

Moot Court Team 5

Ezgi Altun

Etienne Gard

David Hongler

Marc Kaufmann

Einschreiben

Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5 Postfach

3058 CH-8022 Zürich

Zürich, 11. Dezember 2013

Klageschrift

Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

Vertreten durch Moot Court Team 5

Klägerin

gegen

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

Beklagte

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Prof. Dr. Y, sehr geehrter Herr Dr. X, sehr geehrter Herr Dr. A

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.”*

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren.....	I
Inhaltsverzeichnis	II
Literaturverzeichnis.....	III
Entscheidverzeichnis	VI
1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....	1
2 Reparatur des Zentralgetriebes.....	4
2.1 Qualifikation des Vertrages.....	4
2.2 Sachgewährleistung.....	5
2.2.1 Vorliegen eines Mangels	5
2.2.2 Rügeobliegenheit und Anerkennung gemäss RV 17.3 und 17.5.....	6
2.2.3 Vertretungswirkung	6
2.2.4 Umfang der Stellvertretung.....	7
2.2.5 Ungerechtfertigte Bereicherung gemäss OR 62.....	7
2.3 Eventualiter: Forderung von Schadenersatz nach OR 368 I.....	9
2.4 Subeventualiter: Ersatz der Reparaturkosten nach OR 97 I.....	10
3 Allfälliger Untergang der Gewährleistungsansprüche.....	12
3.1 Allfällige Vorbehaltlose Annahme durch Zahlung vom 2.1.11.....	12
3.2 Allfällige Abnahme gemäss RV 13.1	13
3.3 Eventualiter : Allfällige Verwirkung durch Abnahme des Werkes	14
3.4 Allfälliger Ausschluss der Haftung nach RV 17.4 und 17.9.....	14
3.5 Verjährungen.....	15
3.5.1 Verjährung der Gewährleistungsansprüche	15
3.5.2 Verjährung des Bereicherungsanspruches.....	15
3.5.3 Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus Vertrag.....	16
4 Vertragsstrafe	16
4.1 Vertragliche Grundlage	16
4.1.1 Bedingungseintritt.....	16
4.1.2 Verschulden.....	17
4.1.3 Untergang durch Verzicht	19
4.2 Eventualiter: Verstoss gegen Treu und Glauben gemäss ZGB 2 II	20

Literaturverzeichnis

- BUCHER, EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
(zit. BUCHER) [Rz. 21]

- COUCHEPIN, GASPARD, La clause pénale: étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Diss. Univ. Fribourg (Suisse) 2007.
(zit. COUCHEPIN) [Rz. 54]

- ENGEL, PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997.
(zit. ENGEL) [Rz. 22]

- FURRER, ANDREAS / SCHNYDER, ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Band 4, Art. 1-183 OR, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2012.
(zit. CHK OR-BEARBEITERIN) [Rz. 55]

- GAUCH, PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011.
(zit. GAUCH) [Rz. 9, 24]

- GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTER R. / SCHMID, JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht: Band I, 9. Aufl., Zürich 2008.
(zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID) [Rz. 3]

- GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTER R. / EMENEGGER, SUSANNE, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008.
(zit. GAUCH/SCHLUEP/EMENEGGER) [Rz. 49]

- HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM PETER / WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
(zit. BSK OR – BEARBEITERIN) [Rz. 16, 18, 24, 28, 31, 49]

- HONSELL, HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Art. 1-529 OR, Basel 2008.
(zit. KUKO OR-BEARBEITERIN) [Rz. 28]

- HONSELL, HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010.
(zit. HONSELL) [Rz. 10]

- HUGUENIN, CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012.
(zit. HUGUENIN) [Rz. 5, 9, 10, 16, 20, 21, 28]

- KOLLER, ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.
(zit. KOLLER) [Rz. 3, 5, 6, 51]

- KRAMER, ERNST / SCHMIDLIN, BRUNO Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Band IV, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.
(zit. BK OR-BEARBEITERIN) [Rz. 5]

- KRAUSKOPF FREDERIC Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht Diss. Univ. Fribourg (Suisse) 2007
(zit. KRAUSKOPF) [Rz. 33]

- KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA ET AL. (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009.
(zit. OFK OR-BEARBEITERIN) [Rz. 54]

- LE GOFF, PIERRICK, Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen, Diss. Univ. Marburg 2004.
(zit. LE GOFF) [Rz. 24, 53]

- PERRIG, ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel: das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) - Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Diss., Univ. Basel 2010.
(zit. PERRIG) [Rz. 5]

- THÉVENOZ, LUC / WERRO, FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I (art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait), Basel, 2. Aufl., 2012.
(zit. CR CO-BEARBEITERIN) [Rz. 9, Rz. 36]

Entscheidverzeichnis

- BGE 64 II 254 Urteil des schweizerischen Bundesgerichts
I. Zivilabteilung, 25. Mai 1938
[Rz. 24]
- BGE 97 II 72 Urteil des schweizerischen Bundesgerichts
II. Zivilabteilung, 11. Februar 1971
[Rz. 6]
- BGE 97 II 350 Urteil des schweizerischen Bundesgerichts
I. Zivilabteilung, 26. Oktober 1971
[Rz. 54]
- BGE 99 II 39 Urteil des schweizerischen Bundesgerichts
I. Zivilabteilung, 15. Mai 1973
[Rz. 55]
- BGE 104 Ia 278 Urteil des schweizerischen Bundesgerichts
I. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 1. März 1978
[Rz. 4]
- BGE 109 Ia 55 Urteil des schweizerischen Bundesgerichts
I. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 16. Mai 1983
[Rz. 3]

BGE 111 II 170	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 6. August 1985 [Rz. 46]
BGE 111 II 429	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts II. Zivilabteilung , 19. Dezember 1985 [Rz. 53]
OGer ZH, ZR 90 (1991)	Urteil des zürcherischen Obergerichts I. Zivilkammer, 2. August 1988 [Rz. 3]
BGE 120 II 197	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung , 21. Juni 1994 [Rz. 18]
BGE 123 III 35	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung , 20. August 1996 [Rz. 5]
BGE 124 III 155	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 7. Oktober 1997 [Rz. 28]
BGE 129 III 422	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 7. Juli 2003 [Rz. 20]

BGE 129 III 646	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts II. Zivilabteilung, 16. Oktober 2003 [Rz. 20, 22]
BGer 4C_282/2003	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 15. Dezember 2003 [Rz. 3, 5]
BGE 130 III 458	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 22. Juni 2004 [Rz. 9]
BGer 4C_89/2004	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 9. März 2005 [Rz. 21]
BGE 132 III 321	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 19. Januar 2006 [Rz. 28]
BGE 133 III 43	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 30. Oktober 2006 [Rz. 53]
BGer 4A_428/2007	Urteil des schweizerischen Bundesgerichts I. Zivilabteilung, 2. Dezember 2008 [Rz. 12]

BGE 135 III 1

Urteil des schweizerischen Bundesgerichts

I. Zivilabteilung, 28. Oktober 2008

[Rz. 3]

BGer 2C_834/2009

Urteil des schweizerischen Bundesgerichts

II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, 19. Oktober 2010

[Rz. 28]

BGer 6B_183/2010

Urteil des schweizerischen Bundesgerichts

Strafrechtliche Abteilung, 23. April 2010

[Rz. 28]

1 Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 1 In der Einleitungsantwort vom 10.05.13 bestreitet die Beklagte die Geltung der Schiedsklausel im Rahmenvertrag CDAG GETR-01-2008 vom 12.10.08 (K-1, folgend: RV). Anwendbar zur Bestimmung der Zuständigkeit sind die Normen nach II B. des Konstituierungsbeschlusses.
- 2 Das Schiedsgericht ist gemäss Art. 21 der Swiss Rules 2012 (folgend: SR; vgl. IPRG 186) befugt, über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Die Schiedsklausel in RV 23 regelt den Gerichtsstand sowie das anwendbare Recht. Das gültige Zustandekommen dieses Vertrages und der darin enthaltenen Schiedsabrede sowie die Schiedsfähigkeit der vorliegenden vermögensrechtlichen Streitsache (SR 21, IPRG 177) werden von der Beklagten nicht bestritten. Sie macht lediglich geltend, dass diese Schiedsvereinbarung durch Abschluss des Einzelvertrages CDAG GETR-002-2008 vom 16.11.08 (K-2 bis K-4, folgend: EV) derogiert wurde. Im Folgenden wird dargelegt, weshalb die AGB im EV keine Geltung erlangt haben. Der EV besteht aus dem Bestellschein vom 13.11.08 (K-2) und dem Leistungsschein vom 16.11.08 (K-3). Die Beklagte behauptet, dass ihre AGB durch Hinweis auf dem Bestellschein und durch die Zustellung mittels E-Mail vom 17.11.08 (B-2 und B-3) in den EV übernommen wurden.
- 3 I.c. waren die AGB der Beklagten nicht physischer Vertragsbestandteil (B-3). Durch Hinweis auf dem Bestellschein kommt lediglich die Übernahme der AGB durch Verweisung in Frage. Bei der Übernahme durch Verweisung wird eine Globalübernahme vermutet (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1130a; OGer ZH, ZR 90 (1991), Nr. 2, S.3). Die Beklagte hat die AGB erst am 17.11.08 per E-Mail, zumindest aber erst nach Vertragsschluss (Verfahrensbeschluss 2, N 7), zugestellt. Dadurch konnte die Klägerin die AGB nicht zumutbar einsehen und sie somit lediglich global übernehmen. Nach der Ungewöhnlichkeitsregel erlangen bei global übernommenen AGB diejenigen Bestimmungen keine Geltung, mit der „eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsabschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste“ (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1141), woran nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen (KOLLER, § 23 N 34). Es handelt sich also um atypische, unerwartete Klauseln, die dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwiderlaufen, indem sie die Gegenpartei überrumpeln (ZGB 2; s.a.

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1141a). Die Ungewöhnlichkeit bestimmt sich „individuell aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ (BGE 135 III 1, E. 2.1). So können auch im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten, trotz strengeren Massstabs, ungewöhnliche Klauseln vorliegen, wenn der Zustimmungende subjektiv zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit der Klausel rechnen konnte. (BGE 109 Ia 55, E. 3a). Der Grundsatz gilt verschärft bei Gerichtsstandsklauseln und ist sinngemäss auf Schiedsklauseln anwendbar sind. Nur, wenn der Verwender in guten Treuen annehmen durfte, der Vertragspartner habe wissentlich auf seinen angestammten Richter verzichtet, erlangt die Klausel Gültigkeit (BGer 4C_282/2003, E. 3.1). Wie im Folgenden aufgezeigt wird, war dies gerade nicht der Fall. Ansonsten hätte die Beklagte explizit auf die Änderung des Gerichtsstands hinweisen müssen.

- 4 Im Leistungsschein wurde festgehalten, dass der EV mit dem Ausstellen der Leistungsbestätigung, also auf den 16.11.08, in Kraft tritt. Der Vertrag war somit bereits in Kraft getreten, bevor die Klägerin die AGB überhaupt zur Kenntnis nehmen konnte (Zustellung der AGB erst am 17.11.08; vgl. auch Verfahrensbeschluss 2, N 7). Bei Vertragsschluss hatte die Klägerin mangels besonderer Anzeige auf dem Bestellschein keine Anhaltspunkte dafür, dass die AGB der Beklagten eine neue, zumindest aber keine abweichende Schiedsklausel enthalten könnten. Schliesslich verwies der Bestellschein nur pauschal auf die AGB. An der Globalübernahme ändert auch die blosse Floskel von AGB Ziff. 1.3. nichts („anerkennt [...] vollumfänglich“, B-1). Ohnehin genügte die Klausel in keiner Weise dem Erfordernis der drucktechnischen Hervorhebung (BGE 104 Ia 278, E. 3; B-1).
- 5 Die Beklagte konnte nicht in guten Treuen annehmen, dass die Klägerin mit der Annahme des Vertrages auch der in den AGB enthaltenen Gerichtsstandsklausel zugestimmt hat (BGer 4C_282/2003, E. 3.1). Insbesondere hätte sich eine Nachfrage an die Klägerin aufgedrängt. Dies ergibt sich bereits aus der langfristig angelegten vertraglichen Beziehung (RV, Präambel) und der besonderen Konstellation, nämlich der AGB-Zustellung nicht nur nach dem Bestell-, sondern sogar erst nach dem Leistungsschein. Ohnehin kann eine Vertragsänderung durch Offerte via Zustellung und Stillschweigen der Klägerin nicht vermutet werden. (KOLLER, § 13 N 16; BK-KRAMER, N 214 Art. 1). I.c. war es bei getreuem Handeln der Parteien geradezu ineffizient und unsinnig war, sich zuerst auf Vertragsverhandlungen einzulassen, um im Nachgang via AGB einen

bereits vereinbarten Vertragspunkt ohne Not abzuändern. Dass dies der Beklagten nicht bewusst war, würde erstaunen. Entsprechend müsste sie sich im vollen Bewusstsein widersprüchlich verhalten haben. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte der Klägerin die AGB nicht bereits vor Abschluss des Vertrages zugestellt hat. Besonders, zumal sie dessen Zeitpunkt durch ihre Unterschrift selbst bestimmen konnte. Im internationalen Geschäftsverkehr ist eine Übersendungsobliegenheit des AGB-Verwenders üblich (PERRIG, S. 298). Schliesslich gehen Individualabreden selbst gültigen anderslautenden AGB vor (HUGUENIN, N 613; BGE 123 III 35, E. 2c/bb; KOLLER § 23 N 53). Die anlässlich zeitlich späterer Individualabreden entworfene Regelung entspricht bezüglich Schutzzweck auch der umgekehrten Konstellation (KOLLER § 23 N 30). Die von allen beteiligten Parteien erst hinsichtlich eines bestimmten, Vertragsverhältnisses vereinbarten Regeln sind sachgerechter als nur durch eine Partei pauschal antizipierte Bestimmungen. Zwar derogieren im Allgemeinen Einzelabreden Rahmenverträge. Dies rechtfertigt sich indessen nur, soweit diese als speziellere Normen besser auf die Besonderheiten des Einzelsachverhalts Rücksicht nehmen.

6 I.c. ist das Gegenteil der Fall. Die Klausel bildet zwar formell Bestandteil des EV, stellt aber materiell die noch abstraktere Regelung als der zwei konkrete Parteien betreffende RV dar. Sie wurde nicht von beiden Parteien ausgehandelt sondern mutwillig zur Derogation der ursprünglichen Klausel im RV verwendet. Ihr AGB-Charakter ändert sich durch die formelle Integration in den EV nicht. Die Derogation des RV durch die scheinbare Individualabrede würde das Gegenteil des angestrebten Zwecks bewirken, weshalb der RV den AGB im EV vorgehen muss. Schliesslich erlangen AGB selten integrale Geltung, da sie regelmässig die allenfalls unvollständigen Einzelabreden ergänzen sollten (KOLLER § 23 N 55). So besagt Ziffer 1.3 selbiger AGB ausdrücklich, dass entgegenstehende schriftliche Abreden davon nicht berührt seien. Ob der „einzelne Fall“ gemäss AGB ein Versuch war, Rahmenverträge davon auszuschliessen, kann offen bleiben, da nach der Unklarheitenregel (BGE 97 II 72, E. 3) unklare Formulierungen zuungunsten des Verwenders ausgelegt werden.

7 *Die gültige Schiedsklausel im RV wird von der Schiedsklausel in den AGB nicht abbedungen. Somit ist das Schiedsgericht für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig.*

2 Reparatur des Zentralgetriebes

- 8 Zunächst wird der Vertrag qualifiziert. In der Folge wird aufgezeigt, auf welcher Rechtsgrundlage die Klägerin von der Beklagten die Rückerstattung der Reparaturkosten fordern kann.

2.1 Qualifikation des Vertrages

- 9 Gemäss dem RV 5.1 (K-1) legen die Vertragsparteien keine spezielle Vertragsqualifikation fest. Im Zweifelsfall seien „Ergebnisse und Resultate“ geschuldet. Bei einem Werkvertrag nach OR 363 verpflichtet sich der Werkshersteller zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zu Leistung einer Vergütung. Statt blossen Tätigwerdens wird ein Erfolg geschuldet (HUGUENIN N 3122). Im RV (K1) sprechen die Parteien von einem *Werk* (RV 2.3f.). Die bestellten Zentralgetriebe werden nur in ihren Grundelementen serienmässig hergestellt und schliesslich spezifisch an die Anlagen angepasst (Verfahrensbeschluss 2, N 5). Vier Monate waren allein für die technische Grob- und Detailplanung veranschlagt. Der Leistungsschein (K-3) orientiert sich ausschliesslich an der Spezifikation gemäss den Forderungen der Klägerin. Trotz Seriennummer wurden die Getriebe i.c. so stark den Bedürfnissen der MECC (und damit mittelbar denjenigen der Klägerin) angepasst, dass man nicht mehr von einem seriell hergestellten Produkt ausgehen kann (CR CO-CHAIX, S. 2191, N 18; BGE 130 III 458, E.4). Es liegt ein Werklieferungsvertrag i.S.v. OR 365 vor, wenn der Werkshersteller eigene Materialien für das Werk nutzt (GAUCH, N 121). Die Beklagte verpflichtete sich in RV 17.1, neue Anlagen zu liefern und neue Materialien zu verwenden. Der vorliegende Vertrag ist somit ein Werklieferungsvertrag.
- 10 Im Gegensatz zum Werkvertrag stellt die Montagepflicht beim Kaufvertrag mit Montagepflicht nur eine untergeordnete Nebenpflicht dar (HONSELL, S. 282). I.c. verpflichtete sich die Beklagte explizit zur Neumontage und Inbetriebnahme (K-3, K-4, Ziff. E). Die für Montage und Testprozedere eingeplanten neuneinhalb Monate (Anhang II, K-4) entsprechen in etwa dem Zweifachen des für den Transport veranschlagten Zeitraums. Dass Montage und Testverfahren durch die Beklagte und nicht ein beliebiges ortsansässiges Unternehmen durchgeführt wurden, zeigt, dass Komplexität und Aufwand dieser Arbeiten die Expertise und Spezialisierung der Beklagten notwendig machten. Weiter hinterliess der für die Inbetriebnahme zuständige Mitarbeiter der Beklagten, S. Fallet, anlässlich sei-

ner Abreise vom 16.08.10 eine umfangreiche Instruktionsliste (K-8). Die Kostenverteilung zwischen Arbeitsleistung und Material ist nicht ausschlaggebendes Kriterium. Ein Kaufvertrag mit Montagepflicht liegt nicht vor. Ebenso wenig handelt es sich um einen Kauf einer künftigen Sache. Das Werk wird individuell den Wünschen der Bestellerin entsprechend hergestellt und nicht als Serienprodukt geliefert (HUGUENIN, N 3132).

2.2 Sachgewährleistung

- 11 Die Parteien haben ein teilweise vom dispositiven Recht abweichendes Gewährleistungsregime vereinbart (RV 17).

2.2.1 Vorliegen eines Mangels

- 12 Ein Werk ist mangelhaft, wenn es von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweicht (BGer 4A_428/2007, E. 3.1). Weiter wurde in RV 17.2 festgehalten, dass für Mängel, die aus unsachgemässer Konstruktion herrühren, die Beklagte haftet.
- 13 Regelmässige Stromausfälle gehören zu den klimatisch und infrastrukturell bedingten Risiken beim Betrieb von Industrieanlagen im mittleren Osten (Einleitungsanzeige, N 23). Ohne Strom funktionieren Öleinspritzanlagen mit Druckpumpsystem, wie diejenige, die von der Beklagten ursprünglich in Getriebe II des Ain-Dar-Zementwerks eingebaut wurde, nicht. Deshalb werden seit Winter 09/10 (Verfahrensbeschluss 2 N 1) bei ähnlichen Projekten in der Region andere Öleinspritzanlagen eingebaut, die auch bei Stromausfall die Getriebe mit Ölschmiere versorgen. Alle Schäden sind i.c. auf ungenügende Ölzufuhr zurückzuführen, wie auch die Beklagte richtig feststellt (K-11). Alle weiteren Behauptungen der Beklagten, namentlich, die Anlage sei nicht vorschriftsgemäss betrieben worden, werden einzig durch das Gutachten von Herrn Senecky gestützt, der nota bene zu der Beklagten in einem Anstellungsverhältnis steht. Bis zum Endtestlauf am 26.12.10 hatte die Beklagte die Möglichkeit und die Pflicht das Zentralgetriebe an den aktuellen Stand der Technik anzupassen. Diese Anpassung wäre zumutbar gewesen. In der Zeit bis zum Endtestlauf hätte ein Techniker der Beklagten anwesend sein müssen. Das Werk entsprach nicht dem vertraglich vereinbarten Zustand und war bereits bei der Ablieferung mangelhaft.

2.2.2 Rügeobliegenheit und Anerkennung gemäss RV 17.3 und 17.5

- 14 Um Mängelrechte geltend zu machen, muss die Klägerin die Beklagte über allfällige Mängel in Kenntnis setzen, die sich während der Garantiezeit ergeben. Anerkennt die Auftragnehmerin das Vorliegen eines Mangels (RV 17.3) oder reagiert sie nicht innert 7 Tagen (RV 17.5), so ist sie unabhängig von der Verantwortung für die Durchführung der Reparatur zur Übernahme der Kosten verpflichtet.
- 15 Zunächst wurde ab dem 15.09.10 die Funktion der Zentralgetriebe in einer mehr als dreimonatigen Inbetriebnahmephase geprüft. Auf die Endtestläufe folgt eine weitere dreimonatige Testphase. Während dieser Tests wurden keine Mängel entdeckt. Der Schaden wurde erst bemerkt, als die MECC die Anlage bereits selbständig führte. Die Klägerin erhielt erst anlässlich der Verrechnung der Reparaturarbeiten durch die MECC Kenntnis vom Schaden. Die MECC rügte hingegen bei der Beklagten mit Fax vom 08.07.11 einen Schaden am Zentralgetriebe II (K-10). Sie hielt ausdrücklich fest: „Die Beseitigung dieses Schadensfalls läuft noch unter Garantiezeit“ und nahm explizit Bezug auf mangelhafte Ölschmierung im Getriebe. Davon erhielt die Beklagte am 08.07.11, jedoch spätestens am 09.07.11, Kenntnis (*Zugangsprinzip*). Der Ingenieur Alain Senecky traf erst am 18.07.11, und damit nicht innert der Frist von sieben Tagen seit der Information über den Mangel ein, womit die Beklagte kostentragungspflichtig wurde. Dass die Beklagte die Reparatur selbst durchführte, ist unerheblich.

2.2.3 Vertretungswirkung

- 16 I.c. hat die MECC eine Vollmacht zur Vertretung der Klägerin. Mangels besonderer Formvorschriften kann eine Bevollmächtigung formfrei und damit auch stillschweigend oder durch konkludentes Verhalten erteilt werden (HUGUENIN, N 1067). Es genügt, dass die Beklagte nach Treu und Glauben sowie Vertrauensprinzip davon ausgehen musste, dass die MECC die Rechte der Klägerin als Vertreterin wahrnahm (BSK OR-WATTER, Art. 33 N 15). Die Vertreter der Klägerin haben das Zementwerk noch während der Laufzeit der Garantiefrieten verlassen. Es kann von Generalunternehmern wie der Klägerin nicht erwartet werden, dass sie jeweils während der gesamten Laufzeit von Garantiefrieten ihre Vertreter vor Ort haben, nur um im Schadensfall Mängelrüge erheben zu können. Es liegt auch im Interesse des Gewährleistenden, dass ihm der Schaden direkt durch die Be-

troffene zur Kenntnis gebracht wird. Nur sie kann Umfang und Art des Schadens detailliert bezeichnen, Anweisungen zur Vermeidung weiteren Schadens effizient umsetzen und zügig auf allfällige Rückfragen reagieren. Durch den Abzug der eigenen Vertreter hat die Klägerin der MECC konkludent ihre Mängelrügerechte übertragen.

- 17 Die Beklagte bezieht sich in ihrer Antwort auf die Gewährleistung (K-11). Damit anerkannte die Beklagte die Stellvertretung. Sinn und Zweck der Rüge gemäss RV 17.3 machten es notwendig und für die Beklagte offensichtlich, dass die MECC zur Mängelrüge in Stellvertretung der Klägerin berechtigt war.

2.2.4 Umfang der Stellvertretung

- 18 Auch zur Regelung der Reparaturmodalitäten war die MECC stellvertretungsbefugt. Der Umfang der Vollmacht der MECC ergibt sich aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft, i.c. aus der konkludenten Bevollmächtigung durch die Klägerin (BSK-WATTER, Art. 33 N 17; BGE 120 II 197, E 2.2). Diese Vollmacht umfasste die Wahrung von Gewährleistungsansprüchen aus dem Grundverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten. Für die Beklagte war ersichtlich, dass die MECC zur Mängelrüge und zum Abschluss eines Reparaturvertrages als Vertreterin der Klägerin berechtigt war. Nur die MECC war als alleinige Anlagenbetreiberin geeignet, die Modalitäten der Reparatur mit der Beklagten zu regeln. Es lag auch im Interesse der Beklagten, diesbezüglich nur einen Ansprechpartner zu haben. Auch hat die Beklagte durch die Vereinbarung der Reparatur direkt mit der MECC, ohne vorgängige Kontaktierung der Klägerin, die Stellvertretungsstellung der MECC implizit anerkannt.

- 19 *Die Klägerin hatte einen Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung nach RV 17. Die Rüge nach RV 17.3. wurde durch die MECC in Stellvertretung geltend gemacht. Indem sie nicht innert Frist reagierte, wurde die Beklagte kostentragungspflichtig.*

2.2.5 Ungerechtfertigte Bereicherung gemäss OR 62

- 20 Die Entreicherung ist nicht auf ein Verhalten des Bereicherten zurückzuführen. Damit sind die Voraussetzungen der Leistungskondiktion analog zu prüfen. Erforderlich ist eine Leistung auf eine nichtbestehende Schuld (HUGUENIN, N 1785). Entscheidend für Aktiv- und Passivlegitimation sind dabei nicht die rechtlichen Verhältnisse, sondern der wirtschaftliche Zusam-

menhang (vgl. lateinische Fassungen von OR 62). Insbesondere muss keine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Bereicherten und dem Entreicherten stattgefunden haben. Auszugleichen ist vielmehr die Bereicherung, die der Bereicherte auf Kosten des Entreicherten erlangt hat (BGE 129 III 646, E. 4.2; BGE 129 III 422, E. 4). Die MECC zeigte der Beklagten die Verrechnung der Reparaturkosten gegenüber der Klägerin an (Einleitungsanzeige, N 29). Es war für die Beklagte klar ersichtlich, dass die MECC im wirtschaftlichen Verhältnis als Mittlerin agierte. Zudem erfolgte die Zahlung im Erfüllungskontext des Reparaturvertrags zwischen Bereicherter und Entreicherter.

- 21 Der Leistende muss sich im Irrtum über die Leistungspflicht befunden haben (OR 63 I). Es ist kein qualifizierter Irrtum vorausgesetzt (HUGUENIN N 1789). Bei Zweifeln an der Leistungspflicht ist die Rückforderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Leistende erkennen lässt, dass er ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund leisten möchte (BUCHER S. 672 ff.; Nach BGer 4C_89/2004, E. 5.1, reicht bereits fehlende Schenkungsabsicht. Bei Handelssachen wird fehlende Schenkungsabsicht vermutet. Das Irrtumserfordernis entfällt.). Im Fax vom 08.07.11 (K-10) verlangt die MECC die Beseitigung des Schadens von der Beklagten und beruft sich auf die Gewährleistung. In ihrer Antwort (K-11) verneint diese einen Garantiefall. Aufgrund der Stellung der Beklagten als Herstellerin und Spezialistin bezüglich des betroffenen Zentralgetriebes hatte ihre Aussage in den Augen der MECC Gewicht. Die MECC hatte in ihrer Position keine Möglichkeit, zu evaluieren, wer letztlich die Kosten zu tragen hatte. Es lag kein unabhängiges Gutachten vor, das die Schadensursache eindeutig festgestellt hätte. Da bei Nichtzahlung die Trübung der Geschäftsbeziehung zur Beklagten zu befürchten war, versteht sich, dass die MECC die Rechnungen unter Vorbehalt der Verteilung der Kosten je nach Schadensursache pflichtbeflissen beglichen hat.
- 22 Die Bereicherung ergibt sich aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und demjenigen ohne das bereichernde Ereignis (BGE 129 III 646, E. 4.2). Sie kann insbesondere in einer Nichtverminderung des Vermögens bestehen (ENGEL, N. 584). Für die Reparatur erhielt die Beklagte EUR 444'225 (K-14). Zudem entstanden ihr keine Kosten für die Miete des Krans, der für Ein- und Ausbau des Zentralgetriebes benötigt wurde (K-15). Die Klägerin erlitt eine Verminderung ihrer Aktiven, indem die MECC sowohl die Rechnung der Reparatur in Höhe von EUR 444.225

(K-14) wie auch die Rechnung für den Kran in Höhe von EUR 322.775 (K-15) im Rahmen von noch offenstehenden Rechnungen in Abzug brachte (Einleitungsanzeige, N 32 f.).

- 23 *Der wirtschaftliche Zusammenhang legitimiert die Klägerin zur Rückforderung der bei ihr durch Verrechnung der MECC entstandenen Kosten in Höhe von EUR 767'000.*

2.3 Eventualiter: Forderung von Schadenersatz nach OR 368 I

- 24 Im Bereich von OR 101 ist OR 368 zwingend. Vertragliche Normen gelten bloss ergänzend. Ersatzfähig ist jeder Schaden, der nicht den Mangel selbst betrifft und daher nicht über die Nachbesserung ersetzt wird. Schadenersatz aus Mangelfolgeschäden entsteht kumulativ zum Recht auf Nachbesserung (BSK OR – ZINDEL/PULVER, Art. 368, N 68; zu Mangel und Rüge (Rz. 12 ff.). Ein Mangelfolgeschaden tritt als weitere Folge des Werkmangels hinzu (BSK OR – ZINDEL/PULVER, Art. 368, N.70). Soweit die Reparatur vom Schiedsgericht nicht als unentgeltliche Nachbesserung erachtet werden sollte, ist sie Mangelfolgeschaden. Es darf keine Rolle spielen, aus welchem Grund der Schaden nicht ersatzfähig ist, wenn er schuldhaft durch den Mangel verursacht wurde. Mit dem vertraglichen Anspruch wird i.c. der langfristigen Beziehung und parteilichem Näheverhältnis besser Rechnung getragen, als mit Rückforderung nach Bereicherungsrecht. Dieses käme trotz vertraglicher Haftungsgrundlage bloss zur Anwendung, da aufgrund des Drittverhältnisses bereits eine Zahlung erfolgte. Mindestens die Kranmiete wurde ohnehin erst durch die Reparatur erforderlich und gehörte eventualiter nicht zu den eigentlichen Reparaturhandlungen, sondern trat unterstützend hinzu und wurde auch nicht durch die gewährleistungspflichtige Beklagte durchgeführt. Dass der Schaden der Klägerin erst mittelbar durch die Verrechnung der MECC entstanden ist, ist unerheblich (BGE 64 II 254, E. 2). Das Verschulden wird vermutet (BSK OR – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 94). Die zur Zeit der Vertragserfüllung anerkannten Regeln der Technik, dem Einzelfall angepasst (GAUCH, N 849), bilden den Sorgfaltsmassstab (BSK OR – ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 71). Grobfahrlässig ist namentlich die schwerwiegende Abweichung vom Sorgfaltsmassstab eines gewissenhaften Menschen in vergleichbarer Lage (BSK OR – WIEGAND, Art. 99 N 6). Das von der Beklagten geforderte Leistungsniveau wurde durch die Ausführungen in der Präambel zusätzlich erhöht. (K-3, EV, Präambel i.V.m. LE GOFF, S. 71).

25 Die Beklagte baute die spezielle Ölspritzeinrichtung ab Winter 09/10 in anderen Anlagen im mittleren Osten ein, wick also für den Nichteinbau von der eigenen Praxis ab und wusste um die fraglichen Risiken. Der Endtestlauf erfolgte am 26.12.10. Trotzdem unterliess die Beklagte die geringfügige Modifikation auch an der Anlage der Klägerin. Sie wies nicht einmal auf entsprechende regionale Betriebsrisiken und die Möglichkeit einer anderen Ölspritzeinrichtung hin. Angesichts massiver möglicher Produktionsausfälle (6000t/d; K-3) und der erweiterten Treuepflicht (RV, Präambel) ist das Beklagtenverhalten schlechthin unverständlich. Der Einbau der Ölspritze ist bei Ausfall von Stromversorgung oder Pumpvorrichtungen absolut notwendig, um Schäden am Getriebe zu verhindern und ist, wie der Kausalverlauf zeigt, gerade nicht blosses „Upgrade“. Nach Analyse des Ingenieurs der Beklagten, verursachte fehlende Ölzufuhr den Schaden (Einleitungsantwort, N 22). Dass der Ingenieur zusätzlich festhält, fehlerhafte Bedienung stelle die Schadensursache dar, ist irrelevant. Als treuepflichtiger Angestellter der Beklagten ist er nicht neutral. Schliesslich hat die allfällige Gewährleistung des ordentlichen Stromzugangs keinen Einfluss auf Stromausfälle und deren Vermeidung (Verfahrensbeschluss 2, N 4)

26 *Die Beklagte hat ihre Sorgfaltspflichten grobfahrlässig verletzt. Ersatzfähig sind die Kosten für die Reparatur und Kranmiete.*

2.4 Subeventualiter: Ersatz der Reparaturkosten nach OR 97 I

27 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten davon ausgehen, der Schaden sei durch fehlerhafte Benutzung der Anlagen (Einleitungsantwort, N 24) verursacht worden, so kann die Klägerin trotzdem Ersatz der Reparaturkosten fordern. Die Beklagte ist samt Servicepersonal und Projektleiter schuldhaft dem Kalttestlauf ferngeblieben, wo allfällige fehlerhafte Benutzung erkannt worden wäre und korrigiert werden sollte. Ausserdem fehlten die Vertreter der Beklagten in der Inbetriebnahmephase wiederholt während mehrerer Wochen (Einleitungsanzeige, N 16 ff.). Umfang und Dauer der Aufsichtspflicht ergeben sich aus EV, Ziff. E, N. 3 i.V.m. RV 12). Die Verletzung des EV durch die Beklagte begründet eine Haftung nach 97 I OR.

28 Soweit ausserhalb des Werkmangels weitere Vertragsverletzungen vorliegen, ist die Ersatzpflicht nach OR 97 I nicht durch OR 368 ff. ausgeschlossen (HUGUENIN, N 3187). Eine positive Vertrags-

verletzung liegt vor, wenn die vertraglichen Pflichten schlecht erfüllt wurden. mithin die Schuldnerin eine Hauptleistung nicht vertragsgemäss erfüllt (HUGUENIN, N 846f.). Als Schaden gilt jede unfreiwillige Vermögensminderung, gemäss Differenzhypothese in Höhe des Unterschieds von aktuellem und hypothetischem Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis. (BGE 132 III 324, E. 2.2.1). Die Vermögenseinbusse kann durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder entgangenen Gewinn entstehen (BSK OR – WIEGAND, Art. 97, N 38). Die Kausalität besteht im Ursachenzusammenhang von Pflichtverletzung und Schaden (KUKO OR – THIER, Art. 97, N 19). Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass es sich um die einzige oder unmittelbare Schadensursache handelt (Äquivalenztheorie, BGer 6B-183/2010, E. 3). Bei Unterlassungen wird die Adäquanz des Kausalzusammenhangs (BGE 124 III 155, E. 3d) dadurch begründet, dass (hypothetisch) ein rechtzeitiges Handeln die Schädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte (BGer 2C_834/2009, E. 2.3). Wurde eine Pflicht verletzt, so wird das Verschulden vermutet. Der Gegenbeweis obliegt der Beklagten (OR 97 I).

- 29 Nach RV 5.2 wird insbesondere die fristgerechte, sorgfältige und korrekte Ausführung geschuldet. Die Handlungspflicht ergibt sich direkt aus dem EV (lit. E, N 3). Diese Handlungspflichten hat die Beklagte teils durch Unterlassung, teils durch Nachlässigkeit bei der Erfüllung, verletzt. Namentlich reagierte der Projektleiter auf den unbefriedigenden Verlauf der Montagearbeiten nach knapp 40 Tagen mit der abrupten Abreise (K-8), anstatt die erforderlichen Korrekturmassnahmen zu ergreifen. Zu diesem Zeitpunkt konnte Herr Fallet die vertraglich geschuldeten 960 Arbeitsstunden (K-4) noch nicht geleistet haben. In Ziff. E Nummer 3 EV steht zudem explizit, dass die Beklagte Personal *nach Bedarf der Auftraggeberin* zur Verfügung zu stellen hat. Es geht nicht an, dass die Beklagte sich das Ermessen der Auftraggeberin anmasst (Einleitungsantwort, N 15). Im Gegenteil war es der ausdrückliche Wille der Klägerin, dass bis zu den Testläufen ununterbrochen ein Mitarbeiter der Beklagten vor Ort sei (K-9). In der Folge waren die Angestellten der Klägerin beinahe vier Wochen, vom 17.08.10 bis zum 14.09.10, auf sich alleine gestellt. Die Teilnahme am Kalttestlauf war nicht blosses Recht der Beklagten, sondern wurde durch Anzeige der Klägerin zur Pflicht im Rahmen der Inbetriebnahme (EV, lit. E, N 3 i.V.m. K-9). Die Teilnahme am Endtestlauf ergibt sich aus der allgemeinen Pflicht zur Aufsicht über Montage und Inbetriebnahme bis und einschliesslich der Ab-

nahme (EV, lit. E, N 3) und dadurch, dass im EV keine entsprechende Ausnahme von der vertraglich geschuldeten Aufsichtspflicht gemacht wurde (vgl. Ziff. E, N 5 e contrario).

30 Der Schaden entstand dadurch, dass die Aktiven der Klägerin vermindert wurden, indem die MECC die gesamten Reparaturkosten inklusive Kranmiete (EUR 767'000) ihr gegenüber in Abzug brachte.

31 Die sorgfältige Beaufsichtigung während der Montage und Inbetriebnahme sowie die Anwesenheit an den Testläufen, denen die Beklagte konsequent fernblieb (Einleitungsanzeige, N 15 ff.), hätte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine fehlerhafte Bedienung und damit die Schädigung verhindert. Mehrere Testläufe sowie die uneingeschränkte Möglichkeit, über das bereits beträchtliche Minimum von 960 Aufsichtsstunden, nach Bedarf Personal der Beklagten für zusätzliche Aufsicht anzufordern, hätten die fehlerhafte Bedienung und damit gerade den eingetretenen Schaden verhindern sollen. Die von der Beklagten behauptete fehlerhafte Behandlung wäre so erkannt worden. Dabei ist insbesondere auch unerheblich, dass die Ölspritze allenfalls in der Zukunft ebenfalls zum Schaden geführt hätte (BSK OR – HEIERLI/SCHNYDER, Art. 41, N 27). Die Beklagte kann sich namentlich nicht entlasten, indem sie kontinuierlich an ihre eigenen Termine erinnert werden wollte (Einleitungsantwort, N 17).

Indem die Beklagte schuldhaft ihre vertraglichen Pflichten gegenüber der Klägerin verletzt und sie dadurch geschädigt hat, schuldet sie ihr Ersatz für den entstandenen Schaden gemäss OR 97 I.

3 Allfälliger Untergang der Gewährleistungsansprüche

32 Die Beklagte behauptet, die Abnahme aufgrund des Endtestlaufs habe zum Untergang der Gewährleistungsansprüche geführt. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass keine Abnahme stattgefunden hat, eventualiter eine Abnahme Gewährleistungsansprüche unberührt lässt. Schliesslich wird gezeigt, dass keine vertraglichen Ausschlussgründe Anwendung finden und noch keine Verjährung eingetreten ist.

3.1 Allfällige Vorbehaltlose Annahme durch Zahlung vom 2.1.11

33 Die Beklagte behauptet, dass die am 02.01.11 erfolgte Zahlung infolge der Abnahme des Werkes stattfand. Gemäss dem EV sind 10% des Gesamtvertragspreises nach Durchführung eines erfolgreichen Leistungstests, spätestens aber 26 Monate nach Inkrafttreten desselben Vertrages

(16.11.2008, K-3) zu zahlen. Die Überweisung eines Geldbetrags auf ein fremdes Konto gilt als stillschweigende Schuldanerkennung durch konkludentes Verhalten (KRAUSKOPF, N 39). Den Parteien steht es frei, weitere Rechtsfolgen an die Geldzahlung zu knüpfen.

- 34 Die Klägerin hat am 02.01.11 eine Geldüberweisung in der Höhe von EUR 360'000 zugunsten der Beklagten vorgenommen mit der *einzig* Bemerkung: « Letzte Rate: 10% des Gesamtvertragspreises CDAG GETR – 002 – 2008 ». Die Zahlung hätte nach Abschluss des Leistungstests und der Unterzeichnung der Abnahmebescheinigung erfolgen sollen (K-3). Die Abnahmebescheinigung wurde durch die Beklagte nie unterschrieben. Die Klägerin tätigte die Zahlung, weil inzwischen bereits fast 26 Monate seit dem Abschluss des EV vergangen waren (K-3 „Zahlungsbedingungen“). Die absolute Frist von 26 Monaten kommt ohne Zertifikatserfordernis aus. Dies zeigt, dass das Abnahmezertifikat für die relative Frist *conditio sine qua non* bildet. Sonst hätte die absolute Frist keine Daseinsberechtigung. So stellten die Vertragsparteien klar, dass eine vorzeitige Abnahme, die das Verstreichen von 26 Monaten entbehrlich machen konnte, zwingend eines Zertifikats bedurfte.
- 35 Die Klägerin verhielt sich vertragsgemäss, indem sie die Restsumme vor Ablauf der absoluten Frist und trotz Fehlen eines Abnahmezertifikates vornahm. Die Beklagte kann sich namentlich nicht entlasten, indem sie das dem vertraglichen Vertrauensverhältnis angemessene und kulante, lediglich auf Schuldanerkennung ausgerichtete, Verhalten der Klägerin in eine Abnahmehandlung umzudeuten versucht (ZGB 8).

3.2 Allfällige Abnahme gemäss RV 13.1

- 36 Die Beklagte behauptet ferner, dass die Anlagen aufgrund des bereits vorgenommenen Endtestlaufs abgenommen und genehmigt seien. Mangels anderer Abrede im EV (RV 13.1) hätte ein Werk nur unter den Voraussetzungen von RV 13 abgenommen werden können. Nach dem erfolgreichen Leistungstest muss ein Abnahmezertifikat von beiden Parteien unterzeichnet werden (RV 13.2). Mit dieser Klausel bedingen die Parteien die dispositive Vorschrift von OR 367 ab (CR CO-CHAIX, Art. 367, N 26). Da das Abnahmezertifikat nie unterschrieben wurde, sind die Voraussetzungen aufgrund dessen konstitutiven Wirkung für eine gültige Abnahme nicht erfüllt. Namentlich macht auch die Beklagte nicht geltend, die Unterzeichnung des Zertifikats sei verweigert worden (RV 13.4). Die Abnahme hat folglich nicht stattgefunden.

3.3 Eventualiter : Allfällige Verwirkung durch Abnahme des Werkes

- 37 Die Beklagte behauptet in grober Verkennung des Vertragswortlauts in ihrer Einleitungsantwort, dass die Anlagen aufgrund des bereits vorgenommenen Endtestlaufes abgenommen und genehmigt seien. In diesem Fall wären die Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegenüber der Beklagten verwirkt.
- 38 Es ist mit der vertraglichen Gewährleistung nicht vereinbar, dass die Gewährleistungsansprüche bei der blossen Abnahme der Anlagen verwirken (RV 13.3). Den Besteller trifft somit keine umfassende Prüfungsobliegenheit sondern er hat während 12 Monaten nach der Abnahme die Möglichkeit Mängel anzuzeigen.
- 39 Die Beklagte stützt sich bei ihrer Behauptung wohl auf die Überweisung der verbleibenden Zahlung in Höhe von EUR 360'000. Es hätte also eine Abnahme und somit aus ihrer Sicht eine Genehmigung des Werkes bereits am 02.01.11 stattgefunden. RV 13.3 besagt, dass die Auftragnehmerin nach Abnahme von all ihren Verpflichtungen befreit wird, ausgenommen die Verpflichtung zur Gewährleistung. Die Abnahme des Werkes hat also lediglich einen Einfluss auf die *Dauer* der Gewährleistung.

3.4 Allfälliger Ausschluss der Haftung nach RV 17.4 und 17.9

- 40 Nach RV 17.4 wird die Beklagte von ihrer Zahlungspflicht befreit, wenn der Mangel auf unangemessene Lagerung oder unangemessenen Gebrauch durch die Auftraggeberin zurückzuführen ist. Blosser Befürchtungen des Falles (B-4) können mitnichten als Beweis dienen. Das Bewegen der Anlage erreicht nicht die Intensität eines unangemessenen Gebrauchs i.S.v RV 17.4. Eine entsprechende Qualifizierung des fraglichen, geringfügigen und unstrittig nicht schadenskausalen Verhaltens, würde dem Sinn der Klausel widersprechen und keinesfalls die äusserst einschneidende vollständige Verwirkung der Gewährleistungsansprüche rechtfertigen. Die Beklagte geht denn auch nicht weiter darauf ein. Hätte die von der Beklagten angeforderte Inspektion (Verfahrensbeschluss 2, N 2) einen für sie günstigen Befund ergeben, hätte sie dies zweifellos in ihrer Einleitungsantwort angeführt.
- 41 Die Beweislast liegt bei der Beklagten. Sie kann nicht belegen, dass die Klägerin oder die MECC die Anlage anderweitig unsachgemäss behandelt hätten. Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe entgegen dem Verbot der Beklagten (K-8) die Zentralgetriebe ohne ihre Anwesenheit getestet

(B-5) ist nicht haltbar. Die Klägerin wies die Beklagte auf den Zeitdruck hin. Sie forderte per sofort einen neuen Service-Techniker an (K-9). Obwohl die Beklagte darauf nicht reagierte, wartete die Klägerin sogar den von Herrn Fallet selbst gesetzten Rückkehrtermin ab (K-8). Erst nach Abwarten eines weiteren Tages führte die Klägerin schliesslich den Kalttestlauf durch.

42 Gemäss RV 17.9 ist die Beklagte von ihrer Haftung befreit, wenn die Klägerin ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen ist. Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin die Anlage nicht vertragsgemäss vorbereitet hatte, um die Montage rechtzeitig beginnen können (B-4). Die Beklagte kann verspäteten Beginn nicht als Rechtfertigung für ihre unsorgfältige Vertragserfüllung anführen, zumal sie selbst monatelange Lieferverzögerungen zu verantworten hatte. Ausserdem stellen 8 Tage über den gesamten Zeitraum betrachtet eine sehr geringfügige, keinesfalls schadensrelevante Verzögerung dar. Schliesslich hat sie es unterlassen, der Klägerin oder der MECC diese Verzögerung zu rügen.

43 *Es liegen keine Haftungsausschlussgründe vor, weder nach RV 17.4 noch nach RV 17.9.*

3.5 Verjährungen

3.5.1 Verjährung der Gewährleistungsansprüche

44 Die Verjährung ist dispositiver Natur (OR 29 e contrario). Sie wurde i.c. im RV geregelt. Gemäss RV 17.2 haftet die Beklagte 12 Monate nach Abnahme bzw. 36 Monate nach Ablieferung. Da die Abnahme nie stattgefunden hat (Rz. 36), ist die Frist von 36 Monaten nach Ablieferung anwendbar. Seit der Ablieferung der Anlage sind gerade lediglich 17 Monate vergangen. Die Gewährleistungsansprüche sind somit nicht verjährt. Selbst wenn die Abnahme mit Ende des Endtestlaufes (26. 12. 10, Einleitungsanzeige, N 18) erfolgt wäre, wären noch nicht 12 Monate verstrichen (vgl. K-11).

3.5.2 Verjährung des Bereicherungsanspruches

45 Mangels rahmenvertraglicher Regelung gelangen die gesetzlichen Fristen von einem Jahr (relativ) bzw. 10 Jahren (absolut) zur Anwendung. Die Frist beginnt mit der Kenntnis des Entreicherten von seinem Anspruch (OR 67 I). Die MECC selbst als Verrechnende erfuhr die genaue Höhe der Forderungen erst am 15.02.12 bzw. 18.02.12. Mit der Anleitungsanzeige vom 11.01.12 wurden die Fristen damit jedenfalls gewahrt.

3.5.3 Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus Vertrag

- 46 Positive Vertragsverletzungen verjähren immer gemäss OR 127, auch wenn im konkreten Vertrag eine andere Regelung getroffen wurde (BGE 111 II 170, E. 2). Die zehnjährige Frist wurde gewahrt.

4 Vertragsstrafe

- 47 Die Beklagte führte die Reparaturen im Rahmen der Gewährleistung mit Verspätung von über sechs Monaten aus. Sie schuldet der Klägerin die Zahlung der Vertragsstrafe in Höhe von 3% des Gesamtvertragspreises, also EUR 108'000.

4.1 Vertragliche Grundlage

- 48 Wie unter 2.2 ausgeführt ist für die Reparaturen als Gewährleistungsfall der RV anwendbar. Dass die Beklagte die Klägerin ebenfalls als Vertragspartei erachtete, zeigt auch die Beschränkung ihrer Argumentation auf die Behauptung fehlenden Verschuldens ihrerseits. Mangels besonderer werkvertraglicher Normen für die Vertragsstrafe (COUCHEPIN, N 1286) sind die rahmenvertraglichen Regeln von RV 17.3 ff. i.V.m. 14.1 ff. sowie die allgemeinen Vorschriften nach OR 160-163, insbesondere OR 163 II anwendbar.

4.1.1 Bedingungseintritt

- 49 Die Konventionalstrafe wird geschuldet, sobald die als *Nichterfüllung* oder *nicht richtige Erfüllung* vertraglich vereinbarte Bedingung eintritt (BSK OR – EHRAT, Art. 160, N 14). Nach RV 17.3 gerät der Auftragnehmer in den Verzug, sobald die Reparaturdauer drei Wochen überschreitet. Bei diesem vertraglich geregelten Schuldnerverzug wird gemäss OR 102 die versprochene Leistung nicht zum geschuldeten Zeitpunkt erbracht, obwohl sie noch möglich wäre (vgl. BSK OR – WIEGAND, Vorbemerkung zu Art. 102-109, N 2). Vorausgesetzt wird somit die pflichtwidrige Nichtleistung, obwohl der Schuldner für diese fällige und durchsetzbare Forderung in Verzug gesetzt wurde (GAUCH/SCHLUEP/EMENEGGER, N 2657). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (OR 102 II).
- 50 Die Vollmacht zugunsten der MECC umfasste, wie früher ausgeführt, namentlich nicht eine Vertragsänderung, sondern war auf die Regelung der unmittelbar notwendigen Reparaturmodalitäten beschränkt. Eine Vereinbarung zwischen der MECC und der Beklagte bezüglich einer eventuel-

len Verlängerung der Reparaturfristen untersteht OR 38 I und bindet mangels Genehmigung die Klägerin mitnichten. Schliesslich lässt der Wortlaut von RV 14.1 keine Zweifel daran, dass die Vertragsstrafe selbst für solche Fälle von Fristverlängerung vorgesehen ist. Nach RV 14.3 werden je vollendete Verzugswoche 0.5% des Gesamtvertragspreises geschuldet, wobei das Strafmaximum nach sechs Wochen erreicht wird. Selbst die Beklagte anerkennt, dass sich die Reparatur über mehrere Monate erstreckte (Einleitungsantwort, N 27), womit die Bedingung eingetreten ist. Um pünktlich zu leisten, hätte die Beklagte nämlich die Reparaturarbeiten spätestens am 29.07.11, also drei Wochen nach der Aufforderung (08.07.11) seitens der MECC, das Zentralgetriebe II zu reparieren (OR 77 I 2), eventualiter nach dem 22.08.11, also 3 Wochen nach der Bestätigung der Reparaturfertige (Einleitungsantwort, N 26) abschliessen müssen. Der Verzug beträgt damit 31, eventualiter 27 Wochen. Da eine Frist vorgesehen wurde, war eine Mahnung für den Verzugseintritt entbehrlich. Da die Klägerin all ihren Verpflichtungen nachgekommen ist, stand der Beklagten auch kein Leistungsverweigerungsrecht zu (BSK OR – EHRAT, Art. 160, N 16). Das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Vertragsstrafe bestreitet die Beklagte denn auch nicht (Einleitungsantwort, N 27 / 30).

4.1.2 Verschulden

- 51 Die Beklagte behauptet, sie sei zur Bezahlung der Vertragsstrafe nicht verpflichtet, da sie kein Verschulden bezüglich des entstandenen Schadens an der Anlage II treffe (Einleitungsantwort, N 30). Diese Behauptung wurde bereits widergelegt (Rz. 28 f.). Die Lehre fordert teilweise in Analogie zu OR 163 II i.V.m. 160 I ein Verschulden (a.A.: KOLLER, § 55, N 21). Aus dem Wortlaut der Bestimmung ist weder ersichtlich noch sachlich gerechtfertigt, dass ein Verschulden beim Verzug der Beklagten verlangt wird, dient doch eine solche Klausel gerade dazu, den Schuldner unter allen Umständen zur fristgemässen Leistung anzuhalten. Ein konkludenter Parteiwille kann das Erfordernis wegbedingen.
- 52 Die Parteien haben bei höherer Gewalt die Vertragsstrafe ausgeschlossen (RV 14.2). Hätte es dem gemeinsamen Willen der Partei entsprochen, die Vertragsstrafe bei mangelndem Verschulden auszuschliessen, so hätten sie dies in RV 14.2 vorgesehen. Ein solcher Ausschlussgrund wurde aber nicht vereinbart. Die vorliegende Klausel hat Garantiefunktion. Die Verzugs Klausel zur Reparatur

gelangt erst zur Anwendung, wenn überhaupt ein Garantiefall vorliegt. Die Wiederherstellung des vertraglich zugesicherten, also ungeachtet allfälligen Verschuldens geschuldeten, Zustands kann nicht voraussetzungsreicher sein als dessen erstmalige Herbeiführung. Auch die Formulierung von 17.3 „sofern die Reparatur länger als 3 Wochen dauert, wird dies als Verzug behandelt“ zeigt dies. Entscheidend ist das Interesse der Gläubigerin an der Restitution des vertragsmässigen Zustands. Ein fehlendes Verschulden kann die Beklagte ohnehin nicht nachweisen. Die Beklagte bringt nur vor, dass die Lieferfristen „lang“ waren, erachtete diese nachweislich als noch im von ihr erwarteten Rahmen liegend und nicht durch unvorhersehbare Ereignisse überraschend verlängert. (vgl. Einleitungsantwort, N 27).

- 53 Schliesslich kann sie nicht im Nachgang zu ihrer Entlastung anführen, dass sie die Frist zu kurz sei, wenn sie sich dazu freiwillig verpflichtete. Sollte die Behauptung der Beklagten, die Lieferverzögerungen seien ursächlich für die Reparaturverzögerungen, einen - reichlich vagen - Verweis auf RV 14.2 darstellen, ist auch dies zu verneinen. Drittverschulden ist bei fehlender Zurechnung als Hilfspersonenverhalten mitnichten höhere Gewalt, welche mangels vertraglicher Definition ein „unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unwiderstehlicher Kraft von aussen hereinbricht“ (BGE 111 II 429, E. 1b) darstellt, sind doch Lieferverzögerungen alltäglicher Handelsumstand. Als Expertin in der Herstellung weiss die Beklagte sehr wohl um die Möglichkeit und Dauer von Lieferverzögerungen. Auch die Berufung auf Ersatz statt blosser Reparatur der Bestandteile vermag nicht zu überzeugen. Relevant ist nicht die Art der Reparatur, sondern die Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit. Die Entlastung der Beklagten widerspräche dem ausdrücklichen Vertrag, wo von Reparatur *und Auswechslung* die Rede ist. RV 14.5 schliesst die Konventionalstrafe bei offensichtlich ausgebliebenen Kosten, Ausgaben und Schäden sowie nicht bewirkter Verzögerung aus. Das Vorliegen einer solchen Ausnahme versäumt die Beklagte zu belegen. Ob der Verweis in RV 17.3 den Katalog von in diesem Lichte teils sachfremden Ausnahmen des 14.5 überhaupt erfasst, erscheint äusserst fraglich. Die bereits erfolgte Inbetriebnahme kann beispielsweise nicht mehr verzögert werden. Eventualiter besteht der Schaden unstrittig im Produktionsausfall für die drei Wochen überschreitende Dauer der Reparatur. Die Konventionalstrafe kann nach OR 160 II zusätzlich zur Erfüllung gefordert werden. Eventualiter ist die Konventionalstrafe nicht übermässig. Es müsste

ein rechts- und billigkeitswidriges Missverhältnis zwischen Strafhöhe und gesicherter Leistung bestehen (BGE 133 III 43, E 3.3.1). Drei Prozent entsprechen dem Branchenstandard (LE GOFF, S.162). Formvorschriften sind keine ersichtlich und jedenfalls erfüllt, da die Klausel im RV in dessen Form enthalten ist (K-1).

4.1.3 Untergang durch Verzicht

- 54 Es darf keine vorbehaltlose Annahme vorliegen, die den Untergang der Konventionalstrafe bewirkt hätte (BGE 97 II 350, E. 2a; OFK OR - STAFFELBACH, Art. 160, N 15 f.). Die Verspätungsstrafe ist nach OR 160 II kumulativ mit der Erfüllung des Vertrages geltend zu machen. Nur ein ausdrücklicher Verzicht des Gläubigers oder deren vorbehaltlose Annahme kann den Untergang der Verspätungsstrafe bewirken. Die Klägerin hat einen entsprechenden Verzicht nie kundgetan. Was die vorbehaltlose Annahme angeht, obliegt sie im Normalfall der Klägerin, kann aber durch deren Stellvertreter ausgeübt werden (COUCHEPIN, N 1612). In einem solchen Fall finden die Regeln von OR 32 ff. Anwendung. Eine gültige vorbehaltlose Annahme könnte nur seitens der MECC ergehen, falls sie dazu ermächtigt war. Der Umfang der Vollmacht bestimmt sich im Innenverhältnis nach Umfang der Vollmachterteilung, im externen Verhältnis nach dem Vertrauensprinzip.
- 55 Wie dargestellt (Rz. 16ff.), umfasste die der MECC erteilte Vollmacht die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten, insbesondere des Nachbesserungsrechts. Ausserhalb der Vertretungsmacht der MECC liegt aber die Befugnis, über die Geltendmachung einer Vertragsstrafe zu entscheiden. Sie hatte daran keinerlei Interesse, da sie aus der Vertragsstrafe nicht berechtigt war. Dies erkannte oder musste die Beklagte erkennen. Eine Erweiterung der Vertretungsbefugnisse im Sinne von OR 33 III kommt nicht in Frage (RV 17.6). Die Beklagte musste erkennen, dass eine solche Vollmacht dem Interesse der Klägerin widersprechen würde (CHK OR – KUT, Art. 33, N 46). Zudem konnte eine solche Vollmacht nicht bereits aus den blossen Umständen, dass die Klägerin Al-Hofuf verlassen hatte, abgeleitet werden. Zudem liegt es im Interesse der Gegenpartei, bei Verpflichtungen von Bedeutung, einen Ausweis über die Ermächtigung zu verlangen (BGE 99 II 39, E. 1). Die Klägerin erfuhr erst durch die Verrechnung über die Reparatur und deren Verzug. In der Folge traf sie sich nach kürzerem Briefwechsel mit der Beklagten. Eine Genehmigung hat also schon deshalb nicht stattgefunden, weil die Klägerin sogleich ihre Ansprüche geltend machte (Einleitungsanzeige, N

30). Die zur Begleichung der Reparaturkosten erfolgte Zahlung hätte also nur insofern eine vorbehaltlose Annahme i.S.v. OR 160 II dargestellt, als die Klägerin genehmigt hätte (OR 38 I), was offensichtlich nicht der Fall war.

56 *Das Verschuldenserfordernis wurde in der einschlägigen Klausel abgedungen. Eventualiter hat die Beklagte den Verzug verschuldet. Es hat zudem keine vorbehaltlose Abnahme stattgefunden.*

4.2 Eventualiter: Verstoss gegen Treu und Glauben gemäss ZGB 2 II

57 Sollte das Schiedsgericht wider Erwarten dennoch zum Ergebnis kommen, dass die Klägerin bezüglich der Reparatur nicht als Vertragspartei anzusehen sei, ist diese Einrede der Beklagten nicht zu berücksichtigen. Dass sich letztere treuwidrig auf eine Sachlage beruft, welche die Klägerin von Gewährleistungsansprüchen ausschliessen sollte, die von der Beklagten zudem mutwillig herbeigeführt wurde, konnte die Klägerin nicht annehmen. Vielmehr durfte sie davon ausgehen, dass sich die Beklagte auch nach Vertragsschluss im Zuge der Erfüllung nach Treu und Glauben und ihrem Vertrauensverhältnis konform verhalten würde (ZGB 2 I). Insbesondere durfte sie annehmen, dass die Beklagte nicht ohne Information der Klägerin mit Offerten an die MECC versuchen würde, sich eine bereits vertraglich geschuldete Leistung erneut vergüten zu lassen. Zudem hat die Beklagte die MECC im Rahmen der Reparaturarbeiten als Vertreterin der Klägerin behandelt.

58 Dass sich die Beklagte auch noch der Geltung der Konventionalstrafe zu entziehen versucht, ist in hohem Masse treuwidrig und widersprüchlich. Es geht nicht an, die Beklagte für ihr Verhalten zu belohnen, indem man sie neben Gewährleistungspflichten auch von jeglichen weiteren vertraglichen Verbindlichkeiten befreit.

59 *Die treuwidrige Einrede der Beklagten, die Klägerin sei nicht Vertragspartei des Reparaturvertrages, ist nicht zu berücksichtigen.*

Namens und im Auftrag der Klägerin

Mit vorzüglicher Hochachtung