist die Frage des Konsenses unbestritten, da sich Klägerin und Beklagte einig sind, die Rechtsstreitigkeit vor einem Schiedsgericht zu bereinigen.

- 14 Der wirkliche Wille ist aufgrund der gegebenen Umstände und der Unzuständigkeitseinrede der Beklagten nicht rekonstruierbar. Somit drängt sich eine objektivierte Betrachtungsweise auf. Ziel jener Auslegung ist die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens (BGE 131 III 217 E. 3 S. 219). Fraglich ist an diesem Punkt, was vernünftige und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB unter den gegebenen, durchaus auch persönlichen, Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihrem sonstigen Verhalten ausgedrückt und gewollt hätten (BGE 131 III 606 E. 4.1 S. 610). Der Parteiwille muss folglich nach Massgabe des Vertrauensprinzips rekonstruiert werden (BGE 131 III 217 E. 3 S. 219). Ausserdem hat die Auslegung *ex tunc* zu erfolgen, wobei die Interessenlage der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beachten ist (BUCHER, S. 184).

4.1 Auslegung nach Wortlaut

- 15 Nach Art. 21 Abs. 2 Swiss Rules ist das Schiedsgericht befugt, bei Einrede der Unzuständigkeit den Vertrag, welcher die Schiedsklausel enthält, zu beurteilen. Vorliegend ist das konstituierte Schiedsgericht dazu ermächtigt, den Rahmenvertrag zur Auslegung heranzuziehen. In Art. 1 des Rahmenvertrags wird der Vertragsgegenstand erläutert. Es sollen die Rahmenbedingungen festgelegt (Art. 1.1 K-1) und die allgemeinen Rechte und Pflichten (Art. 1.2 K-1) geregelt werden. Konkret zu erbringende Leistungen sind in Einzelverträgen zu vereinbaren (Art. 1.2 K-1). Art. 2.3, 2.4 und 2.5 K-1 normieren den erforderlichen Mindestinhalt, wobei lediglich *die Erfüllungskonditionen* des jeweiligen Einzelvertrages im Vordergrund stehen und nicht allfällige Regelungen prozessualer Natur. Nach Art. 23.1 K-1 sind von der Schiedsvereinbarung „Streitigkeiten [...] aus oder im Zusammenhang mit diesem Rahmenvertrag, resp. aus den *unter diesem Vertrag erfolgenden Einzelverträgen* [...]“ gedeckt. Dies bedeutet, dass für sämtliche prozessuale Fragen der Rahmenvertrag beigezogen werden muss.
- 16 In einem zweiten Schritt wird die vom Rahmenvertrag abweichende Schiedsvereinbarung in den AGB der Beklagten betrachtet. Die Auslegung von AGB hat nach denselben Regeln, wie jenen von individuellen Vereinbarungen zu erfolgen (BGE 122 III 118 E. 2a S. 121). Nach Art. 1. *Anwendungsbereich und Geltung der AGB* (B-1) gelten die AGB der Beklagten für alle, mit ihr abgeschlossenen, internationalen Verträge. Mit Abschluss des Vertrags anerkennt die Vertragspartnerin diese AGB laut Art. 1.3 B-1 vollumfänglich. Vorbehalten bleiben laut AGB im Einzelfall entgegenstehende schriftliche Vereinbarungen *im Vertrag* (Art. 1.3 B-1). Aufgrund der Bestimmung Art. 1.1 der AGB gibt die Beklagte deutlich zum Ausdruck, dass unter dem juristisch nicht spezifizierten Ausdruck *Vertrag* in Art. 1.3 alle internationalen Verträge der Beklagten zu verstehen sind. Demzufolge ist der Rahmenvertrag inklusive Schiedsklausel (K-1) unter den Ausdruck *Vertrag* zu subsumieren. Zudem basiert der Einzelvertrag - bestehend aus Bestell - und Leistungsschein freilich auf dem Rahmenvertrag (K-2, K-3).

Demnach fällt der ganze Vertragskomplex, inklusive Einzel- und Rahmenvertrag, unter den Anwendungsbereich von Art. 1.3 zweiter Satz der AGB der Beklagten (B-1).

4.2 Systematische Auslegung

- 17 Der Rahmenvertrag – spezifisch seine Schiedsklausel – stellt gegenüber den verallgemeinerten AGB des Einzelvertrags eine entgegenstehende schriftliche Vereinbarung dar. Eine Individualabrede liegt etwa genau dann vor, wenn die Parteien bei Vertragsschluss oder auch später eine dem vorgeformten Inhalt entgegengesetzte Vereinbarung treffen (ZK 1a-JÄGGI, Art. 1 N 492). Der Bestellschein vom 13.11.2008 enthält kleingedruckt am Seitenende den Hinweis auf die AGB-Geltung (K-2). Jener Bestellschein entspricht einem Standardformular für die gesamte Kundschaft der Beklagten, was sich in der offenen Formulierung des AGB Hinweises zeigt (*Kunde der Feller Gear AG*). Sein Aufbau ermöglicht das Ausfüllen durch beliebige Kunden und wurde nicht speziell auf die Klägerin abgestimmt. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass diese AGB schon vor Rahmenvertragsschluss von der Beklagten erstellt worden sind. Die Schiedsklausel des Rahmenvertrags wirkt hingegen *inter partes* zwischen der Klägerin und der Beklagten und ist somit *individuell verabredet worden*. Aufgrund dessen kann die Schiedsklausel im Rahmenvertrag zu den AGB als entgegenstehende schriftliche Vereinbarung i.S.v. Art. 1.3 B-1 qualifiziert werden. *Sie geht als jüngerer, spezielleres Dokument den AGB in der Anwendung als lex specialis vor.*

4.3 Auslegung nach der Entstehungsgeschichte

- 18 Aufgrund der Entstehungsgeschichte des gesamten Vertragskomplexes gilt die Schiedsklausel der AGB aus den folgenden Gründen nicht. Bei einer sogenannten Globalübernahme übernimmt eine Vertragspartei die Bestimmungen, auch wenn sie diese nicht gelesen und zur Kenntnis genommen hat (SCHWENZER, N 45.03). Anders ist es jedoch, wenn die annehmende Partei mit dieser Regel nicht rechnen musste (ZK 1a-JÄGGI, Art. 1 N 498). Ungültig ist die Einführung einer Klausel dann, wenn der AGB einbringenden Partei bekannt ist, oder nach allgemeinen Lebenserfahrungen bekannt sein müsste, dass die Einführung nicht gewollt ist (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 60).
- 19 I.c. haben die Klägerin und die Beklagte einen Rahmenvertrag im Hinblick auf eine zukünftige Zusammenarbeit vereinbart (Präambel K-1). Dieser soll alle allgemeinen Rechte und Pflichten, insbesondere auch prozessuale Bestimmungen, regeln und somit auch das Grundverhältnis, welches nicht durch Einzelverträge abgeändert werden soll. Letztere bestimmen nur die konkret zu erbringenden Leistungen (vgl. Rz 15). Da die Beklagte erst wenige Wochen vor Abschluss des Einzelvertrags den Rahmenvertrag mit der gemeinsam vereinbarten Schiedsklausel in Art. 23.1 K-1 mit der Klägerin beschloss, musste die Klägerin nicht damit rechnen, dass eine abweichende Schiedsklausel in den Standard-AGB der beklagten

Partei stand. Der Beklagten musste bekannt gewesen sein, dass die Klägerin die Änderung der Streiterledigungsvereinbarung nicht gewollt haben konnte und nicht damit rechnen musste, dass zwei verschiedene Versionen von Schiedsklauseln vorlagen.

- 20 Vorliegend fand keine Übernahme der Schiedsklausel in den AGB aufgrund der Globalübernahme statt. Behauptet aber die einbringende Partei, dass eine Zustimmung bzgl. einer bestimmten Klausel vorliegt, hat jene dies zu beweisen (ZK 1a-JÄGGI, Art. 1 N 468). Der Beweis kann darin liegen, dass die Parteien die Klausel untereinander besprochen haben, in früheren Geschäften diese widerspruchlos angewendet wurde, sie in den AGB besonders hervorgehoben wurde (ZK 1a-JÄGGI, Art. 1 N 468) oder die gesamten AGB nur aus wenigen, gut lesbaren Sätzen bestehen, sodass die Klausel nicht übersehen werden konnte (BGE 91 I 11 E. 3a S. 14). Der Beweis, dass die Klägerin der Schiedsklausel in den AGB bewusst zustimmte, wird der Beklagten nicht gelingen, da die Parteien die Vereinbarung in den AGB nie abgesprochen hatten. Ferner liegen auch keine früheren Geschäfte vor, bei denen die Vereinbarung widerspruchlos hätte angewendet werden können. Des Weiteren ist die Regelung bzgl. der Schiedsklausel nicht besonders hervorgehoben. Zudem bestehen die gesamten AGB aus über 18 Artikeln mit Unterartikeln, was bzgl. Quantität und Qualität nicht nur *wenig* gut lesbare Sätze darstellt.

4.4 Auslegung nach den Begleitumständen

- 21 Aufgrund der Begleitumstände ist die Geltung der AGB-Schiedsklausel zu verneinen. AGB gelten nur, wenn der Verwender darauf hingewiesen hat (SCHWENZER, N 45.02). Der Adressat muss vor Vertragsschluss die Möglichkeit haben, von den AGB und deren Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen (KRAMER/PROBST, N 236). Auf dem Bestellschein (K-2) ist kleingedruckt am Seitenende der Hinweis auf die Verbindlichkeit der AGB der Beklagten aufzufinden. Mit der Unterzeichnung des Scheins durch die Klägerin wurden die AGB für sie verbindlich, *obwohl sie diese Bestimmungen zum Zeitpunkt der Unterschrift (13.11.08) nicht kennen konnte*. Dies, da sie der Klägerin offensichtlich dazumal nicht vorlagen und erst am 17.11.08 – ein Tag nach Bestätigung des Auftrages durch die Beklagte (Pt 9 Einleitungsanzeige) – zugesandt wurden (B-3). Zudem ist die Versendung der AGB in einer von zwölf E-Mail Nachrichten (B-2) unübersichtlich und erschwert die Kenntnisnahme erheblich.
- 22 Aufgrund der zeitlichen Nähe zwischen dem Abschluss des Rahmenvertrags – insbesondere der Schiedsklausel als Individualabrede zu den AGB – und des vorliegenden Einzelvertrages, erscheint es als unangemessen, von der Klägerin zu erwarten, auf andere Weise Kenntnis von den AGB erlangt zu haben.

4.5 Auslegung nach Interessenlage und Vertragszweck

- 23 Nach Betrachtung der Interessenlage und des Vertragszwecks kommt der AGB-Schiedsklausel keine Geltung zu. Ziel des Vertragsgegenstandes ist es, eine langfristige Geschäftsbeziehung einzugehen (Präambel K-1). Deshalb ist es für die Parteien von Interesse, die Grundlagen für eine unkomplizierte, weiterführende Zusammenarbeit zu schaffen. Der Rahmenvertrag beinhaltet bereits allgemeine Rechte und Pflichten, um den Ablauf der kommenden Geschäfte zu erleichtern. Der Zweck des Vertrages ist folglich die Regelung aller Rahmenbedingungen, welche nicht spezifisch mit einzelvertraglichen, konkreten Elementen zusammenhängen. *Es ist deshalb nicht Sinn und Zweck des Einzelvertrages diese allgemeinen Bedingungen – vor allem die prozessualen Gegebenheiten – erneut zu regeln.*
- 24 Die gültige Schiedsvereinbarung des Rahmenvertrags erfasst im Rahmen der objektiven Tragweite alle im vorliegenden Fall streitigen Begehren.
- 25 Aufgrund der erfüllten Gültigkeitskriterien hat sich das konstituierte Schiedsgericht im Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013 *als zuständig zu erklären* und über die Rechtsbegehren der Klägerin zu entscheiden.

B. Materieller Teil**I. Nachbesserungsanspruch aus Sachgewährleistung i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR**

- 26 Die Beklagte verpflichtete sich im Leistungsschein vom 16.11.2008 (K-3) zur Herstellung von zwei Zentralgetrieben, inklusive Zubehör, und deren Ablieferung nach Dammam. Die Arbeitsleistung mit anschliessendem Arbeitserfolg stellt die Hauptleistung des Werkvertrages gemäss Art. 363 OR dar (GAUCH, N 18f.). Ein Subunternehmervertrag liegt vor, wenn der Besteller mit dem Subunternehmer einen Werkvertrag schliesst (GAUCH, N 137). I.c. nimmt die Beklagte die Stellung des Subunternehmers und die Klägerin jene des Bestellers ein, wobei die Middle East Cement Company (nachfolgend „MECC“) die Erst-Bestellerin ist. Ein Subunternehmervertrag kann auch in Form eines Vertrags zugunsten Dritter bestehen (GAUCH, N 165). Liegt eine Begünstigung Dritter vor, ist das Nachbesserungsrecht nach Art. 368 Abs. 2 OR gemäss BGer als eigentliches Gestaltungsrecht abtretbar (BGE 114 II 239 E. 5c.bb S. 247). In Art. 112 Abs. 1 OR verpflichtet sich die Versprechende gegenüber dem Versprechensempfänger zur Leistung der geschuldeten Sache an einen Dritten. Vorliegend lieferte die Beklagte zwei Zentralgetriebe zugunsten der MECC. Dies wurde zwischen der Klägerin, als Versprechensempfängerin, und der Beklagten, als Versprechende, im Leistungsschein vereinbart. Auch die Durchführung des Transports vom Hafen in Dammam zum Zementwerk durch die Klägerin ändert nichts an der vorliegenden Konstellation, da dieser Transport auf dem Festland lediglich ein kleiner Bestandteil der gesamten Leistungskette der

Beklagten darstellte. Die Beklagte hatte nach dem Transport weitere Arbeiten auf dem Gelände der MECC auszuführen.

- 27 Ob es sich um einen echten oder unechten Vertrag zugunsten eines Dritten handelt, bestimmt sich gemäss Art. 112 Abs. 2 OR primär nach dem Parteiwillen der Vertragsparteien. Ein solcher Parteiwille wird eruiert, nachdem der Subunternehmer den Willen, den Werkeigentümer zu begünstigen, aufgezeigt hat (CHAIX, S. 222). Die Beklagte hat vorliegend die Nachbesserungsforderung der MECC (K-10) wohlwollend angenommen (K-11). Der Wille des Unternehmers ergibt sich dann z.B. aus der Toleranz, direkte Forderungen des Werkeigentümers gegenüber dem Subunternehmer zu akzeptieren (CHAIX, S. 222). Die Klägerin wendet nichts gegen eine einfache Abwicklung zwischen der MECC und der Beklagten ein, wodurch sie die Abtretung toleriert. Die Beklagte zeigt ihren Willen, die MECC zu begünstigen, darin, dass sie alles daran setzt, die Behebung des Mangels so schnell wie möglich zu erfüllen. Sie sieht darin sogar einen separaten Reparaturvertrag.
- 28 Konkludentes Verhalten des Unternehmers ist für die Annahme eines echten Vertrags zugunsten Dritter ausreichend, wobei der Parteiwille keiner Formvorschrift untersteht (CHAIX, S. 222). Durch die Einbeziehung der MECC in sämtliche Korrespondenzen, sei es als Erscheinen im Cc oder per direktem Anschreiben (K-10), zeigt sich, dass jene nicht nur die Stellung einer Leistungsempfängerin innehat, sondern in den ganzen Lieferungsprozess vollumfänglich involviert war und demnach die Leistung selbständig i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR fordern kann. Für die Parteien ist es aufgrund der Praktikabilität selbstverständlich, dass bei Problemen direkt auf die jeweils verantwortliche Person bzw. Gesellschaft zugegangen wird. Gerade die MECC als Drittpartei hat ein erhebliches Interesse, sich direkt und ohne Umwege über die Klägerin an die Beklagte wenden zu können. Ein solches Interesse rechtfertigt ein selbständiges Forderungsrecht der Drittpartei (BGer 4C.139/2005, E. 3.3). Jenes Recht entsteht ferner aus der Natur und dem Zweck des Vertrags (CHK OR AT-REETZ/GRABER, Art. 112 N 29). Der vorliegende Subunternehmervertrag bezweckt eine unkomplizierte Abwicklung der Werklieferung mitsamt allen zugehörigen Rechten, was mittels des direkten Forderungsrechts verwirklicht wird. CHAIX spricht sich auch für eine analoge Anwendung von Art. 399 Abs. 3 OR auf den Werkvertrag aus (CR CO I-CHAIX, Art. 112 N 42), woraus die MECC von der Beklagten wiederum direkt fordern kann. Es besteht ein *echter* Vertrag zugunsten Dritter.

1. Vorliegen eines Werkmangels

- 29 Ein Werkmangel liegt nicht nur bei Abweichung von den vereinbarten Werkeigenschaften vor, sondern der Besteller darf erwarten, dass gewisse Eigenschaften auch ohne Vereinbarung vorausgesetzt sind (GAUCH, N 1406). GAUCH führt weiter aus, dass – trotz der Mangelfreiheit

unter dem Gesichtspunkt der Normalbeschaffenheit – aufgrund des Fehlens der geforderten Gebrauchstauglichkeit ein Werkmangel besteht. Dies ist gerade der Fall, wenn das Werk zwar den anerkannten Regeln der Technik entspricht, im konkreten Fall jedoch unrichtig bzw. unzureichend ist (GAUCH, N 1429). Das Werk muss dem Gebrauchszweck mit den damit einhergehenden Modalitäten, wie dem Ort der Benützung, entsprechen (GAUCH, N 1418).

- 30 Die Beklagte wusste, dass die zwei Zentralgetriebe in Saudi-Arabien eingesetzt werden, da der Ort der Ablieferung sowie die Montage und Überwachung der Zentralgetriebe in Saudi-Arabien stattfanden (K-3). Mit den dortigen Gegebenheiten, den häufigen Stromausfällen, und dem damit verbundenen, notwendigen Einbauen der speziellen Ölspritzeinrichtung konnte sich die Beklagte aus. Seit Winter 2009/2010 baute jene genau solche Ölspritzeinrichtungen bei anderen Projekten im Mittleren Osten ein, wodurch sie zeigte, dass sie sowohl von den örtlichen Umständen als auch vom korrekten Design der Anlage (K-12) Kenntnis hatte (Pt 26 Einleitungsanzeige). Trotzdem wurde das Werk mangelhaft ausgeliefert.

2. Vorliegen der fristgerechten Mängelrüge

- 31 Wie oben dargelegt, steht der MECC ein direktes Forderungsrecht zu (vgl. Rz 28). Die MECC kann die Mängelrüge als ledigliche Obliegenheit (SCHWENZER, N 4.27) demnach selber ausüben, was sie mit Schreiben vom 8.7.2011 (K-10) auch tat. Die Mängel sind nach Art. 367 Abs. 1 OR und Art. 370 Abs. 3 OR sofort zu rügen, wobei die Rügepflicht bei nicht offensichtlichen Mängeln durch Anzeige nach ihrer Entdeckung erfüllt wird (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 370 N 15).
- 32 I. c. liegt ein geheimer Mangel vor. Die Klägerin konnte auch bei ordnungsgemässer Prüfung nicht erkennen, dass die Ölspritzeinrichtung falsch eingebaut wurde. Dazu braucht es spezielle Kenntnisse der Maschine und Erfahrung mit den Gegebenheiten, die nur die Beklagte hatte. Das Rügeschreiben wurde am Tag des Einstellens des Zementwerkes und bei Kenntnisnahme der Mängel eingereicht (Pt 20 Einleitungsanzeige). Die Mängelrüge muss weiter sachgerecht substantiiert werden; dabei sind die Mängel einzeln und bzgl. Art, Umfang und gegebenenfalls Ort möglichst genau zu bezeichnen (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 18).
- 33 Im Schreiben vom 8.7.2011 (K-10) wurde der Mangel mit Hinweis "auf mangelhafte Ölschmierung" deklariert und demzufolge nach dem technischen Wissenstand der MECC genügend substantiiert gerügt. Dieses Problem wurde bereits zu einem früheren Zeitpunkt mit der Beklagten besprochen, weshalb die Beklagte anhand der Rüge genau wissen musste, um welchen Mangel es sich handelte.

3. Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

3.1 Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 369 OR

- 34 Ein eigenständiges Verschulden des Werkmangels liegt nur vor, wenn die Verursachung ausschliesslich dem Besteller zuzurechnen ist (BGE 116 II 454 E. 3b S. 458). Solch ein Ver-

schulden kann der Klägerin nicht vorgeworfen werden, sind doch die vorstehend erstellten Verfehlungen der Beklagten (vgl. Rz 30) erst- und hauptursächlich für den Mangel.

- 35 Die Beklagte bewies in vergleichbaren Projekten in derselben Region, dass sie die spezielle Problematik des Einbaus der Ölspritzeinrichtung kannte. Die in diesem Fall falsche Montage der Ölspritzeinrichtung konnte durch keine anderen Tätigkeiten als durch die Beklagte selbst korrigiert werden. Hingegen wurde weder die MECC noch die Klägerin, beide fachkundig bzgl. dieser Zentralgetriebe, in Form der Bedienungsanleitung oder des technischen Services auf die Schwierigkeit der Ölspritzeinrichtung und der Stromzufuhr hingewiesen (Pt 23 Einleitungsanzeige). Somit liegt die Verantwortlichkeit bzw. das Verschulden bei der Beklagten alleine und nicht bei der Klägerin.

3.2 Keine vertragliche Haftungsfreizeichnung

- 36 Die Parteien haben in Art. 17.9 K-1 die Haftung und Verantwortlichkeit der Beklagten beschränkt. Diese soll nur haften, wenn die Bedienungs- und Prüfverfahren zu jeder Zeit den Spezifikationen und Anweisungen der Beklagten entsprechen. Eine solche Freizeichnungsklausel unterliegt jedoch der Prüfung von Art. 100 OR, wonach die Haftung für Absicht oder Grobfahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Grobfahrlässig verhält sich, wer eine Sorgfaltspflicht verletzt, die derart elementar ist, dass sie sich jedem vernünftigen Menschen in der gleichen Lage aufdrängen muss (BGer 4C.92/2007, E. 3.2). Da vorliegend elementare Sorgfaltspflichten verletzt wurden, wurde der Schaden grobfahrlässig verursacht. Wie oben dargelegt wurde bei der Konstruktion des Werkes veraltete Technik eingebaut, von der die Beklagte wusste, dass sie mangelhaft ist (vgl. Rz 30). Dass dadurch ein massiver Schaden herbeigeführt wurde, ist Resultat dieser Sorgfaltspflichtverletzung und beweist das grobfahrlässige, wenn nicht sogar eventualvorsätzliche Vorgehen der Beklagten. Somit trifft die Beklagte noch immer eine Haftung.
- 37 Überprüft man ferner die generelle Haftungsbeschränkung in Art. 17.9 K-1, fällt auf, dass diese Klausel die Klägerin völlig dem Belieben der Beklagten ausliefert. Dies ist ein Verstoss gegen die allgemeine Vertragsschranke der Sittenwidrigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR (BUOL, N 335). Namentlich wurde die Beklagte durch die Klausel mit dem Recht ausgestattet, Anweisungen zu erteilen. Die Klägerin ist der Beklagten ausgeliefert, da jene die Anweisung erteilte, dass sie bei einem allfälligen Starten des Getriebesystems in Abwesenheit ihres Servicepersonals jegliche Haftung von sich weist (K-8). Die Klägerin hat die Beklagte ausdrücklich aufgefordert, Servicepersonal zur Verfügung zu stellen, damit dieses bei den Testläufen anwesend sein kann (vgl. Rz 50). Wenn die Beklagte diesem Begehren nicht nachkommt, hat die Klägerin keine andere Wahl, als die Weisung zu missachten und trotzdem mit den Testläufen zu beginnen. Wie auch das BGer in BGE 114 II 159 E. 2a S. 162 ausführt, ist es sit-

tenwidrig, wenn der Verpflichtete der Willkür eines anderen ausgeliefert ist. Genau dies ist i.c. aber geschehen, denn das Bereitstellen von Servicepersonal liegt im *ausschliesslichen Machtbereich und somit in der Willkür der Beklagten*.

- 38 Mit anderen Worten beinhaltet die Freizeichnung bzw. die Anweisung der Beklagten ein sittenwidriges unbestimmtes Risiko für die Klägerin (HOCHSTRASSER, N 115), denn letztere wusste bei Vertragsschluss nicht, welche nicht in ihrem Machtbereich stehenden Forderungen auf sie zukommen würden.

3.3 Keine Verwirkung durch Genehmigung i.S.v. Art. 370 OR

- 39 Eine Genehmigung des Werkes kann nach Art. 370 Abs. 1 OR ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Bei Mängeln, die erst zu einem späteren Zeitpunkt auftreten, muss die Anzeige laut Art. 370 Abs. 3 OR sofort nach der Entdeckung erfolgen.

Der versteckte, und somit erst zu diesem Zeitpunkt erkennbare, Mangel wurde sofort nach dessen Entdeckung angezeigt (vgl. Rz 32, K-10). Demnach fand keine Genehmigung i.S.v. Art. 370 OR statt, wonach die Haftpflicht der Beklagten i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR bestehen bleibt.

3.4 Keine Verjährung i.S.v. Art. 17.2 des Rahmenvertrags

- 40 Die Parteien haben die gesetzlichen Gewährleistungsfristen in Art. 17.2 K-1 abgeändert, insbesondere die Festlegung des fristauslösenden Ereignisses. Dies ist möglich, da Art. 371 OR dispositiver Natur ist (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 371 N 40). Sobald das Werk im Sinne der Vereinbarung abgeliefert wird, beginnt die Verjährung zu laufen.

- 41 In der Vereinbarung wird zwischen Abnahme und Ablieferung unterschieden (vgl. Art. 17.2 K-1). Als *Abnahme* definierten die Parteien u.a. den Zeitpunkt, in welchem ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind (Art. 13.2.1 K-1), was mit einem von beiden Parteien unterzeichneten Abnahmezertifikat bestätigt wird (Art. 13.2 K-1; Pt „Abnahme“ K-3). Das Zertifikat bezweckt den rechtsgenügenden Beweis einer gültigen Abnahme als fristenauslösendes Ereignis. Ein solches Zertifikat wurde allerdings nie ausgestellt. *Demnach gab es keine gültige Abnahme des Werkes und die Verjährungsfrist begann nicht zu laufen*. Die Beklagte wendet ein, die letzte Zahlung der Klägerin stellt eine gültige Abnahme dar (Pt 17 Einleitungsantwort). Dies trifft nicht zu, denn gerade für diesen Nachweis wurde die Vertragsklausel über das Zertifikat geschaffen. Zudem darf die Beklagte nicht davon ausgehen, dass die Klägerin mit dem Resultat des Leistungstests zufrieden ist, wenn die Klägerin lediglich ihren Zahlungspflichten nachkommt.

- 42 *Eventualiter*: Auch wenn eine Abnahme tatsächlich am 26.12.2010 stattgefunden hätte, könnte sich die Klägerin noch immer auf ihre Mängelrechte berufen, da der Mangel innerhalb

der vereinbarten zwölfmonatigen Frist am 8.7.2011 gerügt wurde (Art. 210 Abs. 5 OR ist analog anwendbar SCHMID/STÖCKLI, N 1801).

- 43 Die alternative Verjährungsfrist beträgt nach Art. 17.2 K-1 *ab Ablieferung* 36 Monate. Für die Ablieferung, also die Übergabe des vollendeten Werkes (BGE 115 II 456 E. 4. S. 459), wurde örtlich der Hafen in Dammam vereinbart (vgl. K-3). Diese Übergabe fand wohl unstreitig am 2.2.2010 (vgl. K-7) statt. Somit begann die Verjährungsfrist gemäss Art. 132 Abs. 1 OR am 3.2.2010 zu laufen und endet nach 36 Monaten. Die MECC machte den Mangel bereits am 8.7.2011 geltend. *Der Anspruch der Klägerin ist also noch nicht verjährt.*

4. Rechtsfolge: Unentgeltliche Nachbesserung i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR

- 44 Die MECC forderte von der Beklagten die Nachbesserung des mangelhaften Werks. Dies kann durch die E-Mail vom 10.7.2011 (K-11), der anschliessenden Offerte vom 25.7.2011 und der Bestätigung am 1.8.2011 belegt werden. Aufgrund des vorliegenden Vertrags zugunsten Dritter ist eine solche Nachbesserungsforderung durch die MECC zulässig.
- 45 Der Unternehmer hat nicht nur die Kosten für die Mangelbeseitigung zu übernehmen, sondern ist dazu verpflichtet, für sämtliche Vorbereitungs- und Wiederherstellungskosten (BRÄNDLI, N 478), wie für den Aus- und Wiedereinbau von mangelhaften Maschinenteilen, die er reparieren muss, aufzukommen (GAUCH, N 1722). Somit sind die Kosten für die Mangelbeseitigung von EUR 444'225 und die Kosten für die Miete der Kräne für den Aus- und Wiedereinbau des Getriebes von EUR 322'775 zzgl. Zins von der Beklagten zu übernehmen.
- 46 Die Einrede der übermässigen Nachbesserungskosten (BRÄNDLI, N 400) wird der Beklagten nicht gelingen. Es kann sich nur auf Unverhältnismässigkeit berufen werden, wenn das Interesse des Bestellers an der Vertragserfüllung gering ist und der Aufwand des Unternehmers einen erheblichen Umfang darstellt (BRÄNDLI, N 422). Vorliegend ist das Funktionieren der Zentralgetriebe unerlässlich für den Betrieb des gesamten Zementwerks. Die Klägerin hat ein hohes Interesse an der Nachbesserung, was den Aufwand durch die Beklagte rechtfertigt.
- 47 Folglich sind die Voraussetzungen der Nachbesserung erfüllt. Die Rechnungsstellung der Beklagten war somit unzulässig. *Dem ersten und zweiten Rechtsbegehren ist demnach zu folgen.*

II. Eventualiter: Anspruch aus positiver Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 OR

- 48 Verletzt eine Partei eine Pflicht, welche nicht werksvertragstypisch ist, wie beispielsweise das abgelieferte Werk zu kontrollieren oder zu pflegen, kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Vertragsverletzung (Art. 97ff. OR) zur Anwendung (GAUCH, N 1456).

1. Verletzung einer vertraglichen Pflicht i.S.v. Art. 97 Abs. 1 OR

- 49 Wie nachstehend aufgezeigt wird, hat die Beklagte eine Nebenpflicht verletzt. Eine Nebenpflicht ist nicht selbständig einklagbar und wird üblicherweise durch das Gesetz oder Übereinkunft festgelegt (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2638ff.). Im Anhang I des Leistungs-

scheins (Pt E. 3. K-4) wurde vereinbart, dass die Beklagte die Montagearbeiten und die Inbetriebnahme der Anlagen beaufsichtigt und instruiert, also den gesamten Ablauf überwacht.

50 Die Beklagte hat aber nachweislich ihr Servicepersonal nicht genügend zur Verfügung gestellt. Herr Fallet, der für den technischen Service vor Ort verantwortliche Mitarbeiter der Beklagten, reiste noch während den Montagearbeiten zurück nach Deutschland. Nach der unmissverständlichen Aufforderung der Klägerin, einen neuen Ingenieur bereitzustellen (K-9), vergingen unverständlicherweise mehr als drei Wochen bis zur Rückkehr des Servicepersonals. Aufgrund dieser Nebenpflichtverletzungen mussten beide Testläufe in *Abwesenheit der Beklagten* durchgeführt werden.

51 Dem allfälligen Einwand der Beklagten, mit den Testläufen hätte bis zur Ankunft ihres Personals zugewartet werden müssen, kann nicht zugestimmt werden, wurde doch in der Aufforderung, dass ein neuer Servicetechniker benötigt wird, ausdrücklich erwähnt, dass ein Besuch des Prinzen al-Walid ibn Talal Al Saud ansteht (vgl. K-9). Die Beklagte hat sich im Einzelvertrag verpflichtet, die in Saudi-Arabien geltenden Kodexe und Sitten zu berücksichtigen (vgl. Pt E. 6. K-4). Dass für die MECC ein so hoher Besuch grosse Bedeutung hat, musste der Beklagten klar sein, war und ist sie doch mit den Sitten im arabischen Raum vertraut.

2. Vorliegen eines Schadens

52 Gemäss Differenztheorie entspricht ein Schaden der Differenz zwischen dem Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis und dem gegenwärtigen Vermögensstand (HUGUENIN, N 867). Die MECC hat ihre Reparaturkosten der Klägerin in Abzug gebracht. Ohne den Ausfall des Getriebes wären diese Kosten nicht entstanden und die Klägerin hätte nun einen höheren Vermögensstand.

3. Bejahung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs

53 Die Vertragsverletzung der Beklagten stellt eine Unterlassung dar, da sie ihr Servicepersonal nicht vertragsgemäss zur Verfügung stellte. Ob eine Unterlassung kausal zum Schadeneintritt ist, wird mittels hypothetischer Kausalität geprüft (BGE 132 III 715 E. 2.3 S. 718f.). Dabei ist relevant, ob der Schaden nach allgemeiner Lebenserfahrung hätte vermieden werden können (vgl. BK-WEBER, Art. 97 N 239).

54 Hätte die Beklagte ihr Servicepersonal vertragsgemäss zur Verfügung gestellt, wäre kein Schaden eingetreten. Der Betrieb eines Getriebes ohne Schmierung verursacht üblicherweise einen Defekt mit hohen Kosten. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge hätte eine vor Ort anwesende, die Anlage pflichtgemäss überwachende, Fachperson die ungenügende Schmierung bemerkt und diese behoben.

4. Vorliegen des Verschuldens

55 Da es sich bei der Beklagten um eine juristische Person handelt, muss ein Verschulden bei einem ihrer Organe, einer mit der Geschäftsführung betrauten oder leitender Stellung inneha-

benden Person vorliegen (BGE 107 II 489 E. 5b S. 496). Herr Heller, Leiter der Abteilung Vertrieb Getriebe Industrie der Beklagten hat aufgrund seiner Position innerhalb des Betriebs eine solche Stellung inne.

- 56 Vorausgesetzt für das Verschulden sind Vorsatz oder Fahrlässigkeit (HUGUENIN, N 894). Es wäre für Herrn Heller ein Leichtes gewesen, der Aufforderung der MECC vom 23.8.2010, neues Servicepersonal sei bereitzustellen, nachzukommen. Dass dies nicht geschah, lässt auf zumindest eventualvorsätzliches Handeln schliessen. Herr Heller wusste, dass die Testläufe für die problemlose Inbetriebnahme der Anlage zentral sind. Ferner war ihm bekannt, dass die Testläufe in zeitlicher Hinsicht anstehen. Er wusste um die Vertragsverletzung, denn er war als zuständiger Vertriebsleiter wohl an der Einzelvertragsausarbeitung beteiligt.

5. Keine Verjährung i.S.v. Art. 127 OR

- 57 Die Verjährungsfrist für die positive Vertragsverletzung beträgt laut Art. 127 OR zehn Jahre (HUGUENIN, N 2235). I.c. nicht relevant ist der umstrittene Beginn des Fristenlaufs, ob dies bereits bei der Vertragsverletzung oder erst bei Schadeneintritt der Fall ist (vgl. dazu BGE 137 III 16 E. 2 S. 19ff.), denn in beiden Fällen sind offensichtlich noch keine zehn Jahre verstrichen. Die Vertragsverletzung geschah erstmals am 14.11.2010, wobei der Schaden am 8.7.2011 eingetreten ist.

6. Keine vertragliche Haftungsfreizeichnung

- 58 Auch im Hinblick auf die positive Vertragsverletzung liegt eine elementare Sorgfaltsverletzung vor (vgl. Rz 36f.). Wenn die Beklagte mit der Überwachung der Anlage beauftragt wird, muss sie dies *vor Ort* tun. Tut sie dies nicht, verhält sie sich grobfahrlässig oder gar eventualvorsätzlich. Die Beklagte nimmt in Kauf, dass ein allfälliger Mangel am Werk nicht durch sie entdeckt und behoben werden kann und dadurch ein Schaden verursacht wird.

7. Rechtsfolge: Schadenersatz

- 59 Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre (HUGUENIN, N 902). Er hat demnach gemäss Art. 97 Abs. 1 OR Anspruch auf vollständigen Ersatz seines erlittenen Schadens. Die Klägerin kann gegenüber der Beklagten sämtliche ihr in Abzug gebrachten Kosten in Höhe von EUR 767'000 zzgl. Zins geltend machen, weil diese wegen einer positiven Vertragsverletzung der Beklagten verursacht wurden. *Dem ersten und zweiten Rechtsbegehren ist zu entsprechen.*

III. Eventualiter: Anspruch aus Auftrag i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR

- 60 Nimmt man an, die erläuterte Pflicht der Beklagten zur Aufsicht der Montage und Inbetriebnahme begründe Auftragsrecht, hat die Klägerin genauso Anspruch auf Schadenersatz. Denn für die Haftung aus Art. 398 Abs. 2 OR sind wiederum die Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR massgebend (BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 30; BGE 128 III 22 E. 2b S. 24).

1. Verletzung einer vertraglichen Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 398 OR

61 Die Sorgfaltspflicht richtet sich nach objektiven Massstäben, namentlich nach dem fachspezifischen Durchschnittsverhalten (BGer 4C.159/2000, E. 1a). Wird ein Spezialist beauftragt, gilt sogar ein noch höherer Sorgfaltsmassstab (CHK OR BT-GEHRER/GIGER, Art. 398 N 10). Die Klägerin hat die Beklagte als Spezialistin beauftragt, die Montagearbeiten und die Inbetriebnahme der Anlagen zu beaufsichtigen (vgl. Rz 49). Ein durchschnittlich ausgebildeter Mechaniker hätte wissen müssen, dass bei einem veralteten Schmiersystem der Stand der Ölschmierung laufend zu überwachen gewesen wäre. Dass dies auch von einer Spezialistin erwartet wird, liegt auf der Hand. Dennoch hat die Beklagte ihre Sorgfaltspflichten verletzt und ist wie aufgezeigt (vgl. Rz 49ff.) ihrer Aufsichtspflicht nicht genügend nachgekommen.

2. Vorliegen weiterer Voraussetzungen

62 Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden sind gegeben (vgl. Rz 52ff.). Die Verjährungsfrist beträgt gemäss Art. 127 OR zehn Jahre (BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 33). Der Anspruch ist demnach noch nicht verjährt (vgl. Rz 57).

3. Rechtsfolge: Schadenersatz

63 Die Auftraggeberin hat Anspruch auf das positive Vertragsinteresse, sodass ihr sämtlich erlittener Schaden ersetzt werden muss (BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 30). Es liegt keine vertragliche Freizeichnung vor (vgl. Rz 58).

64 Die Klägerin als Auftraggeberin kann gegenüber der Beklagten sämtliche ihr in Abzug gebrachten Kosten in Höhe von EUR 767'000 zzgl. Zins für die Reparatur geltend machen, weil diese aufgrund einer auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten entstanden sind. *Dem ersten und zweiten Rechtsbegehren ist zu folgen.*

IV. Eventualiter: Anspruch aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 423 OR

65 Quasivertragliche Ansprüche sind schiedsfähig, wenn sich die Schiedsklausel nicht nur auf Streitigkeiten aus dem Vertrag, sondern auch auf Streitigkeiten *im Zusammenhang* mit dem Vertrag bezieht (BERGER/KELLERHALS, N 472f.). Es kann somit aus Geschäftsführung ohne Auftrag ein Anspruch erhoben werden (vgl. Rz 10).

1. Eingriff in fremde Rechtssphäre ohne Fremdgeschäftsführungswillen

66 Bei der unechten bösgläubigen GoA greift die Geschäftsführerin nach der Zuweisungstheorie in ein subjektives Recht ein, dessen *wirtschaftliche Nutzung ausschliesslich dem Geschäftsherrn zugewiesen ist* (HOFSTETTER, S. 268; JENNY, N 237). I.c. ist die Beklagte nicht Vertragspartei im Vertrag zwischen der MECC und der Klägerin. So kommt der Beklagten auch keine Berechtigung zur Ausübung von Rechten gegenüber der MECC zu, denn dazu ist ausschliesslich die Klägerin als Vertragspartei berechtigt. Die Beklagte darf nicht ohne Wissen der Klägerin mit deren Vertragspartei eine *entgeltliche* Reparatur vereinbaren. Der Geschäfts-

fürer muss zudem mit Eigengeschäftsführungswillen tätig werden (BGer 4C. 389/2002 E. 3.2). Dies hat die Beklagte offensichtlich getan, hat sie sich doch alle Vorteile selbst angeeignet, welche ihr aus dem neuen Reparaturauftrag zugekommen sind.

2. Vorliegen der Widerrechtlichkeit des Eingriffs

67 Eingriffe i.S.v. Art. 423 OR sind widerrechtlich, es sei denn, sie lassen sich durch Vertrag oder Gesetz rechtfertigen (ZK 3a-SCHMID, Art. 423 N 19). Die Beklagte hat weder eine vertragliche Ermächtigung (z.B. einen Auftrag) der Klägerin, noch kann sie sich auf eine gesetzliche Regelung stützen.

3. Vorliegen der Bösgläubigkeit der Geschäftsführerin

68 Bösgläubigkeit verlangt ein Unrechtsbewusstsein, entweder bzgl. der Fremdheit des besorgten Geschäfts oder bzgl. der Widerrechtlichkeit des Eingriffs (ZK 3a-SCHMID, Art. 423 N 23). Die Beklagte wusste, dass sie lediglich Subunternehmerin ist und somit nicht Vertragspartei des Vertrages zwischen der MECC und der Klägerin. Dass gerade auch eine allfällige Reparatur des Werkes bereits vertraglich geregelt war, wusste sie, denn sie hat sich gegenüber der Klägerin verpflichtet, jeglichen zusätzlichen „Vor-Ort-Service“ der Klägerin in Rechnung zu stellen (vgl. Pt E. 7. K-4). Die Beklagte wusste demnach, dass sie in die Rechtsphäre der Klägerin eingriff und handelte bösgläubig.

4. Keine Verjährung i.S.v. Art. 60 OR

69 Der Anspruch aus unechter bösgläubiger GoA verjährt in Anwendung von Art. 60 OR binnen eines Jahres ab Kenntnisnahme des Schadens (BGer 4A.109/2011, E. 9.3.1). Die Kenntnisnahme erfolgte am 30.9.2012, als die Klägerin erfuhr, dass die Beklagte überraschenderweise nicht bereit war, die der Klägerin in Abzug gebrachten Kosten für die Reparatur zu übernehmen. Bis am 11.1.2013 ist noch kein Jahr verstrichen, weshalb der Anspruch der Klägerin nicht verjährt ist.

5. Rechtsfolgen: Gewinnherausgabe und Schadenersatz

70 Laut Art. 423 Abs. 1 OR ist der Geschäftsherr berechtigt, sich den durch die Geschäftsführung erzielten Gewinn auszahlen zu lassen. Dass die Beklagte als gewerblich orientierte Aktiengesellschaft mit einem Reparaturauftrag Gewinn erzielt, steht fest. Dieser resultiert demnach auch direkt aus der Geschäftsführung. Neben der Gewinnherausgabe haftet der Geschäftsführer infolge Übernahmeverschulden auch für *Schadenersatz* (ZK 3a-SCHMID, Art. 423 N 144; BGE 129 III 422 E. 4. S. 425). Vorliegend wird lediglich der von der MECC gemachte Abzug für die Reparaturkosten in Höhe von EUR 767'000 zzgl. Zins geltend gemacht. Dieser Abzug stellt den Schaden seitens der Klägerin dar. Die Beklagte hat infolge unechter bösgläubiger GoA nach Art. 423 OR der Klägerin ihren Schaden zu ersetzen. *Dem ersten und zweiten Rechtsbegehren ist zu entsprechen.*

V. Anspruch auf Geltendmachung der Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160ff. OR

71 Die Klägerin macht gegen die Beklagte für den Verzug der Nachbesserung der Reparaturen eine Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160 OR geltend. Jene ist aufgrund folgender Ausführungen als gültig und auf den vorliegenden Tatbestand als anwendbar zu erachten.

1. Gültige Konventionalstrafe

72 Eine Konventionalstrafe kann als Vertragsklausel Bestandteil des Hauptvertrags sein (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3793), sie ist sogenannt akzessorisch zum Hauptvertrag (CHK OR AT-ROTH PELLANDA/DUBS, Art. 160 N 8). Die Form der Vereinbarung hängt vom Hauptvertrag ab (KOLLER, § 81 N 27). Im vorliegenden Fall stellt Art. 17.3 K-1 eine solche Vereinbarung über eine Konventionalstrafe bzgl. Mängel aufgrund Verzuges bei Gewährleistung dar. Jene Klausel verweist als *lex specialis* auf die allgemein gehaltene Regel für den Verzugsfall (Art. 14 K-1). Objektiv wesentlich ist die Höhe der Vertragsstrafe, die zumindest bestimmbar sein muss (KOLLER, § 81 N 25). Die Höhe zeigt sich normalerweise in einer Geldzahlung, wobei oft ein Prozentsatz der Auftragssumme vereinbart wird oder der Betrag von der Verspätungsdauer abhängig ist (GAUCH, N 693.) In Art. 14.1 und Art. 17.3 K-1 ist eine solch berechenbare Höhe in Prozenten pro Woche Verzug (0.5%) geregelt.

2. Anwendbarkeit der Konventionalstrafe

73 Die Konventionalstrafe ist laut Art. 17.3 K-1 anwendbar, wenn es sich um eine Reparatur eines Mangels der Werklieferung aus dem Rahmenvertrag und den folgenden Einzelverträgen in der Garantiezeit handelt. Die Klausel ist klar auch auf Leistungen aus Einzelverträgen anwendbar, da dies in Art. 1.2 des Rahmenvertrags geregelt wurde (vgl. Rz 15). Die Anerkennung der Haftung des Mangels, welche nach Art. 17.3 K-1 für die Haftung der Beklagten vorausgesetzt ist, zeigt sich konkludent, ja sogar stillschweigend, gemäss Art. 1 Abs. 2 OR im Verhalten jener beklagten Partei, indem sie die Reparaturanfrage seitens der MECC ohne Weiteres, in angeblich grosszügiger Weise (Pt 19 Einleitungsantwort), annimmt und ausführt (K-10, K-11). Die Problem- und somit Mangelbehebung ist der Beklagten gemäss E-Mail vom 10.7.2011 sogar ein Anliegen (K-11). Zudem bemühte sich die Beklagte auch um regelmässigen telefonischen Kontakt mit der MECC, was die Anerkennung der Haftung für den Mangel zusätzlich untermauert (Pt 20 Einleitungsantwort).

2.1 Vorliegen eines Werkmangels

74 Das Zentralgetriebe II wies Mängel auf (vgl. Rz 30), worauf die MECC den Betrieb des Zementwerks einstellen musste (K-10).

2.2 Auswechslung bzw. Reparatur i.S.v. Art. 17.3 K-1

75 Bei der Reparatur nach Art 17.3 K-1 handelt es sich um die Erfüllung einer Gewährleistungspflicht, genauer um die Nachbesserung. Da die Nachbesserungsforderung abgetreten wurde, handelt es sich nicht um einen neuen und unabhängig von der Klägerin geschlossenen Repa-

raturvertrag zwischen der MECC und der Beklagten (vgl. auch Rz 28), wie die Beklagte in ihrer Einleitungsantwort (Pt 26) zu behaupten versucht. Die Beklagte erfüllt durch die vorgenommene Reparatur lediglich die *unentgeltliche* Nachbesserungspflicht, welche aus dem Vertragsverhältnis von Klägerin und Beklagter resultiert.

- 76 Zudem handelt es sich in qualitativer Hinsicht um eine *Reparatur* nach Art. 17.3 K-1. Das Zentralgetriebe II musste regelrecht aus dem Zementwerk ausgebaut, ja sogar nach Deutschland transportiert werden, wobei u.a. Planetengetriebe ausgewechselt werden mussten und die ohnehin fehlende Ölspritzeinrichtung eingebaut wurde (Pt 25 Einleitungsanzeige). Gemäss der Stellungnahme der Beklagten (Pt 27 Einleitungsantwort) handle es sich jedoch nicht um eine Reparatur nach Art. 17.3 K-1, sondern lediglich um eine Bestandteilersetzung. Diesem Standpunkt kann in keiner Weise Rechnung getragen werden, da unter Art. 17.3 K-1 gemäss *Wortlaut* nicht nur die Reparatur sondern auch die *Auswechslung* aufgeführt ist. Dass ein *Auswechseln* der Planeten notwendig war und auch stattfand, zeigt sich insbesondere anhand der Bautechnik der Zentralgetriebe. Die Planeten sind funktionstechnisch ein essentieller Bestandteil des ganzen Getriebes (K-12, Pt 7 Einleitungsantwort). Durch deren Ausbau und Wiedereinbau wurde mittels einer in Art. 17.3 K-1 genannten Auswechslung auch eine Reparatur am ganzen Getriebe vorgenommen. Dass für den Ausbau des Getriebes II zwei Kräne notwendig waren, spielt für die Qualifikation als Auswechslung keine Rolle, es wird sogar als Unterstützung der Auswechslungshandlung aufgefasst. Die Vornahme der Beklagten wird somit als Auswechslung, wie auch als Reparatur i.S.v. Art 17.3 K-1 erachtet.

2.3 Kein Ausschluss der Vertragsstrafe aufgrund der Ersatzteillieferung

- 77 Die Reparatur seitens der Beklagten dauerte offenbar so lange, da sie auf eine Ersatzteillieferung warten musste (Pt 27 Einleitungsantwort). Diesem Argument kann nicht zugestimmt werden, weil die Beklagte für die Lieferung der Teile die Verantwortung trägt und sie die Klägerin bei Zeitknappheit jederzeit hätte informieren können, wenn nicht sogar hätte informieren müssen. Es könnte allenfalls ein Mangel vorliegen, dessen Behebung nicht in der dreiwöchigen Frist nach Art. 17.3 K-1 durch die Beklagte erledigt werden kann. Gemäss Schreiben der Beklagten an die MECC (K-11) gab es jedoch bereits früher ähnliche Probleme bei zwei anderen Projekten. Bei Vertragsabschluss (K-1) wusste die Beklagte deshalb – oder konnte aufgrund der soeben genannten Geschäftserfahrung einschätzen – wie lange eine ebensolche Reparatur in etwa dauert, weshalb die Klägerin somit auch erwarten konnte, dass die abgemachte dreiwöchige Frist nach Art. 17.3 K-1 eingehalten wurde. Ausserdem verfügte die Beklagte gemäss letztem Absatz der Präambel (K-1) des Rahmenvertrags über genügend Kapazität, um den Vertragserfüllungen nachzukommen.

2.4 Mangel während der Garantiezeit

78 Art. 17.3 K-1 ist Bestandteil des Art. 17 „Gewährleistung“. Es handelt sich folglich bei der Garantiezeit um die Gewährleistungsfrist. Da sich der Mangel während der Gewährleistungsfrist ergab, ist die Klausel auf den Sachverhalt anwendbar.

Die Verjährung ergibt sich ebenfalls aus der Akzessorietät (FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 75). Die Konventionalstrafe ist im vorliegenden Fall deshalb auch nicht verjährt, da sie zur Hauptforderung, sprich zur Nachbesserung, akzessorisch ist.

3. Voraussetzungen der Konventionalstrafe

79 Laut Art. 163 Abs. 2 OR kann die Konventionalstrafe geltend gemacht werden, wenn die *Bedingung* eintritt, welche die Parteien in der Klausel vereinbart haben und die zu zahlende Partei ein *Verschulden* trifft.

3.1 Bedingung eingetreten

80 Die Bedingung kann darin liegen, dass die Vertragspartei gar nicht, nicht gehörig oder nicht rechtzeitig leistet (BGE 135 III 433 E. 3.1 S. 437). Im vorliegenden Fall haben die Parteien vereinbart, dass die Beklagte anfallende Reparaturen innerhalb von drei Wochen durchführen muss (Art. 17.3 K-1). Die Nachbesserungsfrist ist gesetzlich nicht geregelt (GAUCH, N 1782). Sie kann aber zwischen den Parteien verbindlich vereinbart werden (GAUCH, N 1788a). Werden i.c. die drei Wochen nicht eingehalten, kommen die Verzugsregeln nach Art. 14 K-1 zum Tragen. Die Lieferfrist kann gemäss Art. 14.1 K-1 bei Nichteinhaltung, unter Bedingung der Zahlung einer Vertragsstrafe, verlängert werden. Von einer möglichen Verlängerung kann hier nicht gesprochen werden, da die Klägerin über die Nachbesserung gar nicht in Kenntnis gesetzt wurde. Damit eine Konventionalstrafe überhaupt geltend gemacht werden kann, muss der Vertragspartner nach Art. 102 Abs. 2 OR entweder in Verzug gesetzt werden oder es muss ein Verfalltagsgeschäft vorliegen (BUCHER, S. 526). Läuft eine angesetzte Frist ab, kommt der Schuldner sogleich in Verzug (BRÄNDLI, N 621). Vorliegend besteht nach Art. 17.3 K-1 ein Verfalltagsgeschäft, da die Beklagte grundsätzlich drei Wochen nach Begutachtung des bestehenden Mangels Zeit hat, die Reparatur durchzuführen, womit der Verfalltag berechenbar und bestimmbar ist. Die Fristberechnung beginnt in dem Moment, als Ingenieur Senecky die Inspektion des Mangels beendet hatte (Pt 19 Einleitungsanzeige), was spätestens vorlag, als die Beklagte der MECC am 25.7.2011 die Offerte zustellte (Pt 24 Einleitungsanzeige). Die Frist ist demnach am 16.8.2011 abgelaufen. Aufgrund der siebenmonatigen Reparaturdauer befand sich die Beklagte klar in Verzug.

3.2 Vorliegen des Verschuldens

81 Die Voraussetzung des Verschuldens ist gegeben, wenn sich der Schuldner durch Exkulpation nicht befreien kann (BERGER, N 1792). Unter Verschulden nach Art. 163 Abs. 2 OR fällt u.a. jegliches eigenes Verschulden (Art. 97 OR), sofern die Parteien nichts anderes vereinbart ha-

ben (KOLLER, § 81 N 31). Gemäss Art. 14.2 des Rahmenvertrags haben die Parteien vereinbart, dass die Konventionalstrafe nicht zum Tragen kommt, wenn für die Verzögerung der Lieferung bzw. Reparatur höhere Gewalt verantwortlich ist. Von einem Ereignis höherer Gewalt während der Reparaturzeit hat die Beklagte vorliegend nichts bekannt gemacht. Ausserdem ist die Beklagte nur strafbar, wenn die verspätete Lieferung (i.c. Nachbesserung) die Inbetriebnahme verzögert oder sich Kosten ergeben (Art. 14.5 K-1 *e contrario*). Da die Reparatur sieben Monate dauerte und das Getriebe ausgebaut und nach Deutschland transportiert werden musste (Pt 25 Einleitungsanzeige), konnte das Zementwerk während dieser Zeit nicht gebraucht werden. Zudem entstanden Kosten durch Ausbau des Getriebes mittels eines Krans, wobei dies aber zur Nachbesserung dazuzuzählen ist. Die Inbetriebnahme wurde innerhalb dieser sieben Monate nie vollständig abgeschlossen, da die Abnahme nicht erfolgte (vgl. Rz 41). Ein Haftungsausschlussgrund i.S.v. Art. 17.9 K-1 liegt nicht vor (vgl. Rz 36ff.).

4. Rechtsfolgen

- 82 Bei Verspätungsstrafen handelt es sich nach gesetzlicher Vermutung i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR um eine Kumulativstrafe (KOLLER, § 81 N 54). Das bedeutet, dass die Klägerin die Erfüllung und zusätzlich auch die Strafe fordern kann (OFK OR-STAFFELBACH, Art. 161 N 15). Eine Kumulation kann nur gefordert werden, wenn ein zeitliches Interesse daran besteht, eine Leistung rechtzeitig zu erlangen (KOLLER, § 81 N 50; § 54 N 70). Beispielsweise wenn die Parteien vereinbart haben, dass pro vergangener Zeitspanne, ein bestimmter Betrag gefordert werden kann (vgl. KOLLER, § 81 N 50). Gemäss Art. 17.3 K-1 ist von der Schuldnerin für jede Woche Verspätung 0.5% des Gesamtvertragspreises (EUR 3'600'000) zu bezahlen. Somit liegt eine ebensolche kumulative Konstellation vor. Diese Kumulativstrafe geht nach Art. 160 Abs. 2 OR bei Annahme der Erfüllung durch die Gläubigerin unter, wobei die Annahme vorbehaltlos erfolgen muss. Eine Annahme liegt im vorliegenden Fall nicht vor, da die Geldzahlung der Klägerin (B-6) nicht als solche qualifiziert werden kann (vgl. Rz 41).
- 83 Der Betrag der Vertragsstrafe ist nach Art. 17.3 i.V.m. Art. 14.3 K-1 zu berechnen. Die Strafe darf den Prozentsatz von 3% des gesamten Betrags (EUR 3'600'000) nicht übersteigen. In der vorliegenden Konstellation wird aufgrund der siebenmonatigen Reparaturzeit der Prozentsatz voll ausgeschöpft. Die Klägerin kann EUR 108'000 fordern. *Auf das dritte Rechtsbegehren ist einzugehen.*

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

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 2