

MOOT COURT TEAM 3

Luca Maag

Marie Meier

Lucas Seiler

Christian Stähle

Anna Willi

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

Aarenthalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 3

gegen

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

betreffend

Sehr geehrte Vorsitzende, sehr geehrte Mitglieder des Schiedsgerichts

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir 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."*

Gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 1 vom 18. September 2013 wird sich die Klägerin in der ersten Phase ausschliesslich zu den vier darin vorgegebenen Streitfragen äussern.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
Entscheidungsverzeichnis.....	VIII
I. Formeller Teil.....	1
A. Anwendbares Recht.....	1
1. Anwendbarkeit des IPRG.....	1
2. Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG sowie der Swiss Rules.....	1
3. Unzuständigkeitseinrede.....	2
4. Verhältnis Art. 23 Rahmenvertrag zu Ziff. 18 Einzelvertrag.....	2
5. Fazit.....	4
II. Materieller Teil.....	5
A. Qualifikation des Einzelvertrags.....	5
B. Anspruch aus Sachmängelhaftung (Art. 197 ff. OR).....	6
1. Voraussetzungen der Sachmängelhaftung.....	6
a) Vorliegen eines Sachmangels.....	6
b) Vorliegen des Sachmangels vor Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.....	7
c) Keine Mangelkenntnis des Käufers (Art. 200 OR).....	7
d) Rechtzeitiges Erheben der Mängelrüge (Art. 201 OR).....	7
e) Wahrung der Fristen (Art. 210 OR).....	8
2. Haftungsbeschränkungen.....	8
a) Kausalität.....	8
b) Freizeichnung mit Brief vom 16.08.2010.....	10
3. Fazit.....	10
4. Anspruch aus Art. 17.3 i.V.m. 17.4 e contrario RV.....	10
5. Eventualiter: Anspruch aus Minderung.....	11

6. Eventualiter: Anspruch aus Vertragsverletzung (Art. 97 OR)	11
C. Mögliche Verwirkung der Gewährleistungsansprüche	12
1. Freizeichnung	12
2. Abnahme	12
3. Verjährung.....	13
a) Ablieferung.....	13
b) Abnahme.....	14
aa) Erfolgreicher Leistungstest.....	14
bb) Ablauf des Inbetriebnahmezeitraums	15
4. Fazit.....	16
D. Anspruch auf eine Vertragsstrafe.....	16
1. Bedingungseintritt	16
a) Mangel während Garantiezeit und Haftung der Auftragnehmerin.....	17
b) Nicht fristgerechte Reparatur.....	17
aa) Eintritt der Bedingung aufgrund Verhinderung wider Treu und Glauben	17
bb) Eintritt der Bedingung aufgrund Information durch die MECC.....	18
2. Verschulden.....	19
3. Fazit.....	20
III. Gesamtfazit.....	20

Literaturverzeichnis

BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007. [Rz. 47]

CARONI PIO (et al.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 66, 69]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011. [Rz. 21, 47, 48, 49, 51, 56, 57, 67, 77]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008. [Rz. 67]

GIGER HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, Bern 1979 (zit. BK OR-GIGER, Art. ... N ...). [Rz. 41, 47]

GUTMANS ALEXANDER, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Diss. Basel 1994. [Rz. 68]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 66]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013 (zit.: BSK IPRG-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 2, 3, 59]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 9, 20, 41, 59, 66, 67, 73, 77]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012. [Rz. 9, 19, 23, 31 32, 44, 58, 61, 73]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, OR AT, 3. Auflage, Bern 2009. [Rz. 61]

KRAMER ERNST A., Grundkurs im Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Basel 2009. [Rz. 9]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. ... N ...). [Rz. 9]

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN, Handkommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009 (zit. OFK-BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 66]

LE GOFF PIERRICK, Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen, Diss. Marburg 2004, Berlin 2005. [Rz. 67]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK- BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). [Rz. 27]

SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2010. [Rz. 41]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2012. [Rz. 9, 32]

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013. [Rz. 56]

TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4. Auflage, Genf/Zürich/Basel 2009. [Rz. 41]

Entscheidverzeichnis

BGer 4A_174/2011	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 17. Oktober 2011. [Rz. 77]
BGer 4A_347/2011	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 10. August 2010. [Rz. 13]
BGer 4A_601/2009	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 8. Februar 2010. [Rz. 25]
BGE 133 III 335	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 19. Februar 2007. [Rz. 42]
BGer 4C.231/2004	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 8. Oktober 2004. [Rz. 57]
BGE 130 III 321	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 29. Januar 2004. [Rz. 56]
BGer 4C.282/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 15. Dezember 2003. [Rz. 13]
BGE 129 III 604	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 5. Juni 2003. [Rz. 67]
BGer 4C.301/2002	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 22. Januar 2003. [Rz. 20]
BGE 125 III 263	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 29. April 1999. [Rz. 9, 11]
BGE 123 III 35	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 20. August 1996. [Rz. 9]
BGE 118 II 142	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 17. Februar 1992. [Rz. 19]
BGE 117 II 273	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. Juni 1991 [Rz. 67]
BGE 115 II 456	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 23. November 1989. [Rz. 49]
BGE 109 II 462	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 13. Dezember 1983. [Rz. 19]

BGE 108 II 194	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 21. September 1982. [Rz. 47]
BGE 108 II 102	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 22. Juni 1982. [Rz. 42]
BGE 107 II 172	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 12. Mai 1981. [Rz. 28]
BGE 99 II 185	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 8. März 1973. [Rz. 47]
BGE 93 I 323	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 8. März 1967. [Rz. 13]
BGE 67 II 132	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 21. Mai 1941. [Rz. 27]
BGE 66 II 132	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 9. Juli 1940. [Rz. 26]
BGE 63 II 401	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 14. Dezember 1937. [Rz. 41]
BGE 22 498	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. April 1896. [Rz. 28]

I. Formeller Teil

A. Anwendbares Recht

1 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass sich das Verfahren der vorliegenden Streitigkeit nach dem 12. Kapitel des IPRG sowie nach der internationalen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution (nachfolgend "Swiss Rules") (Konstituierungsbeschluss und Verfahrensbeschluss Nr. 1 vom 18. September 2013) richtet.

1. Anwendbarkeit des IPRG

2 Das IPRG findet auf einen Sachverhalt Anwendung, wenn dieser ein internationales Verhältnis betrifft (BSK IPRG-SCHNYDER/GROLIMUND, Art. 1 N 1). Massgebend ist Art. 1 Abs. 1 lit. e IPRG, welcher die Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Verhältnis regelt. Der vorliegende Sachverhalt weist einen internationalen Bezug auf, da sich der Sitz der Cementra Design AG (nachfolgend "Klägerin") in der Schweiz und der derjenige Feller Gear AG (nachfolgend "Beklagte") in Deutschland befindet. Das IPRG findet auf den Sachverhalt somit Anwendung.

2. Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG sowie der Swiss Rules

3 Art. 176 Abs. 1 IPRG regelt die Anwendungsvoraussetzungen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Diese sind gegeben, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz hat und mindestens eine Vertragspartei beim Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren Sitz nicht in der Schweiz hatte (Art. 176 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 IPRG). Handelt es sich um eine Streitigkeit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, so finden auch die Swiss Rules Anwendung. Zusätzlich muss ein Verweis auf die Swiss Rules (Art. 1 Abs. 1 Swiss Rules) bestehen und die Einleitungsanzeige nach dem 1. Juni 2012 eingereicht worden sein (Art. 1 Abs. 3 Swiss Rules).

4 Die erste Voraussetzung ist gemäss Rz. 2 erfüllt. Weiter besteht mit Ziff. 23.1 RV ein Verweis auf die Anwendung der Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution. Mit Einreichung der Einleitungsanzeige am 11.01.2013 ist auch Art. 1 Abs. 3 Swiss Rules erfüllt. Ein Ausschluss der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach Art. 176 Abs. 2 IPRG wurde nicht vereinbart. Die Anwendung der ZPO ist somit ausgeschlossen (Art. 176 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 353 ZPO).

5 Die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG wie auch die Swiss Rules sind folglich anwendbar. Der Streitgegenstand ist gemäss Art. 177 IPRG schiedsfähig und auch die Schiedsvereinbarung gemäss Art. 178 IPRG ist unstrittig.

3. Unzuständigkeitseinrede

- 6 Umstritten ist vorliegend, welches Schiedsgericht – die Swiss Chambers' Arbitration Institution oder die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. – mit welchem Sitz – Zürich oder München – die Streitigkeit zu entscheiden hat.
- 7 Die Beklagte erhebt in ihrer Einleitungsantwort die Einrede der Unzuständigkeit. Wird eine solche nach Art. 186 Abs. 2 IPRG erhoben, hat das Schiedsgericht die Pflicht, selbst durch Vorentscheid über seine Zuständigkeit zu entscheiden (Art. 186 Abs. 1 und 3 IPRG; Art. 21 Swiss Rules).

4. Verhältnis Art. 23 Rahmenvertrag zu Ziff. 18 Einzelvertrag

- 8 Vorliegend macht die Beklagte den Vorrang von Ziff. 18 AGB des Einzelvertrags Nr. CDAG GETR-002-2008 (nachfolgend "EV") gegenüber Art. 23 Rahmenvertrag Nr. CDAG GETR-01-2008 (nachfolgend "RV") geltend. Nachfolgend wird gezeigt, dass Art. 23 RV zur Anwendung kommt und damit die Swiss Chambers' Arbitration Institution zuständig ist.
- 9 Im Rahmen der Geltungskontrolle von AGB haben individuelle Abreden grundsätzlich immer Vorrang (BGE 125 III 263 E. 4b; 123 III 35 E. 2c). Ferner gilt, dass die Parteien den AGB ausdrücklich oder konkludent zugestimmt haben müssen, damit diese Geltung erlangen und in den Vertrag miteinbezogen werden können (BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 52 f.). Bei «Unternehmer-AGB» ist eine konkludente Annahme grundsätzlich gültig (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 197). Der Kunde muss dabei die Möglichkeit haben, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen (SCHWENZER, N 45.02). AGB erlangen keine Geltung, wenn sie *nach* Abschluss des Vertrags oder erst bei der Erfüllung hinzugefügt werden (HUGUENIN, N 615). Bei AGB, die erst nach Vertragsabschluss übergeben wurden, kann höchstens eine Offerte zur Vertragsänderung vorliegen, welche ausdrücklich akzeptiert werden muss, sofern die Geschäftspartner nicht in einer ständigen Geschäftsbeziehung stehen oder es sich um branchenübliche AGB handelt (HUGUENIN, N 615; KRAMER, N 235).
- 10 Der zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Rahmenvertrag (Beilage K-1) bildet den Ausgangspunkt. Dieser regelt ausdrücklich in Art. 23.1 RV, dass Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Rahmenvertrag durch ein Schiedsverfahren gemäss der internationalen schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu entscheiden sind. Des Weiteren hält Art. 23.3. RV fest, dass Art. 23.1 RV auch auf die unter dem Rahmenvertrag geschlossenen Einzelverträge Anwendung findet. Mit Unterzeichnung des Rahmenvertrags hat die Beklagte von seinem Inhalt Kenntnis genommen und diesem auch so zuge-

- stimmt. Art. 23 RV bildet Bestandteil dieser Vereinbarung und die Klägerin konnte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beklagte diese verstanden und damit ihre Zustimmung, Streitigkeiten nach Art. 23 RV beurteilen zu lassen, gegeben hat (vgl. BGE 125 III 263 E. 4b/bb).
- 11 Mit Bestellschein vom 13.11.2008 (Beilage K-2), der als Antrag der Klägerin zu qualifizieren ist, und dem Ausstellen des als Annahme geltenden Leistungsscheins vom 16.11.2008 (Beilage K-3), wurde gestützt auf den Rahmenvertrag vom 12.10.2008 der Einzelvertrag vom 16.11.2008 abgeschlossen. Der Bestellschein enthält am unteren Ende einen kleingedruckten Hinweis, der darauf hinweist, dass mit der Unterzeichnung des Bestellscheins auch die AGB der Beklagten angenommen werden.
- 12 Der Anwendungsbereich der AGB der Beklagten wird in Ziff. 1.2 EV geregelt und hält fest, dass die AGB zusammen mit dem Leistungsschein zugesendet werden. Dies ist vorliegend nicht erfolgt. Die AGB wurden der Klägerin am 17.11.2008, einen Tag nach Abschluss des Einzelvertrages, auf Wunsch der Klägerin per E-Mail zugesendet (Beilage B-3). Die Klägerin hatte daher keine Möglichkeit, vor oder bei Vertragsabschluss vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen; diese lagen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vor. Die Zusendung der AGB am 17.11.2008 kann daher bloss als eine Offerte zur Vertragsänderung angesehen werden. Da dies der erste Vertrag ist, den die beiden Vertragsparteien miteinander schliessen, und es sich – mindestens was den abweichenden Gerichtsstand betrifft – nicht um einen branchenüblichen Inhalt handelt, ist eine ausdrückliche Annahme erforderlich. Eine solche ist vorliegend nicht erfolgt.
- 13 Des Weiteren ist es das erste Mal, dass die Parteien miteinander einen Einzelvertrag abschliessen, sodass es der Klägerin auch nicht möglich war, aufgrund eines früheren Vertrags die AGB der Beklagten zu kennen. Da die Möglichkeit der Kenntnisnahme vor Vertragsabschluss gar nie bestand, könnte die in den AGB enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung durch eine Globalübernahme Geltung erlangt haben (BGer 4C.282/2003 E. 3.1). In den AGB enthaltene Gerichtsstandsklauseln stellen i.d.R. eine geschäftsfremde und damit ungewöhnliche Bestimmung dar (BGer 4A_347/2011 E. 2). Weiter hält das Bundesgericht in dieser Entscheidung fest, dass, wenn es sich um geschäftserfahrene Parteien handelt (wie dies vorliegend der Fall ist), ein Verzicht auf den Gerichtsstand unter Berücksichtigung von Art. 30 Abs. 2 BV nur angenommen werden darf, wenn die AGB der Vertragsofferte beigelegt wurden oder die Vertragspartnerin aufgrund früherer Geschäftsbeziehungen Kenntnis des Inhalts und der Anwendbarkeit der AGB hatte. Die Einführung einer Schiedsstandsvereinbarung durch Globalübernahme ist somit grundsätzlich restriktiv auszulegen (BGE 93 I 323 E. 5a). I.c. wurden die AGB gerade nicht der Vertragsofferte beige-

legt; wie oben dargelegt, umfasste weder der Bestellschein vom 13.11.2008 (Antrag) noch der Leistungsschein vom 16.11.2008 (Annahme) die AGB der Beklagten. Auch ist es das erste Mal, dass die Parteien miteinander einen Einzelvertrag abschliessen, sodass es der Klägerin auch nicht möglich war aufgrund eines früheren Vertrages die AGB der Beklagten zu kennen. Die Einführung der Gerichtsstandsklausel nach Ziff. 18 EV durch Globalübernahme ist zu verneinen.

- 14 Ein weiteres Argument ist, dass der Rahmenvertrag und somit Art. 23 RV individuell zwischen den Parteien vereinbart wurde. Eine individuelle Abrede geht den AGB grundsätzlich immer vor. Mit dieser Argumentation im Einklang ist auch der Verweis in Ziff. 1.3 EV; hier wird nochmals darauf hingewiesen, dass Individualabreden den AGB vorgehen.
- 15 Ziff. 1.4 EV hält fest, dass die AGB schriftlich anerkannt werden müssen. Dies wäre bei der Unterzeichnung des Bestellscheins der Fall gewesen. Wie oben dargelegt, hatte die Klägerin bei Unterzeichnung des Bestellscheins und somit im Zeitpunkt der Zustimmung zu den AGB keine Möglichkeit, von den AGB Kenntnis zu erlangen. Fraglich ist somit, ob eine schriftliche Zustimmung ohne Möglichkeit der Kenntnisnahme überhaupt möglich ist. Dies ist zu verneinen; es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin ihre Zustimmung zu den AGB des Einzelvertrages gegeben hat, die sie nicht einmal kannte bzw. auch nicht kennen konnte.
- 16 Art. 1.2 RV spricht ebenfalls gegen die Anwendung der AGB; der Rahmenvertrag regelt die allgemeinen Rechte und Pflichten der Parteien, wohingegen der Einzelvertrag die konkret zu erbringenden Leistungen spezifiziert. Der Einzelvertrag soll sich demnach nur auf die spezifische Leistung beziehen, wobei dazugehörige AGB, die den Gerichtsstand ändern, nicht dazugehören.

5. Fazit

- 17 Vorliegend ist Art. 23 RV als individuell vereinbarter Gerichtsstand der Vorrang gegenüber dem allgemeinen Gerichtsstand nach Ziff. 18 EV einzuräumen. Die Streitigkeit ist somit nach internationaler schweizerischer Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu beurteilen.

II. Materieller Teil

A. Qualifikation des Einzelvertrags

- 18 Gemäss Art. 23.3 RV unterstehen der Rahmenvertrag und die in diesem Rahmen geschlossenen Einzelverträge schweizerischem Recht. Ferner wird durch beide Bestimmungen, Art. 23.3 RV und Ziff. 18.5 EV, die Anwendung des Wiener Kaufrechts ausdrücklich ausgeschlossen. Das OR ist demnach anwendbar.
- 19 Der Einzelvertrag, der zwischen der Beklagten und der Klägerin am 13.11.2008 geschlossen wurde, basiert auf dem Rahmenvertrag. Danach kann es sich bei den geschuldeten Leistungen sowohl um Dienstleistungen gemäss Auftragsrecht als auch um kauf- oder werkvertragsrechtliche Leistungen handeln (Art. 5.1 RV). Je nach konkret geschuldeter Leistung ist zu differenzieren und sind jeweils diejenigen Normen anzuwenden, welche der Rechtswirklichkeit am ehesten entsprechen (HUGUENIN, N 3684; BGE 109 II 462 E. 3d). I.c. ist von einem gemischten Vertrag statt von mehreren Einzelverträgen auszugehen. Dafür spricht sowohl die Tatsache, dass beide Parteien für sämtliche Leistungen einen einzelnen Vertragstext verwendet haben, als auch, dass die Entschädigung als Gesamtpreis vereinbart wurde und nicht gesondert für Herstellung, Lieferung sowie die Serviceleistung vor Ort nicht aufgeteilt, sondern eine Gesamtpreis vereinbart worden ist (vgl. BGE 118 II 142 E. 1a).
- 20 Im vorliegenden Fall beinhaltet die Leistung die Herstellung und Lieferung zweier Zentralgetriebe (Typ A84/CELZ 225) sowie den technischen Service vor Ort (Beilage K-3). Es stellt sich die Frage, ob es sich bei der Herstellung und Lieferung um einen Werklieferungsvertrag (Art. 363 ff. OR) oder einen Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR) handelt. Ein Auftrag fällt ausser Betracht, da ein Erfolg und nicht bloss sorgfältiges Tätigwerden geschuldet ist. Das entscheidende Element für die Abgrenzung ist das Verhältnis zwischen Arbeits- und Sachleistung (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 22). Ein Werklieferungsvertrag liegt demzufolge vor, wenn die Arbeitsleistung die Sachlieferung überwiegt, das Material mehr Werkstoff denn Kaufsache ist (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 22) oder eine auf die individuellen Bedürfnisse der Bestellerin zugeschnittene Sache vorliegt (BGer 4C.301/2002 E. 2.1).
- 21 I.c. handelt es sich bei den Zentralgetrieben um Anfertigungen, bei denen ausgehend von serienmässig hergestellten Grundelementen aufgrund von spezifischen Bedürfnissen der Klägerin konkrete Anpassungen gemacht wurden (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 5). Die geschuldete Leistung enthält somit sowohl kauf- als auch werkvertragliche Elemente, womit sich eine Spal-

tung der Rechtsfolgen aufdrängt: Für serienmässig hergestellte Elemente kommen kaufvertragliche Gewährleistungsregeln, für Elemente, die individuell und auf die Bedürfnisse der Klägerin zugeschnitten wurden, werkvertragliche Mängelhaftungsregeln zur Anwendung (GAUCH, N 131). Der Mangel rührt von der fehlerhaften Ölspritzeinrichtung. Diese gehört zu den serienmässig hergestellten Grundelementen – und ist nicht etwa auf Wunsch der Klägerin so eingebaut worden –, sodass der Mangel nach kaufvertraglichen Regeln zu beurteilen ist. Es ist festzuhalten, dass die Klägerin in keiner Korrespondenz mit der Beklagten der Ölspritzeinrichtung besondere Aufmerksamkeit beimisst, noch ausdrücklich die Platzierung einer solchen erwähnt. Des Weiteren weisen die Ausdrücke “Typ” (Beilage K-4 Ziff. B.1.) und “Set” (Einleitungsantwort Ziff. 7) ebenfalls auf eine serienmässige Herstellung des Ölsystems hin.

- 22 Da keine Spezifikationen bezüglich des Ölsystems durch die Klägerin gemacht wurden, ist dieses den seriell hergestellten Grundelementen zuzurechnen und damit im Zusammenhang stehende Mängel nach kaufrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen.

B. Anspruch aus Sachmängelhaftung (Art. 197 ff. OR)

1. Voraussetzungen der Sachmängelhaftung

a) Vorliegen eines Sachmangels

- 23 Von einem Sachmangel ist auszugehen, wenn der Wert der Sache oder die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder erheblich gemindert ist (Art. 197 Abs. 1 OR). Der vorausgesetzte Gebrauch bestimmt sich nach dem Parteiwillen. Wenn ein solcher fehlt, ist jene Verwendung massgebend, für welche der Kaufgegenstand tauglich sein soll (HUGUENIN, N 2609).
- 24 Vorliegend besteht der Mangel darin, dass das Ölrücklaufrohr nicht an der korrekten Stelle am Zentralgetriebe montiert wurde. Das Ölrücklaufrohr wurde am unteren Ende der Anlage angebracht. Fällt aufgrund eines im Mittleren Osten häufig vorkommenden Stromausfalls das Druckumlaufschmierungssystem aus, kann dem Getriebe nicht genügend Schmieröl zugeführt werden. Die ungenügende Zufuhr von Schmieröl wird vorliegend auch von beiden Parteien als Grund für den Schaden angegeben (Einleitungsanzeige Ziff. 23, Einleitungsantwort Ziff. 24). Eine korrekte Konstruktion – nämlich die Platzierung des Ölrücklaufrohrs am oberen Ende der Anlage – hätte diese Folge verhindert (vgl. Einleitungsanzeige Ziff. 23, 25). Der Beklagten war bewusst, dass die Zentralgetriebe in Al Hofuf installiert werden, was unter anderem im Leistungsschein (Beilage K-3) festgehalten und durch die Beklagte bestätigt wurde (Beilage K-5). Als erfahrenes Ingenieurunternehmen auf dem Gebiet der Antriebstechnik, das bereits mehrere Lieferungen in diese

Region tätigte, hätte die Beklagte die häufig auftretenden Stromausfälle als Tatsache bei der Konstruktion der Zentralgetriebe und der Montage des Ölrücklaufrohrs miteinbeziehen müssen. Darüber hinaus hatte die Beklagte bereits 2008 ein “Upgrade” der Ölspritzeinrichtung designt gehabt (Einleitungsantwort Ziff. 25), welches ab Winter 2009/2010 in anderen Projekten in der gleichen Region eingesetzt wurde (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 1). Nicht nur hat die Beklagte die Ölspritzeinrichtung falsch montiert, sie versäumte es auch, die “normale” Ölspritzeinrichtung durch die spezielle Ölspritzeinrichtung (“Upgrade”) auf den neusten Stand der Technik zu bringen. Die Beklagte wäre – aufgrund ihrer werkvertraglichen Sorgfaltspflicht (Ziff. 5.1 RV) im Allgemeinen und der Pflicht zur sorgfältigen, korrekten und dem aktuellen Stand der Technik entsprechenden Tätigkeit im Besonderen – verpflichtet gewesen, der Klägerin eine entsprechende Änderung vorzuschlagen. Zum Schluss handelt es sich auch um einen erheblichen Mangel; die Klägerin wäre den Vertrag nicht eingegangen, hätte sie vom Mangel Kenntnis gehabt. Die Beklagte hat damit gegen ihre Pflicht, eine zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Sache abzuliefern, verstossen.

b) Vorliegen des Sachmangels vor Zeitpunkt des Gefahrenübergangs

- 25 Die Ölspritzeinrichtung wurde bereits zu Beginn falsch eingeplant; der Mangel war damit schon im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr vorhanden (vgl. BGer 4A_601/2009 E. 3.2.1).

c) Keine Mangelkenntnis des Käufers (Art. 200 OR)

- 26 Es ist festzuhalten, dass die Klägerin den Mangel auch bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt (Art. 201 Abs. 2 OR) nicht hätte kennen sollen. Im vorliegenden Fall wurde die Beklagte als auf die Herstellung und Entwicklung von Komponenten der Antriebstechnik spezialisiertes Unternehmen beauftragt. Es wäre nicht vertretbar, der Klägerin vorzuwerfen, sie hätte den Mangel bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit kennen müssen, wenn sich selbst die Beklagte als Fachunternehmen auf den Standpunkt stellt, dass gar kein Mangel vorliege (Einleitungsantwort Ziff. 25). Dies gilt umso mehr, weil an die gewöhnliche Aufmerksamkeit keine hohe Anforderungen gestellt werden und auch kein Sachverständiger beigezogen werden muss (BGE 66 II 132 E. 5).

d) Rechtzeitiges Erheben der Mängelrüge (Art. 201 OR)

- 27 Sollte sich während der Garantiezeit ein Mangel ergeben, muss die Klägerin die Beklagte gemäss Art. 17.3 RV darüber in Kenntnis setzen. Ein versteckter Mangel liegt vor, wenn entweder eine sachgemässe Untersuchung nicht zur Entdeckung geführt hat oder wenn der Käufer dartun kann, dass auch eine ordentliche Untersuchung den Mangel nicht offenbart hätte

(CHK MÜLLER-CHEN, Art. 201 N 201). Auch die falsche Anordnung einer technischen Installation, die äusserlich sichtbar ist, kann einen versteckten Mangel darstellen (BGE 67 II 132 E. 2). Im erwähnten Entscheid handelte es sich bei der Klägerin um einen Laien, doch muss dies auch für den vorliegenden Fall gelten, wurde doch die Beklagte als spezialisiertes Unternehmen beigezogen (Präambel Rahmenvertrag). Der Klägerin kann auch kaum vorgeworfen werden, sie hätte einen Mangel nicht entdeckt, den die Beklagte selbst nicht als Mangel bezeichnet.

- 28 Der Mangel offenbarte sich am 08.07.2011, als sich das Zementwerk II mit Zentralgetriebe II ausgeschaltet hatte. Die Anzeige folgte noch gleichentags (Beilage K-10). Dass nicht die Klägerin, sondern die MECC die Rüge erhebt, schadet nicht (Rz. 70 ff.). Auch erfüllte die Klägerin die Anforderungen einer hinreichenden Substantiierung: Die Rüge muss den Verkäufer in die Lage setzen, Art, Inhalt und Umfang des Mangels zu erkennen, sodass der Verkäufer entscheiden kann, wie er sich im Hinblick auf die mögliche Haftung verhalten soll (BGE 107 II 172 E. 1a; 22 498 E. 2). Dies war der Beklagten möglich: Im Schreiben vom 08.07.2011 (Beilage K-10) wird genau dargelegt, welche Teile der Anlagen von welchem Defekt betroffen sind.

e) Wahrung der Fristen (Art. 210 OR)

- 29 Ziff. 17.2 RV verdrängt die dispositive Regel in Art. 210 OR (siehe dazu unten Rz. 47 ff.).

2. Haftungsbeschränkungen

a) Kausalität

- 30 Die Beklagte macht geltend, der Schaden sei nicht durch den Mangel, sondern durch die fehlerhafte Benutzung i.S.v. Ziff. 17.4 RV, das Nichtbefolgen der Gebrauchsanweisung und das Betreiben des Zentralgetriebes ohne genügend Schmieröl bei zu hoher Geschwindigkeit verursacht worden. Mit anderen Worten wird die Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Mangel und dem Schaden durch Selbstverschulden geltend gemacht.
- 31 I.c. ist die natürliche Kausalität zwischen der mangelhaften Konstruktion und dem Schaden gegeben, da die Beklagte selbst eingesteht, dass der Schaden deshalb entstand, weil das Zentralgetriebe nicht mit genügend Schmieröl versorgt wurde (Einleitungsantwort Ziff. 22). Hätte die Beklagte die Ölspritzeinrichtung von Anfang an korrekt montiert, wäre das Zentralgetriebe mit ausreichend Schmieröl versorgt worden, woraufhin der Schaden nicht eingetreten wäre. Das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs ist erfüllt, da ein mangelhafter Einbau der Ölspritzeinrichtung ohne weiteres nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen (vgl. HUGUENIN, N 891).

- 32 Auch eine Unterbrechung durch schweres Selbstverschulden (dies ohnehin ablehnend HONSELL, § 3 N 37; HUGUENIN, N 891; SCHWENZER, N 20.03 ff.) liegt nicht vor. Es fehlt der Klägerin ganz grundsätzlich an einem Verschulden am Mangel: Die Klägerin müsste den Schaden vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt haben. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die im Verkehr notwendige Sorgfalt angewendet wird, wobei sich das Mass der erforderlichen Sorgfalt nach dem "hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen in der konkreten Situation" ergibt (HUGUENIN, N 898). Allerdings verkennt die Beklagte, dass die Anlage zu keinem Zeitpunkt mit überhöhter Geschwindigkeit betrieben wurde. Die Beklagte beruft sich ferner auf die Tatsache, dass im Bedienungshandbuch festgehalten ist, dass das Zentralgetriebe nur dann gestartet werden darf, wenn es mit genügend Schmieröl versorgt werden kann, und die Ölbetriebspumpe angestellt ist. Es wird von der Klägerin damit im Ergebnis verlangt, dass sie ständig hätte prüfen müssen, ob die Anlage mit genügend Schmieröl versorgt ist. Um dem nachzukommen, hätte sie ein zusätzliches Instrumentarium erstellen müssen. Genau dies wäre aber Aufgabe der Beklagten gewesen, da sie verpflichtet war, eine Anlage abzuliefern, die sämtliche Leistungsanforderungen erfüllt (vgl. Art. 5.2 ff. RV).
- 33 Wie oben dargelegt, hat die Klägerin überdies sämtliche Prüfpflichten im Zusammenhang mit der Abnahme erfüllt. Und schliesslich kann auch der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin hätte die Anlage am 14.09.2010 ohne Beisein der Beklagten in Betrieb genommen, nicht greifen. In Anhang II zum Leistungsschein vom 16.09.2008 (Beilage K-4) ist festgehalten, dass der Kalt-Testlauf in der zweiten Augushälfte 2010 stattfinden wird. Genau in dieser Periode (17.08.2010-14.09.2010) war kein Ingenieur der Beklagten anwesend. Zudem hat die Klägerin die Beklagte per Mail am 23.08.2010 (Beilage K-9) ausdrücklich gebeten, baldmöglichst einen Servicetechniker an den Montageort zu entsenden, und wartete noch drei Wochen zu, ehe sie den Kalt-Testlauf durchführte. In Anbetracht der Tatsache, dass die Beklagte während der ganzen Montage- und Inbetriebnahmephase verpflichtet gewesen war, fachlich qualifizierte Vollzeit-Ingenieure zur Verfügung zu stellen (Ziff. E.3. Anhang II zum Leistungsschein vom 16.08.2008), hätte es der Beklagten möglich sein sollen, innerhalb dieser Zeit einen Ingenieur zu entsenden. Es kann der Klägerin deshalb nicht vorgeworfen werden, dass die Inbetriebnahme am 14.09.2010 nicht dem Verhalten einer durchschnittlich sorgfältigen Drittperson entsprochen hat. Demzufolge sind der Mangel und der daraus entstandene Schaden allein auf das Verhalten der Beklagten zurückzuführen.

b) Freizeichnung mit Brief vom 16.08.2010

- 34 Der Aussendienstingenieur der Beklagten teilt mit Brief vom 16.08.2010 mit, dass ein Starten des Zentraltriebessystems ohne die Anwesenheit eines Servicetechnikers der Beklagten nicht erlaubt sei, ansonsten die Beklagte jegliche Haftung für daraus entstehende Schäden von sich weise (Beilage K-8).
- 35 Für Fragen der Haftung und der Freizeichnung gelten die im RV und der EV getroffenen Vereinbarungen. Keinesfalls kann eine der Parteien nachträglich autonom eine zusätzliche Freizeichnung herbeiführen. Eine solche bedürfte übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen (Art. 1 Abs. 1 OR). Auch von einer stillschweigenden Annahme seitens der Klägerin kann nicht ausgegangen werden, da dies nicht einer bestimmten Übung entspricht, und sich in keiner Weise mit den vereinbarten Bestimmungen in Art. 17.1 und 17.4 RV in Übereinstimmung bringen lässt.
- 36 Darüber hinaus stammt das Schreiben vom 16.08.2010 von Herrn Stephan Fallet, der als Aussendienstingenieur der Beklagten nicht befugt war, Rechtshandlungen mit Wirkung für die Beklagte vorzunehmen.
- 37 Mit der E-Mail vom 10.07.2011 wiederholt Herr von Wickenbrock als Mitglied der Geschäftsleitung der Beklagten diesen Gewährleistungsausschluss, allerdings erst nach Schadenseintritt. Auch diese Mitteilung kann daher nicht zu einem Gewährleistungsausschluss führen.

3. Fazit

- 38 Sämtliche Voraussetzungen der Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR sind erfüllt. Es steht der Klägerin zu, zwischen Wandlung, Minderung oder Ersatzleistung zu wählen (Art. 205 Abs. 1, Art. 206 Abs. 1 OR).

4. Anspruch aus Art. 17.3 i.V.m. 17.4 e contrario RV

- 39 Nach Art. 17.3 sind die Kosten der Reparatur durch die Beklagte selbst zu tragen, wenn diese die Haftung für den Mangel anerkennt. Dies muss über den Wortlaut hinaus auch dann gelten, wenn die Beklagte *grundsätzlich* für den Mangel haftet, ohne die Haftung ausdrücklich anzuerkennen. Es kann nicht sein, dass es vom Willen der Beklagten abhängt, ob sie die Reparaturkosten zu tragen hat. Darüber hinaus sieht Art. 17.4 RV vor, dass die Klägerin die Kosten nur dann zu tragen hat, wenn der Mangel auf unangemessene Lagerung oder unangemessenen Gebrauch zurückzuführen ist. Umgekehrt muss gelten, dass die Beklagte in allen anderen Fällen die Reparaturkosten zu tragen hat.

40 Dennoch hat die Beklagte die Reparaturkosten in Höhe von EUR 444'225.00 und EUR 322'775.00 der MECC in Rechnung gestellt, welche diese wiederum gegenüber der Klägerin in Abzug brachte. Im Ergebnis hat die Klägerin damit die Reparaturkosten übernommen. Gestützt auf Art. 17.3 i.V.m. 17.4 e contrario RV hat sie daher gegenüber der Beklagten Anspruch auf Ersatz dieser Kosten.

5. Eventualiter: Anspruch aus Minderung

41 Eventualiter wird Minderung beantragt. Dabei wird vermutet, dass der Kaufpreis um den Betrag herabgesetzt wird, der den Kosten der Mängelbeseitigung entspricht (BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 9). Um die mangelhafte Ölspritzeinrichtung reparieren zu können, war ein Aus- resp. Wiedereinbau des Zentralgetriebes II notwendig. Dafür wurde der MECC eine Rechnung von EUR 322'775.00 gestellt (Beilage K-15), die diese gegenüber der Klägerin in Abzug brachte. Dieser Betrag stellt die Kosten der Mängelbeseitigung dar und entspricht damit dem Minderwert. Weiter sind an verschiedenen Teilen der Anlage Schäden entstanden, die repariert werden mussten und Kosten von EUR 444'225.00 verursachten (Beilage K-13 und 14). Die MECC brachte auch diese Reparaturkosten gegenüber der Klägerin im Rahmen von noch offenstehenden Rechnungen berechtigterweise in Abzug. Der Klägerin entstand daher in diesem Umfang ein Schaden. Da der Schaden ohne Hinzutreten einer weiteren Ursache entstanden ist, handelt es sich nach h.L. um einen unmittelbaren Schaden (vgl. BSK OR I-HONSELL, Art. 205 N 5 ff. m.w.H.). Einen analogen Anspruch betreffend Schadensersatz bei Wahl der Minderung lehnt das Bundesgericht ab. Nach h. L. ist Art 208 Abs. 2 OR jedoch analog anwendbar (vgl. z.B. BK OR-GIGER, Art. 208 N 55 f.; TERCIER/FAVRE, N 887; SCHMID/STÖCKLI, N 419). Das Bundesgericht begründet seine Ansicht damit, dass der Käufer bei Wahl der Minderung das zu viel Bezahlte zurück erhalte und dadurch hinreichend geschützt sei (BGE 63 II 401 E. 2). Dem ist entgegenzuhalten, dass – so wie in diesem Fall – ein an sich kleiner Mangel grosse Folgeschäden auslösen kann, die mit der Kaufpreisherabsetzung allein nicht kompensiert werden. Gestützt auf die Kausalhaftung in Art. 208 Abs. 2 OR hat die Klägerin, ohne dass ein Verschulden der Beklagten erforderlich ist, Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens in Höhe des positiven Interesses (SCHMID/STÖCKLI, N 420). Dieses beträgt i.c. EUR 444'225.00.

6. Eventualiter: Anspruch aus Vertragsverletzung (Art. 97 OR)

42 Das Bundesgericht lässt bei Sachmängeln die alternative Berufung auf Art. 97 ff. OR wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung zu, wobei die Besonderheiten des Sachmängelrechts (insb. die kaufrechtlichen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten sowie die Verjährungsfrist)

eingehalten werden müssen (BGE 133 III 335 E. 2.4.1; 108 II 102 E. 2). Eventualiter stützt die Klägerin ihren Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten daher auf Art. 97 OR.

- 43 Die Pflichtwidrigkeit besteht i.c. in der Schlechterfüllung in Form der Lieferung einer mangelhaften Kaufsache. Auch die Voraussetzungen des Schadens (Rz. 41) und des adäquaten Kausalzusammenhangs (Rz. 31) sind vorliegend als erfüllt zu betrachten. Des Weiteren wurden die Untersuchungs- und Prüfungspflicht eingehalten (Rz. 27 f.) und die Verjährungsfrist ist noch nicht abgelaufen (Rz. 47 ff.). Schliesslich trägt die Beklagte ein Verschulden am eingetretenen Schaden: Um “qualitative Einbussen” zu vermeiden, teilte die Beklagte der Klägerin am 17.09.2009 mit, dass sich die Lieferung um zwei Monate verschiebe (Beilage K-5). Neuer Liefertermin war demnach der 28.02.2010. Zum gleichen Zeitpunkt (nämlich ab dem Winter 2009/2010) wurde eine korrekt konstruierte Ölspritzeinrichtung in anderen Anlagen eingebaut. Ein durchschnittlich sorgfältiger Dritter hätte die Lieferverzögerung dazu genutzt, die Ölspritzeinrichtung auch bei dieser Anlage korrekt zu montieren. Es wäre mithin widersprüchlich, die Lieferverzögerungen damit zu begründen, nur so könne die Qualität der Anlagen gewährleistet werden, und umgekehrt dennoch nicht alle Vorkehrungen zu treffen, die ebendiese Qualität sicherstellen sollten.
- 44 Da sämtliche Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR erfüllt sind, hat die Klägerin Anspruch auf Ersatz des positiven Interessens. Sie ist mithin so zu stellen, wie wenn der Vertrag korrekt erfüllt worden wäre (HUGUENIN, N 902). Wäre der Vertrag korrekt erfüllt worden, hätte die MECC keine Forderung gegen die Klägerin bzw. hätte sie die Reparaturkosten nicht in Abzug gebracht. Die Beklagte hat der Klägerin somit Ersatz für die Reparaturkosten in Höhe von EUR 444'225.00 und EUR 322'775.00 zu leisten.

C. Mögliche Verwirkung der Gewährleistungsansprüche

1. Freizeichnung

- 45 Es liegt keine Freizeichnung durch die Klägerin vor. Nicht nur fehlt eine solche Bestimmung im Rahmenvertrag, die Gewährleistung durch die Beklagte ist in Art. 17.1, 17.6 und 13.3 RV (e contrario) sogar ausdrücklich vorgesehen.

2. Abnahme

- 46 Eine Abnahme hat, wie unten dargelegt (Rz. 52 ff.), noch nicht stattgefunden, so dass der Anspruch aus Vertragsverletzung der Klägerin weiterhin besteht. Würde das Gegenteil vertreten, wäre gemäss Art. 13.3 RV die Beklagte auch bei einer Abnahme nicht von ihren Pflichten aus Gewährleistung befreit.

3. Verjährung

- 47 Nach Art. 17.2 RV haftet die Beklagte während 12 Monaten nach Abnahme resp. 36 Monate nach Ablieferung, je nachdem, was früher eintritt. Damit wird von der dispositiven Regel in Art. 210 Abs. 1 OR abgewichen. Dies ist ohne weiteres zulässig, sofern die Verlängerung nicht auf mehr als zehn Jahre erfolgt (so die h.L., vgl. BK OR-GIGER, Art. 210 N 43; BGE 99 II 185 E. 2a). Gleiches gilt für diejenigen Bestandteile des Werks, die nach werkvertraglichen Regeln zu beurteilen sind (BRÄNDLI, N 50; GAUCH, N 2490; BGE 108 II 194 E. 4b).
- 48 Indem die Parteien die Termini “Ablieferung” und “Abnahme” verwenden, werden zur Beurteilung der Verjährung werkvertragliche Institute in den Vertrag inkorporiert. Zur Klärung der Frage, wann die Anlage abgeliefert und abgenommen worden ist, ist daher auf Werkvertragsrecht abzustellen. Technisch gesehen sind Ablieferung und Abnahme «korrelative Begriffe»; sie beschreiben den gleichen Vorgang jeweils aus Sicht des Anderen (GAUCH, N 97). Beim Werkvertrag ist dies der Moment der Übergabe des vollendeten Werks mit dem Willen zur Vertragserfüllung (GAUCH, N 87). Der Begriff der Abnahme in Art. 13 RV ist allerdings nicht in einem juristischen Sinn verwendet worden; die Parteien meinten damit die “Genehmigung” des Werks. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
- 49 (1) Die Genehmigung im juristischen Sinn ist die Willenserklärung, das Werk als vertragsgemäss erstellt anzusehen (GAUCH, N 2070; BGE 115 II 456 E. 4). Genau dies soll mit der Abnahme i.S.v. Art. 13 RV erreicht werden. Entsprechend wird die Beklagte als Auftragnehmerin nach der *Abnahme* von all ihren Verpflichtungen befreit (Art. 13.3 RV).
- 50 (2) Auch unter Berücksichtigung anderer Regelungen, wie bspw. Art. 10.2 RV, Anhang II “Terminplanung” zum Leistungsschein vom 16.11.2008 (Beilage K-4) und den Korrespondenzen zwischen den Parteien insgesamt, ist ersichtlich, dass nach Meinung der Parteien die Abnahme ein der Ablieferung nachgelagerter Schritt darstellt. Da es bei der Beurteilung eines Vertrags auf den wirklichen Willen und nicht die unrichtige Bezeichnung durch die Parteien ankommt (Art. 18 OR), ist bei der Verwendung des Worts “Abnahme” durch die Parteien von einer Genehmigung im juristischen Sinn auszugehen.

a) Ablieferung

- 51 Wie oben bereits dargelegt, stellt die Ablieferung die Übergabe des vollendeten Werks mit dem Wille zur Vertragserfüllung dar (Rz. 48). Sie erfolgt durch körperliche Übertragung oder durch eine Mitteilung des Bestellers, wenn das Werk auf Grund und Boden des Bestellers errichtet wurde (GAUCH, N 92). Ist zusätzlich eine Abgabe einer Betriebsanleitung oder einer anderen Do-

kumentation Vertragsinhalt, ohne die der Besteller das Werk nicht sachgemäss benutzen kann, so erfolgt die Ablieferung erst mit Übergabe der entsprechenden Benutzerdokumentation (GAUCH, N 94). Im Leistungsschein vom 16.11.2008 (Beilage K-3) ist festgehalten, dass die Ablieferung im Hafen von Dammam erfolgen muss. Die zwei Zentralgetriebe trafen dort am 02.02.2010 ein (Beilage K-7). Die Verjährungsfrist dauert gemäss Art. 17.2 RV 36 Monate und endet folglich am 02.02.2013 (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

b) Abnahme

- 52 Gemäss Art. 13.2 RV und der Regelung der Abnahme im Leistungsschein (Beilage K-3) wird die Abnahme durch die Unterzeichnung einer Abnahmebescheinigung durch beide Parteien bestätigt. Eine solche Unterzeichnung hat nie stattgefunden (Einleitungsanzeige Ziff. 18), was von der Beklagten nicht bestritten wird. Die Unterzeichnung eines solchen Abnahmezertifikats ist von konstitutiver Bedeutung für die Abnahme. Dies ergibt sich durch systematische Auslegung des Rahmenvertrages: Art. 13.4 RV hält fest, dass die Unterzeichnung des Abnahmezertifikats nicht aus unbilligen Gründen oder unbedeutenden Mängeln verweigert werden darf. Hätte die Unterzeichnung des Abnahmezertifikats nur deklaratorische Bedeutung, würde diese Ziffer gegenstandslos werden. Eine Abnahme durch gegenseitige Unterzeichnung des Abnahmezertifikats ist somit nicht erfolgt.
- 53 Die Beklagte macht in Ziff. 17 der Einleitungsantwort implizit geltend, dass sich die Abnahme auch daraus ergeben kann, wenn alternativ entweder ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind (Art. 13.2.1 RV) oder der Inbetriebnahmezeitraum abgelaufen ist und die weiteren in Art. 13.2.2 RV genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Im Folgenden wird dargelegt, warum Art. 13.2.1 und Art. 13.2.2 RV nicht erfüllt sind.

aa) Erfolgreicher Leistungstest

- 54 Es darf aus zwei Gründen angenommen werden, dass kein Leistungstest nach Art. 13.2.1 RV vorliegt:
- 55 (1) Beim vorgesehenen Leistungstest handelt es sich um eine Verschärfung der (dispositiven) Prüfungspflicht gemäss Art. 370 Abs. 1 OR. Entsprechend muss auch hier gelten, dass Mängel, die bei ordnungsgemässer Prüfung (d.h. dem hier vorgeschriebenen Leistungstest) nicht erkennbar sind, nicht als genehmigt (in der Terminologie des Rahmenvertrags: “als abgenommen”) gelten können. Der korrekte Einbau der Ölspritzeinrichtung stellt eine vertragliche Voraussetzung dar (Rz. 23 f.) und ist damit eine Leistungsgarantie i.S.v. Art. 13.2.1 RV. Der am 26.12.2010 durchgeführte Endtestlauf konnte die Erfüllung sämtlicher Leistungsgarantien gar nicht feststel-

len: Eine ungenügende Schmierölaufuhr hätte erst bei einem Stromausfall entdeckt werden können. Die Stromzufuhr war am Tag der Durchführung des Endtestlaufs aber gewährleistet. Ob der Endtestlauf nun erfolgreich war oder nicht kann daher offengelassen werden.

56 (2) Die Beweislast für die Genehmigung des Werks trägt nach h.L. der Unternehmer (vorliegend die Beklagte) (GAUCH, N 2088). Dies ergibt sich daraus, dass die Partei, welche aus einer Tatsache Rechte ableitet, die Beweislast für deren Vorhandensein trägt (Art. 8 ZGB; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 18 N 48; BGE 130 III 321 E. 3.1). Da die Genehmigung in dieser Variante an den erfolgreichen Leistungstest anknüpft (Art. 13.2.1 RV), trägt die Beklagte die Beweislast für einen erfolgreichen Leistungstest.

57 Die Beklagte leitet aus der Tatsache, dass die Klägerin am 02.02.2011 die verbleibende Zahlung auf das Konto der Beklagten überwiesen hat, ab, dass der Endtestlauf positiv verlaufen ist und eine Genehmigung damit erfolgt sei (Einleitungsantwort Ziff. 17). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Bezahlung und damit die Anerkennung einer Rechnung keinesfalls die Genehmigung eines Werks beinhaltet (GAUCH, N 1265). Dies gilt umso mehr, als dass die Klägerin, hätte sie ihre Pflicht zur Zahlung des Vertragspreises nicht erfüllt, einen Haftungsausschluss gemäss Art. 17.9 RV riskiert hätte. Anders läge der Fall nur dann, wenn die Klägerin den Mangel gekannt hat (BGer 4C.231/2004 E. 2.2), oder sie ihre Prüfungs- und Anzeigepflicht (Art. 370 Abs. 2 OR) verletzt hat. Wie oben dargelegt, kann der Klägerin aber nicht vorgeworfen werden, dass sie den Mangel kannte (Rz. 26) oder ihre Prüfungs- oder Anzeigepflicht verletzt hätte (Rz. 27 f.).

bb) Ablauf des Inbetriebnahmezeitraums

58 Die Abnahme gilt nach Art. 13.2.2 RV als erfolgt, wenn der Inbetriebnahmezeitraum abgelaufen ist und die Beklagte entweder keine Möglichkeit hatte, die Leistungstests durchzuführen bzw. zu wiederholen, oder die Leistungstests ohne Verschulden der Beklagten nicht durchgeführt wurden. Gemäss Anhang II (“Terminplanung”) zum Leistungsschein vom 16.08.2010 (Beilage K-3 bzw. K-4) ist der Inbetriebnahmezeitraum Mitte November 2010 abgelaufen. Es stand der Beklagten ohne weiteres offen, die Endtestläufe durchzuführen bzw. bei der Durchführung der Endtestläufe durch die Klägerin anwesend zu sein. Des Weiteren wurde die Beklagte bereits am 23.08.2010 auf die baldige Durchführung der Testläufe und den zeitlichen Druck seitens der MECC aufmerksam gemacht (Beilage K-9). Darüber hinaushält Ziff. E.3 (“Lieferumfang”) des Anhangs I zum Leistungsschein (Beilage K-4) fest, dass die Beklagte sowohl für die Montage als auch die Inbetriebnahme (d.h. also bis zur Abnahme, vgl. Art. 12.1 RV) Personal zur Verfügung zu stellen

hat. Es handelt sich dabei um fachlich qualifizierte Dienstleistungen und in diesem Sinne um einen auftragsrechtlichen Aspekt des Vertrags (vgl. Art. 5.1 RV). Aus der daraus fliessenden Treuepflicht (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR; HUGUENIN, N 3269) und der Pflicht, bis zur Abnahme dauernd qualifiziertes Personal bereit zu stellen, folgt, dass mindestens ein Mitarbeiter der Beklagten sowohl am 14.09.2010 (Kalttestlauf) als auch am 26.12.2010 (Endtestlauf) hätte vor Ort sein müssen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der Endtestlauf gemäss Terminplan bereits Ende November 2010 hätte stattfinden sollen und deshalb jederzeit damit zu rechnen war, dass dieser demnächst stattfinden würde (Beilage K-9). Eine gültige Abnahme ist daher zu verneinen.

4. Fazit

59 Die Frist beginnt mit der Ablieferung der Zentralgetriebe am Hafen von Dammam und dauert bis am 02.02.2013. Die Verjährung kann durch den Gläubiger (vorliegend die Beklagte) gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR unterbrochen werden, worunter insbesondere die Anhängigmachung (vgl. dazu Art. 181 IPRG) einer Schiedsklage fällt (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 135 N 14). Die Verjährung wird unterbrochen, sobald ein Rechtsbegehren eingereicht wird, das die Art und Höhe der Forderung festhält (BSK IPRG-PFISTERER, Art. 181 N 20 f.). Die Einleitungsanzeige der Klägerin erfüllt diese Anforderungen: die Forderung ist genügend bestimmt und die Anzeige wurde am 11.01.2013 fristgerecht vor Ablauf der Verjährung am 02.02.2013 eingereicht.

60 Die Klägerin hat ihre Gewährleistungsansprüche demnach nicht verwirkt.

D. Anspruch auf eine Vertragsstrafe

61 Die Geltendmachung einer Vertragsstrafe setzt den Eintritt der vereinbarten Bedingung und ein Verschulden voraus (HUGUENIN, N 1034). Die in Art. 17.3 i.V.m. 14 RV vereinbarte Vertragsstrafe kann kumulativ zur Erfüllung verlangt werden, da die Strafhöhe von der Dauer der Verspätung abhängt, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass an der Erfüllung festgehalten werden soll (KOLLER, § 81 N 54).

1. Bedingungseintritt

62 Als relevante Norm beim Reparaturverzug definiert Art. 17.3 i.V.m. Ziff. 14 RV folgende Bedingungen für die Fälligkeit der Vertragsstrafe:

a) Mangel während Garantiezeit und Haftung der Auftragnehmerin

63 Vorliegend handelt es sich um mangelhafte Zentralgetriebe, welche der Reparatur bedürfen. Ihre Mangelhaftigkeit wurde bereits in den obigen Ausführungen festgestellt (Rz. 23 ff.), wie auch, dass die Auftragnehmerin für den Mangel haftet. Bei der Garantiezeit darf davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei um die weiter oben thematisierte Gewährleistungsfrist handelt (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Es wurde bei der Klärung jener Frage bereits festgestellt, dass sich der Mangel noch während der Garantiezeit ergab (Rz. 47 ff.).

b) Nicht fristgerechte Reparatur

64 Die dreiwöchige Frist gemäss RV 17.3 beginnt, sobald die Auftragnehmerin durch die Auftraggeberin vom Mangel in Kenntnis gesetzt wird. I.c. hat jedoch nicht die Klägerin als Auftraggeberin die Beklagte informiert, sondern diese wurde direkt von der MECC beauftragt, den Mangel zu beheben.

aa) Eintritt der Bedingung aufgrund Verhinderung wider Treu und Glauben

65 Die Klägerin wurde weder durch die MECC noch durch die Beklagte über den Mangel bzw. die Reparatur informiert. Sie hat erst davon erfahren, als die MECC ihr mitteilte, dass sie die Reparaturkosten vom Gesamtpreis in Abzug bringen würde (Einleitungsanzeige Ziff. 29). Wie nachfolgend gezeigt wird, muss die Bedingung aufgrund von Art. 156 OR dennoch als erfüllt betrachtet werden:

66 Art. 156 OR fingiert, dass die Bedingung erfüllt sei (OFK-STAFFELBACH, Art. 156 OR N 1). Sie setzt „einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des bedingt Verpflichteten und dem Ausbleiben der Bedingung“ sowie einen Verstoss gegen Treu und Glauben voraus (BSK OR I-EHRAT, Art. 156 N 5). Der Grundsatz von Treu und Glauben bildet unter anderem die Grundlage für die Verpflichtung zu loyalen Verhalten (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 16). Aus dieser Verpflichtung werden teilweise weitreichende vertragliche Nebenpflichten abgeleitet (BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 3; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 16).

67 Vorliegend sind diese Nebenpflichten gemäss Werkvertrag zu beurteilen, da die Parteien mit der Nachbesserung ein werkvertragliches Institut in den Vertrag eingegliedert haben, das auch für Mängel gilt, die nach Kaufrecht zu beurteilen sind. Insbesondere werden in der h.L. und Judikatur ungeschriebene übergeordnete Treuepflichten auch aus der Sorgfaltspflicht des Unternehmers (Art. 364 OR) abgeleitet (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 364 OR N 25; BGE 129 III 604 E. 4.1). So muss der Unternehmer die berechtigten Interessen des Bestellers in guten Treuen wahren (GAUCH, N 820). Dies gilt auch bei der Nachbesserung: Der Unternehmer

hat den Besteller zu informieren, wenn er im Rahmen einer Nachbesserung Mängel entdeckt (GAUCH, N 1716). Indem in der Präambel des Rahmenvertrags von einer längerfristigen Geschäftsbeziehung und Zusammenarbeit die Rede ist, werden die Treuepflichten der Parteien zusätzlich verstärkt, was bei internationalen Verträgen nicht unüblich ist (vgl. LE GOFF, S. 71). Die Beklagte hätte nach der Meldung des Mangels durch die MECC die Klägerin unverzüglich informieren müssen, da diese keine Kenntnis davon hatte. Sie hatte dies jedoch unterlassen und somit die Möglichkeit des Bedingungseintritts wider Treu und Glauben vereitelt. Überwiegende eigene Interessen, die die Beklagte mit ihrem Verhalten verfolgt hat, liegen nicht vor. Ein darüberhinausgehendes Verschulden wie eine Verhinderungsabsicht ist nicht erforderlich (BSK OR I-EHRAT, Art. 156 N 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 4019; BGE 117 II 273 E. 5c).

- 68 Für die Kausalität wird ein Kausalzusammenhang gemäss Adäquanztheorie (vgl. Rz. 31) ohne Unterbrechung gefordert (GUTMANS, S. 132 f.). Das Unterlassen der Mitteilung durch die Beklagte ist für den Nichteintritt der Bedingung adäquat kausal, wäre die Klägerin doch bei korrekter Information durch die Beklagte in der Lage gewesen, entsprechende Massnahmen für den Fristbeginn treffen zu können.
- 69 Da alle Voraussetzungen von Art. 156 OR erfüllt sind, wird der Bedingungseintritt (d.h. die nicht fristgerechte Reparatur) fingiert. Die Widerlegung der Fiktion durch die Beklagte ist ausgeschlossen (BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 438).

bb) Eintritt der Bedingung aufgrund Information durch die MECC

- 70 Abgesehen von der Frage, ob die Beklagte treuwidrig gehandelt hat oder nicht, ist die Bedingung als eingetreten zu erachten:
- 71 Nach Art. 17.3 RV hat die Reparatur innert drei Wochen zu erfolgen. I.c. wurde die Beklagte durch die MECC mit dem Schreiben vom 08.07.2011 über den Schaden informiert und gebeten, diesen so schnell wie möglich zu beheben (Beilage K-10). Die Beklagte wurde damit nicht durch die Auftraggeberin, sondern eine Dritte informiert. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, warum die Mitteilung der MECC genügt, um die dreiwöchige Frist auszulösen:
- 72 Eine Auslegung von Art. 17.3 RV nach dem Vertragszweck ergibt, dass die Frist zur Reparatur beginnen soll, sobald die Beklagte Kenntnis vom Mangel hat. Es soll und darf nicht sein, dass die Frist läuft, ohne dass die Beklagte davon weiss und ohne dass sie die Möglichkeit hat, die Reparatur auszuführen. Von wem die Beklagte die Information erhält, ist daher unerheblich. Indem die Beklagte mit der Mail vom 10.07.2011 (Beilage K-11) umgehend reagiert, lässt dieses Verhalten

darauf schliessen, dass ihr Wille bei Vertragsabschluss auch eine Information durch eine Drittpartei genügen liess. Im Übrigen steht auch der Wortlaut einer solchen Auslegung nicht entgegen: Die Bestimmung lässt den Fristbeginn offen; dass diese erst ab Reparatur zu laufen beginnt, kann nicht übereinstimmender Wille der Vertragsparteien gewesen sein. Es widerspricht dem Sinn und Zweck einer Frist, wenn ihr Beginn von der nachteilig betroffenen Partei beliebig hinausgeschoben werden kann.

- 73 Und schliesslich hätte die Beklagte die Mitteilung der MECC vom 08.07.2011 als Mitteilung eines Boten auffassen müssen: Das Schreiben vom 08.07.2011 nimmt ausdrücklich auf die „Garantiezeit“ Bezug (womit die Garantiezeit in Art. 17.2 RV gemeint sein muss). Es bezieht sich also ausdrücklich auf das (Vertrags-)Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten, womit die Beklagte nach dem Vertrauensprinzip hätte erkennen müssen, dass sie einer Botin gegenübersteht. Da ein Bote nur eine fremde, abschliessend gestaltete Willenserklärung überbringt, handelt es sich beim Schreiben im Ergebnis um eine Information durch die Klägerin, womit die Frist ausgelöst wird (BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 8; HUGUENIN, N 1034).
- 74 Die Reparatur wurde erst Anfang Februar 2012 und damit knapp sieben Monate nach Information durch die MECC bzw. dem Eintritt des Schadens abgeschlossen (Einleitungsanzeige Ziff. 25 und 27 sowie Einleitungsantwort Ziff. 27). Damit ist die Bedingung („Reparatur dauert länger als drei Wochen“) eingetreten.

2. Verschulden

- 75 Die Beklagte bringt vor, dass ihr kein Verschulden bezüglich des entstandenen Schadens zukomme, weshalb die Vertragsstrafe nicht zur Anwendung kommen könne (Einleitungsantwort Ziff. 30). Dem ist mehrfaches entgegenzuhalten:
- 76 Die Beklagte verkennt, dass sich das Verschulden auf den Bedingungseintritt beziehen muss. Der Bedingungseintritt besteht i.c. darin, dass die Reparatur nicht innert drei Wochen erfolgte. Entscheidend ist also, dass die Beklagte *an der verzögerten Reparatur* ein Verschulden trifft. Die Beklagte bringt vor, dass wichtige Bestandteile des Zentralgetriebes nicht repariert, sondern nur ersetzt werden konnten und die Beschaffung dieser Teile mit sehr langen Lieferfristen verbunden waren (Einleitungsantwort Ziff. 27). Daher seien ihr die verzögerte Reparatur und damit der Bedingungseintritt nicht vorwerfbar. Klarerweise hat dabei das “Ersetzen lassen” als Reparatur i.S.v. Art. 17.3 RV zu gelten.
- 77 Es genügt, wenn eine Verzögerung von 6 Wochen verschuldet ist: Die Vertragsstrafe beträgt 0.5 % pro Woche im Verzug und ist auf 3 % des Gesamtvertragspreises limitiert (Art. 14.3 i.V.m.

17.3 RV). Diese 3 % sind mit 6 Wochen Verzug erreicht. Der Terminplanung (Beilage K-4) zufolge dauert der Transport nach Damman 2,5 Monate. Daher wären für die Hin- und Rückreise theoretisch 5 Monate von der insgesamt 7,5 monatigen Reparaturdauer abziehbar. Allerdings hatte die Beklagte bereits am 18.07.2011 (Einleitungsantwort Ziff. 21) vor Reparaturbeginn einen Ingenieur vor Ort, der eine Schadensanalyse durchgeführt hat (Einleitungsantwort Ziff. 22). Spätestens ab diesem Zeitpunkt wusste die Beklagte, welche Teile beschädigt sind bzw. ersetzt werden müssen. Die Beklagte hatte mit Abzug des Transports zurück nach Damman 5 Monate Zeit, die Bestandteile zu bestellen und zu ersetzen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Beklagte gemäss ursprünglichem Terminplan (Beilage K-5) 7,5 Monate für die Herstellung und Lieferung des *gesamten Werks* zur Verfügung standen, ist es nicht nachvollziehbar, wieso für die Reparatur *einzelner Teile* fast ebenso viel Zeit beansprucht wurde, zumal die Nachbesserung umgehend an die Hand zu nehmen und zügig zu beenden ist (GAUCH, N 1783, siehe auch Art. 17.7 RV). Hinzu tritt die Tatsache, dass die Beklagte schon bei der ursprünglichen Lieferung eine Lieferverzögerung signalisierte (Beilage K-5). Die Beklagte hätte daher bei pflichtgemäsem Handeln Vorkehrungen treffen müssen, damit sich eine Lieferverzögerung nicht wiederholt (zumal bei beiden Vorkommnissen Teile der Planetengetriebe betroffen waren). Im Übrigen liegt die Beweislast dafür, dass die Beklagte am Bedingungseintritt kein Verschulden trägt, bei der Beklagten (Art. 97 OR analog) (BSK OR I-EHRAT, Art. 160 N 14; BGer 4A_174/2011 E.4.1).

3. Fazit

- 78 Gemäss Art. 14.3 RV beläuft sich die Vertragsstrafe auf 0.5 % des Gesamtvertragspreises des betr. Einzelvertrages für jede vollendete Woche in Verzug. Art. 17.3 RV modifiziert Art. 14.3 RV, indem die Vertragsstrafe auf max. 3 % limitiert wird. Dementsprechend stehen der Klägerin EUR 108'000.00 gegenüber der Beklagten zu (3 % von EUR 3'600'000.00).

III. Gesamtfazit

- 79 Es hat sich gezeigt, dass das vorliegende, nach der internationalen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution konstituierte Schiedsgericht zur Beurteilung der Streitfragen zuständig ist. Die Klägerin hat Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten in Höhe von EUR 322'775.00 und EUR 444'225.00. Dieser Anspruch ist weder durch Abnahme noch durch sonstige Gründe verwirkt oder verjährt. Ferner stehen der Klägerin EUR 108'000.00 aus der vereinbarten Konventionalstrafe zu, da die Beklagte ihre Pflicht zur fristgerechten Reparatur nicht erfüllt hat.