

**Moot Court Team 6**

Isabelle Brunner

Sabine Neuhaus

Paula Niedermann

Dominik Rietiker

**Einschreiben**

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der  
Swiss Chambers' Arbitration Institution  
c/o Zürcher Handelskammer

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

12. Dezember 2013

**Klageschrift**

Fall Nr. 987596-2013

**Cementra Design AG**

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

vertreten durch Moot Court Team 6

gegen

**Feller Gear AG**

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

vertreten durch Moot Court Team [...]

**Klägerin**

**Beklagte**

Sehr geehrte Frau Präsidentin, 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.“

**Inhaltsverzeichnis**

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>II</b>
<b>Materialienverzeichnis.....</b>	<b>V</b>
<b>A. Prozessualer Teil.....</b>	<b>1</b>
<b>I. Anwendbares Recht.....</b>	<b>1</b>
<b>II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts.....</b>	<b>1</b>
1. Gültigkeit der Schiedsklausel.....	1
2. Vorrang der rahmenvertraglichen Schiedsklausel.....	2
<b>B. Materieller Teil.....</b>	<b>4</b>
<b>I. Klägerischer Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten aus Werkvertrag.....</b>	<b>4</b>
1. Zustandekommen der Verträge.....	4
2. Vertragsqualifikation.....	5
a) Abgrenzung zum Kaufvertrag.....	5
b) Abgrenzung zum Auftrag.....	6
3. Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung.....	7
a) Vertragliche und gesetzliche Regelung des Nachbesserungsrechts.....	7
b) Geltendmachung des unentgeltlichen Nachbesserungsrechts.....	7
c) Voraussetzungen des unentgeltlichen Nachbesserungsanspruchs.....	8
aa) Werkmangel.....	8
bb) Mängelrüge.....	10
cc) Möglichkeit der Mangelbeseitigung.....	11
dd) Keine übermässigen Verbesserungskosten.....	11
ee) Keine Ausschlussstatbestände.....	12
<b>II. Keine Verwirkung des unentgeltlichen Nachbesserungsanspruchs.....</b>	<b>12</b>
1. Keine Genehmigung des Werks.....	12
2. Kein Ablauf der Garantiezeit.....	14
3. Kein Selbstverschulden der Bestellerin.....	15
<b>III. Eventualiter Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten aus Auftrag.....</b>	<b>17</b>
<b>IV. Klägerischer Anspruch auf Bezahlung der Vertragsstrafe.....</b>	<b>19</b>

**Literaturverzeichnis**

BENTELE ROLAND, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163, Diss. Freiburg 1994

[zit.: Rz. 75]

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006

[zit.: Rz. 3, 5, 45, 57]

BIEGER ALAIN, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, Diss. Zürich 2009

[zit.: Rz. 36]

BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag. Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Diss. St. Gallen 2007

[zit.: Rz. 34, 42, 58]

BSK IPRG, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013

[zit.: Rz. 6, 45]

BSK OR, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011

[zit.: Rz. 12, 17, 24, 33, 38, 71, 75, 77]

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V, Teilband 2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998

[zit.: Rz. 24]

CHK IPRG, FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012

[zit.: Rz. 7, 9]

CHK OR, FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 2012

[zit.: Rz. 14]

COUCHEPIN GASPARD, La clause pénale. Étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich 2008

[zit.: Rz. 75]

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992

[zit.: Rz. 71, 73]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011

[zit.: Rz. 23, 24, 28, 33, 36, 38, 43, 46]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 9. Aufl., Zürich 2008

[zit.: Rz. 14, 21, 69]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012

[zit.: Rz. 27, 67]

KOLLER ALFRED, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998 (zit.: BK OR-KOLLER)

[zit.: Rz. 23]

DERS., Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995 (zit.: KOLLER)

[zit.: Rz. 43, 54, 58, 66]

LAUBE PHILIPP, Die Tragung der Nachbesserungskosten im Bauwerkvertrag, Diss. St. Gallen 2011

[zit.: Rz. 30]

MünchKomm BGB, SÄCKER FRANZ JÜRGEN/RIXECKER ROLAND/OETKER HARTMUT (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl., München 2012

[zit.: Rz. 34, 47]

SIEGENTHALER THOMAS, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen nach schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller (VSM), Diss. Freiburg 2000

[zit.: Rz. 31]

TRACHSEL HERIBERT, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln. Die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung, Diss. St. Gallen 2000

[zit.: Rz. 58]

ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, 2. Aufl., Zürich 2013

[zit.: Rz. 8]

**Materialienverzeichnis****Bundesgerichtsentscheide**

- BGE 22 I 566 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 13. Juni 1896  
[zit.: Rz. 38]
- BGE 42 II 98 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung  
vom 18. Mai 1916  
[zit.: Rz. 57]
- BGE 63 II 180 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
13. Juli 1937  
[zit.: Rz. 54]
- BGE 77 II 154 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
20. Februar 1951  
[zit.: Rz. 12]
- BGE 82 II 142 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
24. März 1956  
[zit.: Rz. 81]
- BGE 97 II 169 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
16. März 1971  
[zit.: Rz. 70]
- BGE 103 II 33 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
5. April 1977  
[zit.: Rz. 24]
- BGE 108 II 194 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
21. September 1982  
[zit.: Rz. 55]

- BGE 109 II 34 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
15. Februar 1983  
[zit.: Rz. 25]
- BGE 111 II 173 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
9. Juli 1985  
[zit.: Rz. 43]
- BGE 115 II 456 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
23. November 1989  
[zit.: Rz. 46]
- BGE 116 II 305 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
6. Juni 1990  
[zit.: Rz. 27]
- BGE 116 II 454 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
19. September 1990  
[zit.: Rz. 58, 66]
- BGE 117 II 259 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
9. Juli 1991  
[zit.: Rz. 23]
- BGE 118 II 149 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
17. Februar 1992  
[zit.: Rz. 31]
- BGE 123 III 35 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
20. August 1996  
[zit.: Rz. 16]

- BGE 127 III 328 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
11. Mai 2001  
[zit.: Rz. 25]
- BGer 4P.135/2002 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
28. November 2002  
[zit.: Rz. 12]
- BGer 4C.5/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
11. März 2003  
[zit.: Rz. 81]
- BGer 4C.143/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
14. Oktober 2003  
[zit.: Rz. 81]
- BGer 4C.282/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
15. Dezember 2003  
[zit.: Rz. 12, 14]
- BGer 4C.297/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
20. Februar 2004  
[zit.: Rz. 30]
- BGer 4C.346/2003 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
26. Oktober 2004  
[zit.: Rz. 28]
- BGer 4C.427/2005 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
6. Mai 2005  
[zit.: Rz. 12]

BGer 4C.36/2005 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
24. Juni 2005  
[zit.: Rz. 79]

BGer 4C.34/2005 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
18. August 2005  
[zit.: Rz. 27, 31]

BGer 4C.130/2006 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. Zivilabteilung vom  
8. Mai 2007  
[zit.: Rz. 34, 38]

### **Urteile weiterer Gerichte**

Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 1.3.1977 = SJZ 77/1981 28  
[zit.: Rz. 71]

BGH Urteil vom 14.5.1998 - VII ZR 184–97 (München) = NJW, Heft 38, 1998, BGH Luft-  
schallschutz gemäss anerkannten Regeln der Technik bei Abnahme, 2814-2815  
[zit.: Rz. 34]

## **A. Prozessualer Teil**

### **I. Anwendbares Recht**

- 1 In diesem Schiedsverfahren stehen sich zwei Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz und in Deutschland gegenüber. Es handelt sich um einen internationalen Sachverhalt, womit ein Fall internationaler Schiedsgerichtsbarkeit vorliegt. Das Lugano-Übereinkommen ist sachlich nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 2 lit. d LugÜ). Das Verfahren richtet sich daher nach dem 12. Kapitel des IPRG. Artikel 182 Abs. 1 IPRG erlaubt Parteien eines schiedsrichterlichen Verfahrens, dieses selber oder durch Verweis auf eine schiedsgerichtliche Verfahrensordnung zu regeln. Von dieser Möglichkeit haben die Parteien in Art. 23.1 Rahmenvertrag (Beilage K-1) Gebrauch gemacht und das Verfahren durch Verweis auf die Internationale Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution, nachfolgend Swiss Rules, geregelt (Verfahrensbeschluss Nr. 1 Ziff. 6).
- 2 Gemäss Art. 187 Abs. 1 IPRG entscheidet das Schiedsgericht die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten materiellen Recht. In Art. 23.3 Rahmenvertrag haben die Parteien das schweizerische Recht unter Ausschluss des CISG und des Haager Kaufrechtsabkommens als das anwendbare Recht bestimmt.

### **II. Zuständigkeit des Schiedsgerichts**

- 3 Grundlage der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ist eine rechtsgültige Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien (BERGER/KELLERHALS, Rn. 260). Das Schiedsgericht entscheidet gemäss Art. 186 Abs. 1 IPRG selbst über seine Zuständigkeit.
- 4 Die Parteien haben in Art. 23.1 Rahmenvertrag die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich vereinbart.

#### **1. Gültigkeit der Schiedsklausel**

- 5 Zu einer gültigen Schiedsvereinbarung ist zunächst die subjektive Schiedsfähigkeit der Parteien erforderlich. Diese liegt vor, wenn die Parteien befähigt sind, eine Schiedsvereinbarung verbindlich abzuschliessen und sie partei- und prozessfähig sind (BERGER/KELLERHALS, Rn. 324). Mangels gegenteiliger Hinweise ist die subjektive Schiedsfähigkeit der Verfahrensparteien vorliegend gegeben.
- 6 Die objektive Schiedsfähigkeit definiert die Arbitrabilität des streitigen materiell-rechtlichen Anspruchs (BSK IPRG-BRINER, Art. 177 N 2). Schiedsfähig sind nach Art. 177 Abs. 1 IPRG alle vermögensrechtlichen Ansprüche. Gegenstand aller im Rechtsbegehren gestellten Ansprüche sind Geldleistungen, womit die Klägerin objektiv schiedsfähige Ansprüche erhebt.

- 7 Des Weiteren muss eine Schiedsvereinbarung materiellen und formellen Anforderungen genügen (CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Art. 176-178 N 16). Gemäss Art. 178 Abs. 2 IPRG ist eine Schiedsvereinbarung materiell gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht. Dass die materiellen Wirksamkeitsanforderungen des schweizerischen Rechts an die Schiedsklausel vorliegen, bestreitet die Beklagte nicht.
- 8 In formeller Hinsicht verlangt das schweizerische Recht für das Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung Schriftlichkeit (Art. 178 Abs. 1 IPRG) und schränkt damit die Formfreiheit von Art. 1 Abs. 1 Swiss Rules ein (ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Art. 1 N 11 Swiss Rules). Mit der schriftlichen Vereinbarung in Art. 23 Rahmenvertrag ist das Erfordernis der Schriftlichkeit gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG erfüllt.
- 9 Die geltend gemachten Ansprüche müssen ausserdem in sachlicher Hinsicht unter die Schiedsklausel fallen. An letztere müssen beide Parteien zudem gebunden sein (CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Art. 182-186 N 25). Der objektive Geltungsbereich von Art. 23.1 Rahmenvertrag umfasst die Rechtsbegehren der Klägerin. Da der Rahmenvertrag von denselben Parteien geschlossen wurde, welche Parteien dieses Schiedsverfahrens sind, fallen die Rechtsbegehren der Klägerin auch in den subjektiven Geltungsbereich der Schiedsklausel.
- 10 Artikel 23 Rahmenvertrag erfüllt alle Gültigkeitsvoraussetzungen einer Schiedsklausel, womit dieser die Zuständigkeit des zürcherischen Schiedsgerichts zur Beurteilung der eingeklagten Ansprüche begründen kann.

## **2. Vorrang der rahmenvertraglichen Schiedsklausel**

- 11 Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit der Schiedsklausel in Art. 23.1 Rahmenvertrag auf das vorliegende Verfahren und erachtet gestützt auf Art. 18 ihrer AGB (Beilage B-1) ein nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) konstituiertes Schiedsgericht mit Sitz in München als zuständig. Die AGB der Beklagten gelten gemäss deren Art. 1.1 für alle internationalen Verträge der Feller Gear AG und wären grundsätzlich auf den Vertrag mit der schweizerischen Cementia Design AG anwendbar. Die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB würde die vorliegend streitigen Ansprüche in sachlicher Hinsicht umfassen. Wie nachfolgend dargelegt wird, hat jedoch die Schiedsklausel nach Art. 23.1 Rahmenvertrag Vorrang.
- 12 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Vertragsbestimmungen, die zwischen den Parteien nicht individuell verhandelt werden, sondern von einer Seite im Hinblick auf eine Vielzahl gleichartiger Verträge vorformuliert werden und daher eine rasche Vertragsabwicklung er-

möglichen (BGer 4P.135/2002 E. 3.1). Damit AGB in einem konkreten Vertrag Geltung entfalten, müssen sie zum Vertragsbestandteil erhoben werden (BSK OR-BUCHER, Art. 1 N 52). AGB können ausdrücklich oder stillschweigend in Verträge einbezogen werden (BGer 4C.282/2003 E. 3.1). Bei der sog. Globalübernahme wird auch dann rechtsgültig in AGB eingewilligt, wenn diese vorher nicht gelesen wurden (BGer 4C.427/2005 E. 2.1). Es muss der zustimmenden Partei jedoch möglich gewesen sein, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen (BGE 77 II 154 E. 4).

- 13 Die Klägerin wurde auf dem Bestellschein vom 13. November 2008 (Beilage K-2) auf das Bestehen von AGB der Beklagten hingewiesen. Auf entsprechende Anfrage der Klägerin wurden ihr in der Folge die AGB ausgehändigt (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7) und am 17. November 2008 zusätzlich per E-Mail zugestellt (Beilage B-3). Der Klägerin war es somit bei Vertragsschluss am 16. November 2008 möglich und zumutbar, von den AGB der Beklagten Kenntnis zu nehmen. Die AGB wurden daher gültig in den Einzelvertrag CDAG GETR-002-2008 einbezogen.
- 14 Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind jedoch von der Globalübernahme jene Klauseln der AGB ausgeschlossen, mit welchen der Vertragspartner nicht gerechnet hat und nach dem Vertrauensprinzip auch nicht rechnen musste (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1141). Auch für Branchenkenner können AGB-Klauseln inhaltlich oder aufgrund vorhergehender Vertragsverhandlungen ungewöhnlich sein (CHK OR-KUT, Art. 1 N 53). Grundsätzlich ist die globale Übernahme von Schiedsklauseln in sinngemässer Anwendung der Regeln zu den Gerichtsstandsklauseln möglich (BGer 4C.282/2003 E. 3.1).
- 15 Die Klägerin musste und konnte nicht damit rechnen, dass die Beklagte so kurze Zeit nach Abschluss des Rahmenvertrags am 12. Oktober 2008 die Zuständigkeit eines anderen Schiedsgerichts einseitig in ihren AGB vorsieht. Es widerspräche Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 2 Abs. 1 ZGB), wenn der Klägerin ohne Rücksprache schon im ersten Einzelvertrag nach Abschluss des Rahmenvertrags der heimische Gerichtsstand entzogen würde. Dies wäre zusätzlich weder in verfahrensökonomischer noch in materieller Hinsicht sinnvoll, da gemäss Art. 18.5 AGB auch vor einem Münchner Schiedsgericht Schweizer Recht zur Anwendung käme. Aus diesen Gründen ist die Schiedsklausel in Art. 18 AGB auch für die branchenerfahrene Klägerin ungewöhnlich und damit nicht übernommen worden.
- 16 Selbst im Falle der Übernahme von AGB erlangen diese keine Geltung, wenn die Parteien abweichende individuelle Abreden getroffen haben, da diese in jedem Fall vorgehen (BGE 123 III 35 2c bb). Vorstehende allgemein gültige Regel ist auch in Art. 1.3 AGB der Beklagten enthalten. Danach bleiben den AGB im Einzelfall entgegenstehende schriftliche Vereinba-

rungen im Vertrag vorbehalten. Selbst wenn die Schiedsklausel für die Klägerin nicht als ungewöhnlich erachtet wird, wird sie durch eine entgegenstehende schriftliche Vereinbarung der Parteien verdrängt. Auch die Schiedsklausel im Rahmenvertrag stellt eine entgegenstehende individuelle Abrede i.S.v. Art. 1.3 AGB dar. Ob der Begriff „Vertrag“ in Art. 1.3 AGB auch den Rahmenvertrag umfasst, ist durch Auslegung zu ermitteln.

17 Bei der Auslegung von AGB ist die Unklarheitenregel zu beachten, nach welcher sich der Verwender von AGB Unklarheiten entgegenhalten lassen muss (BSK OR-BUCHER, Art. 1 N 59). Da die Auslegung von Art. 1.3 AGB nicht eindeutig ergibt, ob der Rahmenvertrag unter den Begriff „Vertrag“ fällt, ist die Bestimmung zugunsten der Klägerin auszulegen. Hätte die Beklagte gewollt, dass nur Einzelverträge individuelle Vereinbarungen i.S.v. Art. 1.3 AGB darstellen, hätte sie dies explizit zum Ausdruck bringen müssen. Folglich stellt die Schiedsklausel in Art. 23.1 Rahmenvertrag eine entgegenstehende individuelle Abrede dar, welche Art. 18.1 AGB vorgeht.

18 Das zürcherische Schiedsgericht ist für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig.

## **B. Materieller Teil**

### **I. Klägerischer Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten aus Werkvertrag**

#### **1. Zustandekommen der Verträge**

19 Im Hinblick auf eine langfristige Geschäftsbeziehung haben die Cementia Design AG und die Feller Gear AG am 12. Oktober 2008 gültig einen Rahmenvertrag abgeschlossen, welcher die allgemeinen Rechte und Pflichten der Parteien regelt. Am 16. November 2008 haben sich Klägerin und Beklagte im Einzelvertrag über die Herstellung und Lieferung von zwei Zentralgetrieben inklusive Zubehör sowie den technischen Service während der Montage und Inbetriebnahme geeinigt, womit ein Konsens i.S.v. Art. 1 Abs. 1 OR vorliegt. Durch den Austausch von Bestell- und Leistungsschein, welche die gemäss Art. 2.2-2.5 Rahmenvertrag notwendigen Vertragspunkte enthalten, haben die Parteien auch die in Art. 2.2 Rahmenvertrag vorbehaltene Form (Art. 16 Abs. 1 OR) erfüllt. Auch der Einzelvertrag ist somit gültig zustande gekommen. Die Beklagte bestreitet die Gültigkeit beider Verträge nicht.

20 Der Einzelvertrag über die Zentralgetriebe wurde von der Klägerin aufgrund ihrer werkvertraglichen Verpflichtung gegenüber der Middle East Cement Company (nachstehend „MECC“) zum Neubau eines Zementwerks geschlossen. Zwischen der MECC und der Beklagten besteht keine direkte Vertragsbeziehung. Im Verhältnis zur MECC ist die Beklagte somit Subunternehmerin. Die Beklagte leistete den technischen Service auf dem Gelände der MECC in Al-Hofuf und kam so mit Letzterer in Kontakt.

## 2. Vertragsqualifikation

21 Die rechtliche Vertragsqualifikation verlangt die Auslegung der Bestandteile des Vertrags. Massgebend ist der tatsächlich übereinstimmende, wirkliche Wille der Parteien (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn. 1200) und nicht eine im Vertrag gewählte Bezeichnung (Art. 18 Abs. 1 OR).

22 Die Hauptleistungspflichten der Beklagten umfassen zunächst die Herstellung der zwei Zentralgetriebe und deren Ablieferung in Dammam, anschliessend die Beaufsichtigung und Instruktion der Montagearbeiten sowie der Inbetriebnahme der Anlagen in Al-Hofuf. Diese Zentralgetriebe sind Arbeitsergebnisse und fallen als solche unter den Werkbegriff des Werkvertragsrechts. Demgegenüber besteht die Hauptleistungspflicht der Klägerin in der Entrichtung des Gesamtvertragspreises. Indem sich die Beklagte zur Herstellung eines Werks und die Klägerin zur Leistung einer Vergütung verpflichtet haben, liegen die essentialia negotii eines Werkvertrags i.S.v. Art. 363 OR vor.

### a) Abgrenzung zum Kaufvertrag

23 Ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium zwischen Werk- und Kaufvertrag ist das Werteverhältnis von Arbeitsleistung und Sachlieferung (BK OR-KOLLER, Art. 363 N 121). Während der Verkäufer nur eine Pflicht zur Übereignung der künftigen Sache trifft (BGE 117 II 259 E. 2.1), ist die Herstellungspflicht des Werkunternehmers eine einklagbare Hauptpflicht (GAUCH, Rn. 127).

24 Für die Klägerin stand der individualisierte Herstellungsprozess im Vordergrund. Sie hat die Beklagte aufgrund ihrer spezifischen Fachkenntnisse im Bereich der Herstellung und Entwicklung von Komponenten der Antriebstechnik und Prüfsystemen von Getrieben als ihre Vertragspartnerin ausgesucht. Dass es der Bestellerin nicht gleichgültig war, wer das Werk herstellt und ob es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits existierte, spricht gegen die Qualifikation des Vertrags als Kauf einer zukünftigen Sache. Die Anfertigung der Zentralgetriebe nach den individuellen Bedürfnissen der Klägerin sowie die konkreten Anpassungen der Getriebebestandteile, die anlässlich des Meetings vom 12. Oktober 2008 (Beilage K-3) gemäss den ausgeschriebenen Voraussetzungen der MECC vereinbart wurden, lassen ebenfalls auf einen Werkvertrag schliessen. Typisch ist auch die damit verbundene Möglichkeit der Bestellerin, auf den Herstellungsprozess Einfluss zu nehmen (GAUCH, Rn. 128). Die Grob- und Detailplanung von mehrmonatiger Dauer (Terminplanung gemäss Beilage K-4, Anhang II) wäre bei der Herstellung eines Standardprodukts nicht notwendig gewesen. Eine Sache, die eigens für den Besteller angefertigt wird und sonst nicht oder nur schwer verwen-

det werden kann, ist Gegenstand eines Werkvertrags und nicht eines Kaufvertrags (BGE 103 II 33 E. 2a; ZK OR-BÜHLER, Art. 365 N 12). Die Zentralgetriebe können aufgrund ihrer speziellen Ausführung nur in der Zementproduktionsanlage Ain Dar und in keiner anderen Anlage eingebaut werden. Da auch bei serienmässig fabrizierten Sachen ein Werkvertrag vorliegen kann (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Vor Art. 363-379 N 9), schliesst die Serienmässigkeit der Grundelemente der Zentralgetriebe eine werkvertragliche Qualifikation nicht aus. Überdies indiziert die vertragliche Einräumung eines Nachbesserungsrechts das Vorliegen eines Werkvertrags (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 23). Dieses Indiz für einen Werkvertrag findet sich in Art. 17.3 Rahmenvertrag. In Anbetracht dessen, dass die Beklagte auch den Stoff für das Werk geliefert hat, ist die Herstellung der Zentralgetriebe als Werklieferungsvertrag i.S.v. Art. 365 Abs. 1 OR zu qualifizieren.

#### **b) Abgrenzung zum Auftrag**

- 25 Im Gegensatz zum Unternehmer, der einen bestimmten Erfolg in Form eines Werks schuldet (obligation de résultat), ist der Beauftragte lediglich zu einem sorgfältigen Tätigwerden verpflichtet (obligation de moyens; BGE 127 III 328 E. 2a). Ob neben der Werkherstellung auch die Beaufsichtigung und Instruktion der Montage sowie der Inbetriebnahme der Anlagen als Erfolg versprochen werden kann, hängt von der Überprüfbarkeit des Arbeitserfolgs anhand objektiver Kriterien ab (BGE 127 III 328 E. 2c). Das Vorliegen eines unkörperlichen, geistigen Werks hindert die Annahme eines Werkvertrags nicht (BGE 109 II 34 E. 3b).
- 26 Die Beklagte hat gemäss Einzelvertrag (Beilage K-4, Anhang I lit. E. Ziff. 3) sicherzustellen, dass sowohl die Montage wie auch die Inbetriebnahme der Anlagen den technischen Anforderungen genügen. Ihre Arbeitsergebnisse lassen sich durch Leistungstests objektiv überprüfen. Folglich können die Leistungspflichten der Beklagten als Erfolg versprochen werden. Dies entspricht auch Art. 5.4 Rahmenvertrag, wonach eine im Vertragswerk qualitativ, quantitativ oder auf andere Weise bestimmte Leistung stets als Ergebnis oder Resultat zu erbringen ist. Derartige Konkretisierungen der Leistungspflicht finden sich im Vertragswerk. Einerseits wurde die Montageüberwachung quantitativ bestimmt, indem die Parteien im Einzelvertrag 960 Stunden technischen Service in Al-Hofuf vereinbart haben. Andererseits wird durch die Verweisung auf Betriebsstandards in Art. 5.3 Rahmenvertrag die Leistung in qualitativer Hinsicht bestimmt. Die Annahme eines Werkvertrags entspricht auch dem Willen der Parteien, da sie für etwaige Zweifelsfälle der Zuordnung in Art. 5.1 Rahmenvertrag vorgesehen haben, dass Ergebnisse und Resultate geschuldet sind. Folglich ist der gesamte Leistungskatalog der Beklagten als Erfolg im Rahmen eines Werkvertrags geschuldet.

### **3. Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung**

#### **a) Vertragliche und gesetzliche Regelung des Nachbesserungsrechts**

27 Der Besteller hat bei Vorliegen eines Werkmangels einen gesetzlichen, verschuldensunabhängigen Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung aus Art. 368 Abs. 2 OR. Die werkvertraglichen Mängelrechte schliessen die Berufung auf die allgemeine vertragliche Haftungsgrundlage von Art. 97 Abs. 1 OR aus (BGer 4C.34/2005 E. 4.2.2). Es steht den Parteien frei, die Gewährleistungshaftung unter Vorbehalt von Art. 100 OR und Art. 199 OR analog wegzubedingen (HUGUENIN, Rn. 3155). Vorliegend haben sich die Parteien nicht von ihrer Haftung freigezeichnet, sondern Fälle der Gewährleistung in Art. 17 Rahmenvertrag explizit geregelt. Aufgrund der dispositiven Natur der gesetzlichen Gewährleistungsrechte gehen individuelle Vereinbarungen vor (BGE 116 II 305 E. 3a). Die Beklagte hat sich in Art. 17.3 und 17.4 Rahmenvertrag verpflichtet, in jedem Fall die zur Behebung eines Mangels nötigen Reparaturarbeiten auszuführen. Welche Vertragspartei die dabei entstehenden Kosten zu tragen hat, hängt davon ab, worauf der Mangel zurückzuführen ist. Die Reparaturkosten gehen gemäss Art. 17.3 Rahmenvertrag zu Lasten der Beklagten, wenn deren Werk mit einem Mangel i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR behaftet ist.

#### **b) Geltendmachung des unentgeltlichen Nachbesserungsrechts**

28 Gemäss h.L. ist das Nachbesserungsrecht ein Gestaltungsrecht (GAUCH, Rn. 1702 f.). Wird es durch einseitige, empfangsbedürftige und formlose Willenserklärung ausgeübt, entsteht ein Anspruch auf unentgeltliche Leistung der Nachbesserung (BGer 4C.346/2003 E. 4.2.1). Nachdem die MECC die Beklagte am 8. Juli 2011 per Fax (Beilage K-10) zur Beseitigung des Schadensfalls aufgefordert hatte, nahm diese die erforderlichen Reparaturarbeiten vor. Die Nachbesserung, die von der Beklagten unabhängig von der Kostentragung zu erfolgen hat (Art. 17.3 und 17.4 Rahmenvertrag), fand damit statt. Diese erfolgte jedoch nicht unentgeltlich. Die Beklagte hat die Reparaturkosten der MECC in Rechnung gestellt, woraufhin diese am 18. Mai 2012 die Kosten mit offenstehenden Rechnungen der Klägerin verrechnet hat.

29 Mit der Einleitungsanzeige vom 11. Januar 2013 übt die Klägerin das ihr zustehende Gestaltungsrecht aus und macht ihren Anspruch auf Unentgeltlichkeit der Nachbesserung geltend. Dass die Beklagte mit der MECC ohne Wissen der Klägerin einen Reparaturvertrag abgeschlossen hat und die Nachbesserung tatsächlich schon erfolgt ist, ändert am Bestehen dieses Anspruchs nichts.

30 Die Verbesserungskosten sind kein Mangelfolgeschaden i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR, sondern werden vollständig vom Mängelrecht der Nachbesserung umfasst (LAUBE, Rn. 17; BGer 4C.297/2003 E. 2.1).

### **c) Voraussetzungen des unentgeltlichen Nachbesserungsanspruchs**

#### **aa) Werkmangel**

31 Die Geltendmachung von Mängelrechten nach Art. 368 OR setzt die Mangelhaftigkeit des Werks im Zeitpunkt der Ablieferung voraus (BGer 4C.34/2005 E. 5.1). Die Ablieferung des Werks setzt dessen Vollendung voraus (BGE 118 II 149 E. 4). Durch Auslegung des Vertrags ist zu ermitteln, ob ein Zeitpunkt vor Ablieferung des fertig montierten Werks vereinbart wurde, in dem die Mangelhaftigkeit des Werks beurteilt werden soll (SIEGENTHALER, Rn. 36).

32 Die Parteien bezeichnen die Lieferung der Zentralgetriebe nach Damman am 2. Februar 2010 als „Ablieferung“ (Einleitungsanzeige Ziff. 12; Beilage K-7). Zu diesem Zeitpunkt war das Werk allerdings noch nicht vollendet, weil der zur Vollendung notwendige technische Service von der Beklagten noch nicht erbracht wurde. Am 2. Februar 2010 war eine Prüfung des Werks auf allfällige Mängel durch die Klägerin weder möglich noch vertraglich vorgesehen. Gemäss Art. 11.1 Rahmenvertrag ist die Montage erst mit der Durchführung des Kalttestlaufs beendet und damit das Werk vollendet. Der Kalttestlauf fand am 14. September 2010 statt (Einleitungsanzeige Ziff. 17). Die Vollendung und damit die Ablieferung des Werks gemäss Art. 367 Abs. 1 OR erfolgte an ebendiesem Datum. Der 14. September 2010 ist folglich der für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit des Werks relevante Zeitpunkt.

33 Mangelhaft ist ein Werk dann, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder in guten Treuen voraussetzbare Eigenschaften fehlen (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 9). Vorausgesetzt werden können sowohl die Normalbeschaffenheit als auch die Gebrauchstauglichkeit des Werks (GAUCH, Rn. 1406).

34 Normalbeschaffenheit ist gegeben, wenn das Werk kunstgerecht ausgeführt wurde und mindestens den anerkannten Regeln der Technik entspricht (BGer 4C.130/2006 E. 3.1). In Art. 5.3 und 5.5 Rahmenvertrag haben die Parteien darüber hinausgehend vereinbart, dass alle Leistungen gemäss dem aktuellen Stand der Branche und der Technik zu erbringen sind. Bestehen für Leistungen Betriebsstandards, sind auch diese zu beachten. Ob das Werk den aktuellen Regeln der Technik entspricht, beurteilt sich im Zeitpunkt der Ablieferung (BRÄNDLI, Rn. 214). Dies ist dadurch zu rechtfertigen, als sich diese Regeln ständig fortentwickeln. So kann der Stand der Technik bei Vertragsschluss erheblich von demjenigen im Zeitpunkt der Ablieferung abweichen (BRÄNDLI, Rn. 214). Analoges gilt nach dem deutschem BGB. Da-

nach beurteilt sich der Stand der Technik im Zeitpunkt der Fertigstellung und Abnahme des Werks (MünchKomm BGB-BUSCHE, § 633 N 18). Der Besteller kann demnach erwarten, dass vergleichbare und zur gleichen Zeit fertiggestellte Werke dieselben Qualitätsstandards aufweisen (BGH Urteil vom 14.5.1998 - VII ZR 184-97 (München), Grund II. Ziff. 2). Weil die schweizerische Rechtslage in diesem Punkt der deutschen entspricht, konnte diese der Beklagten als AG mit Sitz in Deutschland nicht unbekannt sein.

35 Während der langen Zeitspanne zwischen dem Abschluss des Einzelvertrags am 16. November 2008 und der Ablieferung der vollendeten Zentralgetriebe am 14. September 2010 hat sich die Technik im Bereich der Getriebeteile verändert. Die Beklagte hat gemäss eigenen Angaben im Jahre 2008 eine sog. Ölspritzeinrichtung entwickelt (Einleitungsantwort Ziff. 25), welche im Winter 2009/2010 erstmals bei vergleichbaren Projekten im Nahen Osten eingebaut wurde (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 1). Diese spezielle Ölspritzeinrichtung garantiert aufgrund ihrer Montage am oberen Ende des Zentralgetriebes auch bei Stromausfällen eine jederzeitige Ölschmierung der Zentralgetriebe, da notfalls das Öl allein aufgrund der Schwerkraft nach unten fliesst. Die Beklagte hat am 14. September 2010 ein Zentralgetriebe abgeliefert, welches lediglich mit einem Druckumlaufschmierungssystem ausgestattet war. Bei Stromausfällen, die im Nahen Osten häufig vorkommen, kann aufgrund des Ausfalls der Pumpen keine genügende Schmierölversorgung der Zentralgetriebe gewährleistet werden. Eine Ölspritzeinrichtung hätte den Zentralgetrieben zu mehr Sicherheit verholfen, was auch die Beklagte eingesteht (Einleitungsantwort Ziff. 25). Es ist anzunehmen, dass die Ölspritzeinrichtungen bei den anderen Projekten im Nahen Osten genau aufgrund von Stromausfällen zum Einsatz kamen. Die Klägerin darf darauf vertrauen, dass die Feller Gear AG in ihrer Rolle als Spezialistin in der Entwicklung und Herstellung von Getrieben den aktuellen Stand der Technik kennt und ihre Werke diesem entsprechend herstellt. Insbesondere wurde das Fachwissen der Beklagten mit einer separat ausgewiesenen Know-How Fee vergütet. Es musste der Beklagten bewusst sein, dass der fortgesetzte Betrieb der Anlagen ohne Ölspritzeinrichtung eine ungenügende Ölschmierung und damit massive Schäden zur Folge hat.

36 Die Gebrauchstauglichkeit des Werks beurteilt sich nach dessen Gebrauchszweck (GAUCH, Rn. 1417). Die von der Beklagten herzustellenden Getriebe werden für den Betrieb einer Zementproduktionsanlage im Nahen Osten gebraucht. Die lokalen Verhältnisse am Betriebsort können eine besondere, an diese angepasste Konstruktionsweise erfordern. Die Parteien haben in Art. 17.1 Rahmenvertrag eine Mängelhaftung des Unternehmers vorgesehen, sollte das Werk nicht die nötigen Betriebsfähigkeiten besitzen oder unsachgemäss konstruiert sein. Die Stromzufuhr vor Ort lag im Verantwortungsbereich der MECC und nicht in demjenigen der

Klägerin (Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 4). Um ein zum Gebrauch taugliches Werk abliefern zu können, trifft den Unternehmer die Pflicht gemäss Art. 365 Abs. 3 OR, den Besteller auf Verhältnisse hinzuweisen, welche die gehörige Ausführung des Werks gefährden (BIEGER, Rn. 132). Weder die Bedienungsanleitung noch die Servicetechniker vor Ort haben während der Montagephase auf eine solche Problematik hingewiesen. Selbst als die Beklagte aufgrund der Bauverzögerung anfangs Juli 2010 von den Stromausfällen wusste, hat sie dies weder angezeigt noch entsprechende Anpassungen am Werk vorgenommen. Dass häufige Stromausfälle eine andere Konstruktion der Getriebe erfordern, konnte die Klägerin nicht wissen.

37 Die obigen Ausführungen zeigen, dass das am 14. September 2010 abgelieferte Werk ohne Ölspritzeinrichtung mangelhaft war.

### **bb) Mängelrüge**

38 Den Besteller trifft gemäss Art. 367 Abs. 1 OR die Obliegenheit, das Werk nach Ablieferung zu prüfen und dabei erkennbare Mängel anzuzeigen. Mit der Mängelrüge erklärt der Besteller, dass er das Werk wegen dessen Mangelhaftigkeit nicht akzeptiert und der Unternehmer dafür haften soll (BGer 4C.130/2006 E. 4.2.1). Die Mängelrüge muss sachgerecht substantiiert sein und rechtzeitig erfolgen (BSK OR-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 18). Versteckte Mängel, die bei ordnungsgemässer Prüfung nicht erkennbar waren, sind zur Wahrung der Rügefrist sofort nach deren zu Tage treten anzuzeigen (Art. 370 Abs. 3 OR). Trotz des Substantiiierungsgebots kann im Einzelfall eine allgemein formulierte Mängelrüge genügen, wenn der Schuldner den Inhalt der Mängelrüge eindeutig erkennen kann (BGE 22 I 566 E. 4). Die Mängelrüge bezweckt den Schutz des Unternehmers, welcher so bald wie möglich Gewissheit über eine allfällige Beanstandung erhalten soll (GAUCH, Rn. 2108).

39 Der in der fehlenden Ölspritzeinrichtung bestehende Mangel trat erst am 8. Juli 2011 zu Tage. Wie unter Rz. 28 erwähnt, hat die MECC der Beklagten unmittelbar nach der Ausschaltung des Zementwerks II die vollständige Fehlfunktion des Zentralgetriebes II angezeigt. Der Fax erreichte die Beklagte noch am Tag der Ausschaltung (8. Juli 2011). Die Mängelrüge erfolgte somit fristgerecht.

40 Indem sich die MECC in ihrem Fax auf eine bestehende Garantiezeit berief (Beilage K-10), obwohl sie nicht Vertragspartnerin der Beklagten war, musste Letzterer klar sein, dass die MECC sich auf das Vertragswerk zwischen der Klägerin und der Beklagten bezog. Da die Beklagte gemäss Art. 17.3 und 17.4 Rahmenvertrag in jedem Fall Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen hat, ist es für sie unerheblich, wer ihr den Mangel anzeigt. Indem die Beklagte

ihr Tätigwerden auf Begehren eines vertragsfremden Dritten als „grosszügig“ beschrieb (Einleitungsantwort Ziff. 19), brachte sie ihre Indifferenz hinsichtlich der Person des Rügenden zum Ausdruck. Der Schutzzweck der Mängelrüge, den Unternehmer über eine Beanstandung nicht im Ungewissen zu lassen, wurde damit gewahrt.

41 Die Parteien sprechen in Art. 17.3 Rahmenvertrag lediglich davon, dass die Unternehmerin die Bestellerin über allfällige Mängel „in Kenntnis zu setzen hat“. Wegen der ohnehin zu leistenden Reparaturarbeiten durch die Beklagte können keine hohen Anforderungen an die Substantiierung der Mängelrüge gestellt werden. Der Hinweis der MECC, dass der Schaden wohl auf eine mangelhafte Ölschmierung zurückzuführen sei, genügt dem vorliegend herabgesetzten Substantiierungsmassstab.

### **cc) Möglichkeit der Mangelbeseitigung**

42 Die Mangelbeseitigung muss dem Unternehmer sowohl in objektiver, tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht möglich sein (BRÄNDLI, Rn. 378 ff.). Objektiv betrachtet war es der Beklagten möglich, die Zentralgetriebe zu reparieren, da sie als führende Herstellerin von Getrieben nicht nur über spezifische Fachkenntnisse verfügt, sondern auch am Markt die nötigen Ersatzteile beschaffen kann. Es standen der Mangelbehebung auch keine tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse im Weg.

### **dd) Keine übermässigen Verbesserungskosten**

43 Die Nachbesserung hat nur dann unentgeltlich zu erfolgen, wenn sie dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht (Art. 368 Abs. 2 OR). Die Übermässigkeit der Kosten ist im Verhältnis zum Nutzen des Bestellers an der Mangelbeseitigung zu beurteilen (KOLLER, Rn. 92). Das Bundesgericht erachtet das Kosten-Nutzen-Verhältnis als das einzig relevante Kriterium zur Beurteilung der Übermässigkeit (BGE 111 II 173 E. 5). Die Verbesserungskosten umfassen nicht nur die effektiven Kosten für die Behebung des Mangels, sondern auch allfällige Begleitkosten (GAUCH, Rn. 1755). Folglich fallen neben den Kosten für Reparatur und Ersatzteile auch die Krankkosten für den Aus- und Wiedereinbau des Zentralgetriebes II unter die Nachbesserungskosten. Die Beklagte kann die Übermässigkeit der Krankkosten nicht geltend machen, da sie der Klägerin die Möglichkeit verwehrt hat, kostengünstigere Krane zu beschaffen.

44 Gemessen am grossen Interesse der Klägerin, durch die Mangelbehebung eine mögliche Haftung gegenüber der MECC für den Produktionsausfall so klein wie möglich zu halten, sind die Nachbesserungskosten in Höhe von insgesamt EUR 767'000.00 nicht übermässig.

### **ee) Keine Ausschlussstatbestände**

45 Alle positiven Voraussetzungen für ein unentgeltliches Nachbesserungsrecht der Klägerin sind gegeben. Diese hat damit Anspruch auf Bezahlung von insgesamt EUR 767'000.00 zzgl. Zins zu 5% ab dem 18. Mai 2012 (Art. 104 Abs. 1 OR) durch die Beklagte. Wie unter II. gezeigt wird, liegen auch keine Tatbestände vor, welche den Anspruch der Klägerin ausschliessen. Die Beweislast bestimmt sich im Schiedsverfahren nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht (BSK IPRG-SCHNEIDER Art. 184 N 11). Artikel 24 Abs. 1 der anwendbaren Swiss Rules modifiziert die Beweislastregel der *lex causae* nicht (BERGER/KELLERHALS, Rn. 1204). Rechtshemmende Tatsachen, welche die Beklagte vorbringt, hat sie nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB zu beweisen.

## **II. Keine Verwirkung des unentgeltlichen Nachbesserungsanspruchs**

### **1. Keine Genehmigung des Werks**

46 Im Werkvertragsrecht sind Ablieferung und Abnahme korrelative Begriffe, die den gleichen Vorgang aus den Blickwinkeln des Unternehmers und des Bestellers beschreiben (GAUCH, Rn. 97). Die Parteien können indessen vertragliche Abreden treffen, wonach Ablieferung und Abnahme zeitlich auseinanderfallen (GAUCH, Rn. 107a). Die Abnahme ist klar von der Genehmigung des Werks zu unterscheiden. Mit der Genehmigung i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR erklärt der Besteller seinen Willen, das Werk als vertragsgemäss erstellt gelten zu lassen (BGE 115 II 456 E. 4). Dadurch kann der Besteller seine Mängelrechte hinsichtlich der bei ordnungsgemässer Prüfung erkennbaren Mängel verirken. Die Auslegung des Vertrags kann jedoch ergeben, dass die Parteien den Abnahmebegriff nicht in seiner gesetzlichen Bedeutung verwendet haben, sondern ihn als Genehmigung verstanden haben (GAUCH, Rn. 107a).

47 Klägerin und Beklagte haben für die Abnahme in Art. 13 Rahmenvertrag besondere Regelungen getroffen. Alle Leistungen der Beklagten unterliegen der Abnahme (Art. 13.1 Rahmenvertrag). Gemäss Art. 13.2 Rahmenvertrag gilt die Abnahme als erfolgt, wenn ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind (Art. 13.2.1) oder ein Fall von Art. 13.2.2 vorliegt. Die Auslegung dieser Bestimmung ergibt, dass die Parteien bei Eintritt einer dieser Fälle das Werk als vertragsgemäss erstellt und damit als genehmigt erachten. Sie verstehen also die Abnahme als Genehmigung. Dafür spricht ebenfalls die Tatsache, dass nach dem deutschen BGB die Abnahme des Werks auch dessen Billigung umfasst (MünchKomm BGB-BUSCHE, § 640 N 2). Dass die Feller Gear AG als Gesellschaft deutscher Herkunft unter Abnahme eine Genehmigung versteht, liegt nahe.

- 48 Eine Abnahme i.S.v. Art. 13.2.1 Rahmenvertrag hat nicht stattgefunden. Es wurde zwar am 26. Dezember 2010 ein Endtestlauf durchgeführt (Einleitungsanzeige Ziff. 18), jedoch obliegt die Beurteilung von dessen Testresultaten einer Spezialistin wie der Feller Gear AG. Die Klägerin verfügt nicht über das nötige Fachwissen, um das Ergebnis des Endtestlaufs zu überprüfen. Da der Endtestlauf von keiner Spezialistin begleitet wurde, konnte nicht wie von Art. 13.2.1 Rahmenvertrag für eine Abnahme verlangt gezeigt werden, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind. Ohne beim Testlauf dabei gewesen zu sein, kann die Beklagte dessen Erfolg nicht behaupten. Ausserdem kann die Beklagte von der fristgerechten letzten Teilzahlung der Vergütung nicht auf ein positives Ergebnis des Endtestlaufs schliessen. Das pflichtgemässe Verhalten der Klägerin darf nicht als Genehmigung interpretiert werden.
- 49 Es liegt auch keine Abnahme i.S.v. Art. 13.2.2 Rahmenvertrag vor. Die Inbetriebnahmephase begann am 15. September 2010 nach Durchführung des Kalttestlaufs (22 Monate nach Inkrafttreten des Einzelvertrags am 16. November 2008, Beilage K-4, Anhang II; Art. 12.1 Rahmenvertrag) und hätte laut Terminplanung im Einzelvertrag bis am 1. November 2010 abgeschlossen sein müssen (23.5 Monate nach Inkrafttreten des Einzelvertrags). Die Beklagte hätte während dieses Zeitraums sehr wohl die Möglichkeit gehabt, Leistungstests durchzuführen oder zu wiederholen. Grundsätzlich traf die Beklagte die Pflicht, die Inbetriebnahme der Anlagen zu beaufsichtigen, um sicherzustellen, dass diese den technischen Anforderungen genügen. Während der Inbetriebnahmephase waren Techniker der Beklagten nur sporadisch vor Ort. Die Beklagte hat ihre Instruktionsarbeiten eigenmächtig auf ein Minimum reduziert. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte keine Möglichkeit hatte, Leistungstests durchzuführen. Eine Genehmigung der Anlagen gemäss Art. 13.2.2 erster Halbsatz Rahmenvertrag ist somit nicht erfolgt.
- 50 Ebenfalls hat die Beklagte die Gründe zu verantworten, dass die Leistungstests nicht innerhalb der Frist erfolgreich abgeschlossen werden konnten (Art. 13.2.2 zweiter Halbsatz Rahmenvertrag). Die überraschende Abreise am 16. August 2010 von Herrn Fallet, dem zuständigen Servicetechniker der Beklagten, erfolgte angesichts des kurz bevorstehenden Beginns der Inbetriebnahmephase zu einem äusserst ungünstigen Zeitpunkt. Die Klägerin forderte die Beklagte mehrmals auf, unverzüglich einen kompetenten Ingenieur nach Al-Hofuf zu entsenden. Erst drei Wochen später ist die Beklagte dieser Anweisung nachgekommen. Über diese verspätete Ankunft wurde die Klägerin nicht informiert. Diese Nachlässigkeiten zeigen, dass die Beklagte die Gründe, weshalb die Leistungstests nicht innerhalb des intendierten Zeitraums vom 15. September bis zum 1. November 2010 erfolgreich abgeschlossen werden konnten, zu

verantworten hat. Die Anlagen wurden folglich auch nicht gemäss Art. 13.2.2 zweiter Halbsatz Rahmenvertrag genehmigt.

51 Ausserdem wurde das für eine rechtsgültige Abnahme notwendige Abnahmezertifikat nie von beiden Parteien unterzeichnet. Dieses formelle Dokument sollte den Abschluss des Herstellungsprozesses bestätigen. Ein solches Dokument würde angesichts der Komplexität des Vertragsgegenstands und der langen Inbetriebnahmephase mit mehreren Testläufen klare Verhältnisse und Rechtssicherheit über die Abnahme schaffen. Das Festhalten an dieser Formalität ist damit unerlässlich und hinsichtlich der weitreichenden Rechtsfolgen einer Abnahme auch im Interesse der Beklagten.

52 Es ist indessen festzuhalten, dass eine Genehmigung die Haftung für versteckte Mängel nicht untergehen lässt (Art. 370 Abs. 1 OR). Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 13.3 Rahmenvertrag, wonach die Abnahme die Beklagte nicht von ihren Verpflichtungen aus Gewährleistung befreit. Dass die Zentralgetriebe ohne Ölspritzeinrichtung nicht dem aktuellen Stand der Technik entsprachen und damit mangelhaft waren, konnte bei der ordnungsgemässen Prüfung nicht festgestellt werden. Es liegt folglich ein versteckter Mangel vor, der sich erst bei der Abschaltung der Zementproduktionsanlage am 8. Juli 2011 zeigte. Die Haftung für einen solchen Mangel entfällt gemäss Art. 13.3 Rahmenvertrag selbst bei einer allfälligen Abnahme des Werks nicht.

53 Aus diesen Gründen hat die Klägerin das Recht auf unentgeltliche Nachbesserung aus Werkvertrag nicht durch Genehmigung verwirkt.

## **2. Kein Ablauf der Garantiezeit**

54 Die Parteien haben in Art. 17.2 Rahmenvertrag vereinbart, dass die Beklagte während 12 Monaten nach Abnahme resp. 36 Monaten nach Ablieferung aus Gewährleistung haftet, je nachdem, was früher eintritt. Inwieweit diese vertragliche Vereinbarung die gesetzliche Haftungsordnung von Art. 371 OR modifiziert, ist durch Auslegung zu ermitteln. Mit dem Ausdruck „Garantiezeit“ in Art. 17.3 Rahmenvertrag kann Verschiedenes gemeint sein. In Frage kommen eine Rügefrist, eine Verjährungsfrist oder eine Rüge- und Verjährungsfrist zugleich (KOLLER, Rn. 457). Die Parteien haben in Art. 17.2 Rahmenvertrag den Zeitraum festgelegt, innerhalb dessen die Beklagte aus Gewährleistung haftet. Da die Parteien keine Regelung über eine innerhalb dieser Frist zu erhebende Rüge getroffen haben, handelt es sich bei der Garantiezeit um eine Verjährungsfrist. Diese Auslegung entspricht im Übrigen der Meinung des Bundesgerichts, wonach eine Garantiezeit im Zweifel als Verjährungsfrist zu verstehen ist (BGE 63 II 180).

- 55 Die getroffene Regelung verkürzt die gesetzliche Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Abnahme des Werks (Art. 371 Abs. 1 Satz 1 OR). Die fünfjährige Verjährungsfrist i.S.v. Art. 371 Abs. 1 Satz 2 OR greift nicht, da die Zentralgetriebe nicht die Mangelhaftigkeit der Zementproduktionsanlage selbst verursacht haben. Eine vertragliche Abänderung der werkvertraglichen Verjährungsfristen ist zulässig, da Art. 129 OR nur auf die in Art. 127 f. OR festgelegten Fristen Anwendung findet (BGE 108 II 194 E. 4b).
- 56 Wie in Rz. 46 ff. ausgeführt, hat eine Abnahme des Werks nicht stattgefunden. Daher beträgt die Verjährungsfrist gemäss Art. 17.2 Rahmenvertrag 36 Monate ab Ablieferung des Werks. Diese Frist verlängert sich indes um die Dauer der Betriebsunterbrechung der Zementproduktion, sofern die Unternehmerin die Ursache dafür zu verantworten hat (Art. 17.8 Rahmenvertrag). Der von der Beklagten zu vertretende Mangel des Zentralgetriebes hat die Unterbrechung des Betriebs verursacht. Allein die von der Beklagten vorgenommenen Reparaturarbeiten am Zentralgetriebe in Deutschland nahmen knapp sieben Monate in Anspruch (Einleitungsanzeige Ziff. 25). Damit beträgt die Verjährungsfrist insgesamt mindestens 43 Monate ab Ablieferung. Wie in Rz. 32 ausgeführt, erfolgte die Ablieferung des vollendeten Werks am 14. September 2010. Die Beklagte haftet folglich mindestens bis Mitte April 2014.
- 57 Die Klägerin machte ihren Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung mit der Einleitungsanzeige am 11. Januar 2013 innerhalb dieser Frist geltend. Auch im Schiedsverfahren bestimmt sich die Unterbrechung der bundesrechtlichen Verjährungsfristen allein nach dem anwendbaren materiellen Bundesrecht (BERGER/KELLERHALS, Rn. 954). Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist jede „prozessleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft“ als Massnahme mit verjährungsunterbrechender Wirkung zu verstehen (BGE 42 II 98 E. 4). Demzufolge wurde die Verjährungsfrist mit Einreichung der Einleitungsanzeige unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Der klägerische Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung ist damit gewahrt.

### **3. Kein Selbstverschulden der Bestellerin**

- 58 Nach Art. 369 OR fallen die dem Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werks gegebenen Rechte dahin, wenn er die Mängel selbst verschuldet hat. Es wird kein Selbstverschulden im juristisch-technischen Sinn verlangt, sondern lediglich, dass die Ursache für den Mangel der Sphäre des Bestellers zuzuordnen ist (KOLLER, Rn. 41). Ein haftungsausschliessendes Selbstverschulden des Bestellers i.S.v. Art. 369 OR liegt nur dann vor, wenn er die alleinmassgebliche Ursache für den Werkmangel gesetzt hat (BGE 116 II 454 E. 3b). Sobald jedoch dem Unter-

nehmer seinerseits eine adäquate Mangelursache zuzuschreiben ist, wird er nicht vollständig von der Mängelhaftung befreit (BRÄNDLI, Rn. 250). Den Beweis der Alleinverantwortlichkeit des Bestellers hat der Unternehmer zu erbringen (TRACHSEL, Rn. 404).

59 Von der Beklagten wird nicht bestritten, dass die Schäden am Getriebe auf eine ungenügende Ölschmierung zurückzuführen sind. Die alleinmassgebliche Ursache dafür hat die Beklagte gesetzt, indem sie die Getriebe ohne die notwendige Ölspritzeinrichtung hergestellt hat. Wie nachfolgend dargelegt wird, trifft die Klägerin keinerlei Selbstverschulden i.S.v. Art. 369 OR.

60 Einerseits behauptet die Beklagte, die ungenügende Ölschmierung sei auf die Manipulation der Trommelbremse und Mängel am Verriegelungssystem zurückzuführen. Andererseits wirft sie der Klägerin vor, die Getriebe fehlerhaft benutzt und klare Gebrauchsanweisungen nicht befolgt zu haben (Einleitungsantwort Ziff. 23). Vorweg ist zu betonen, dass die Klägerin die langfristige, auf gegenseitigem Vertrauen basierende Geschäftsbeziehung zu keinem Zeitpunkt durch weisungswidriges Verhalten gefährden wollte. Es liegt in ihrem ureigenen Interesse, dass aus der Zusammenarbeit ein funktionstüchtiges Werk hervorgeht.

61 Es entzieht sich der Kenntnis der Klägerin, wie die Trommelbremse zu Schaden gekommen ist. Zudem sind die Mängel am Verriegelungssystem nicht von der Klägerin, sondern vom Lieferanten desselben zu verantworten. Unabhängig davon sind diese beiden Tatsachen nicht als alleinmassgebliche Schadensursachen zu betrachten und vermögen ein Selbstverschulden der Klägerin nicht zu begründen.

62 Der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin habe durch instruktionswidriges Verhalten den Schaden verursacht, ist haltlos. Dass das Zentraltriebssystem in Abwesenheit der Beklagten gestartet wurde, ist nicht adäquat kausal für die vollständige Fehlfunktion der Zentralgetriebe. Nach der Abreise von Herrn Fallet am 16. August 2010 wurde die Beklagte mehrmals vergeblich aufgefordert, einen Ersatzingenieur nach Al-Hofuf zu schicken. Die Verpflichtung der Beklagten, mit ihrer Montageüberwachung die erfolgreiche Fertigstellung der Zentralgetriebe zu garantieren, erfordert die Überprüfung der den Kalt-Testlauf vorbereitenden Montagearbeiten. Während der Abwesenheit der Beklagten hat die Klägerin die in Beilage K-8 umschriebenen Arbeiten nach bestem Wissen und Gewissen ausgeführt. Das erstmalige Inbetriebsetzen der Anlagen in Abwesenheit der Beklagten hat keine negativen Folgen, solange die notwendigen Vorbereitungsarbeiten erledigt worden sind. Dies kann auch daraus geschlossen werden, dass die Beklagte sogar beim Kalt-Testlauf nicht zwingend anwesend sein muss (Beilage K-4, Anhang I lit. E. Ziff. 5).

63 Die Unterstellung, die Klägerin habe die Anlagen betrieben, bevor das Schmierölsystem überhaupt angeschlossen war, ist falsch. Die Klägerin hätte keinen Anlass gehabt, dies zu tun.

Es ist der Klägerin bewusst, dass das Inbetriebsetzen ohne genügende Ölschmierung gravierende Folgen haben kann. Die Beklagte vermutet zudem, dass die Anlagen mit zu hoher Geschwindigkeit betrieben worden seien. Dass das in Rz. 62 f. beschriebene Verhalten der Klägerin keine negativen Auswirkungen auf den Zustand der Anlagen hatte, konnte mit der Inspektion des ABB-Technikers Mitte Oktober 2010 bestätigt werden. Die fehlende Ölspritzeinrichtung war somit die alleinmassgebliche Ursache für die mangelhafte Ölschmierung des Zentralgetriebes.

64 Die Beklagte behauptet, nach der vollständigen Fehlfunktion des Zementwerks II und des Zentralgetriebes II sei durch das Starten des Hauptmotors ein noch grösserer Schaden am Nebengetriebe verursacht worden. Dies kann der Klägerin nicht vorgehalten werden, denn mit dieser Handlung wurde nach Treu und Glauben versucht, die Schadensminderungspflicht mit allen zumutbaren Mitteln zu erfüllen.

65 Da die Klägerin im Übrigen alle Verpflichtungen rechtzeitig und vollständig erfüllt hat, sind die Voraussetzungen für die Haftung und Verantwortlichkeit der Beklagten gemäss Art. 17.9 Rahmenvertrag gegeben.

66 Gelingt dem Unternehmer der Beweis, dass der Besteller den Mangel mitverschuldet hat, lässt dies das Nachbesserungsrecht unberührt (KOLLER, Rn. 56). Diesfalls kann der Unternehmer eine Kostenbeteiligung des Bestellers bzw. eine Haftungsreduktion gestützt auf Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR geltend machen (BGE 116 II 454 E. 3b). Es genügt jedoch nicht, wenn der Unternehmer lediglich eine Mitverantwortlichkeit des Bestellers nachweist. Er muss ein Verschulden im engen juristisch-technischen Sinn beweisen (KOLLER, Rn. 58). Sollte der Beklagten wider Erwarten der Beweis gelingen, dass die Klägerin die Schäden am Zentralgetriebe mitverschuldet hat, beantragt die Klägerin, dass das Schiedsgericht die Nachbesserungskosten verschuldensanteilig den Parteien auferlegt.

### **III. Eventualiter Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten aus Auftrag**

67 Das Schiedsgericht könnte das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien auch als ein aus Werkvertrag und Auftrag gemischter Innominatvertrag qualifizieren (sog. Kombinationsvertrag, HUGUENIN, Rn. 3687). Der von der Beklagten geschuldete technische Service wäre diesfalls das auftragsrechtliche Element des Innominatvertrags. Kommt das Schiedsgericht zu diesem Schluss, beantragt die Klägerin für den Fall, dass das Schiedsgericht den werkvertraglichen Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung ablehnt, Schadenersatz in Höhe der Reparaturkosten aus Auftrag gemäss Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR.

- 68 Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihre auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht verletzt, indem sie die Montageüberwachung nicht pflichtgemäss ausgeführt hat.
- 69 Zu den Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs gehören ein Schaden, eine Vertragsverletzung, ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Eintritt des Schadens und das Verschulden des Beauftragten (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Rn. 2961).
- 70 Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung und besteht in der Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand und demjenigen vor dem schädigenden Ereignis (BGE 97 II 169 E. 3a). Indem die MECC gegenüber der Klägerin die von ihr bezahlten Reparaturkosten in Abzug brachte, hat sich das klägerische Vermögen in Höhe von EUR 767'000.00 unfreiwillig vermindert. Ein Schaden liegt somit vor.
- 71 Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Zudem hat sich der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber absolut loyal zu verhalten und muss diesen vor Schäden jeglicher Art bewahren (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 331). Der Sorgfaltsmassstab ergibt sich aus objektivierten Kriterien, die sich nach Art und Schwierigkeit der geschuldeten Leistung richten (BSK OR-WEBER, Art. 398 N 27). An die Sorgfalt eines Spezialisten dürfen aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse erhöhte Anforderungen gestellt werden (SJZ 77/1981, 28). Objektiv betrachtet kann von der Beklagten als Spezialistin folglich ein höheres Sorgfaltsmass verlangt werden als von einem durchschnittlichen Hersteller von Getrieben aller Art. Die Beklagte hat ihre erhöhte Sorgfaltspflicht schon von Anfang an missachtet, indem sich der zuständige Ingenieur passiv verhielt und seine Instruktions- und Überwachungspflichten nicht vertragsgemäss wahrnahm. Die frühzeitige Abreise von Herrn Fallet und die darauffolgende bloss sporadische Überwachung der Montagearbeiten führten dazu, dass die Problematik der mangelhaften Ölschmierung unentdeckt blieb. Die Sorgfaltspflicht der Beklagten hätte jedoch verlangt, dass sie Unregelmässigkeiten bei deren Auftreten sofort anzeigt, damit entsprechende Massnahmen hätten getroffen werden können. Ausserdem kommunizierte die Beklagte in unzureichender Weise. So informierte sie die Klägerin nicht über die verspätete Ankunft des Ersatz-Ingenieurs. Die Beklagte verhielt sich auch treuwidrig, als sie im Wissen um die Mängelrechte der Klägerin einen Reparaturvertrag mit der MECC abschloss, ohne vorher mit ihrer Vertragspartnerin Rücksprache genommen zu haben.
- 72 Diese Vertragsverletzung war für die Vermögensverminderung der Klägerin natürlich und adäquat kausal. Hätte die Beklagte ihre Montageüberwachungspflichten sorgfältig wahrgenommen, hätten Mängel rechtzeitig erkannt und behoben werden können.

- 73 Verschulden liegt vor, wenn das Verhalten dem Handelnden persönlich vorgeworfen werden kann (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 463) und dieses zumindest fahrlässig war (Art. 99 Abs. 1 OR). Nach Art. 97 Abs. 1 OR wird das Verschulden der Beklagten vermutet. Sie handelte fahrlässig, da sie die vertraglich verlangte Sorgfalt nicht aufbrachte. Sie vertraute pflichtwidrig darauf, dass das in Rz. 71 beschriebene Verhalten keine negativen Folgen haben würde.
- 74 Alle Voraussetzungen für den im Eventualstandpunkt geltend gemachten Schadenersatzanspruch der Klägerin aus Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR wären erfüllt. Die Klägerin hätte damit Anspruch auf Bezahlung von insgesamt EUR 767'000.00 zzgl. Zins zu 5% ab dem 18. Mai 2012 (Art. 104 Abs. 1 OR) durch die Beklagte.

#### **IV. Klägerischer Anspruch auf Bezahlung der Vertragsstrafe**

- 75 Die Vertragsstrafe i.S.v. Art. 160 ff. OR ist ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen einer Partei zur Sicherung der Erfüllung einer Schuld (BENTELE, 44). Die Abrede einer Konventionalstrafe ist aufgrund der Formfreiheit im Vertragsrecht gemäss Art. 11 Abs. 1 OR an keine Form gebunden (COUCHEPIN, Rn. 476). Innerhalb der Schranken der Inhaltsfreiheit (Art. 19 OR) kann eine Vertragsstrafe beliebig vereinbart werden (COUCHEPIN, Rn. 503). Eine Konventionalstrafe setzt eine gültige Hauptforderung voraus (BSK OR-EHRAT, Art. 163 N 4).
- 76 Um eine möglichst rasche Mängelbehebung sicherzustellen, haben die Parteien für das Nichteinhalten der dreiwöchigen Reparaturfrist durch die Beklagte in Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 Rahmenvertrag eine Vertragsstrafe gültig vereinbart. Für jede vollendete Woche in Verzug sind 0.5% des Gesamtvertragspreises des Einzelvertrags, maximal jedoch 3% des Gesamtvertragspreises geschuldet.
- 77 Eine Vertragsstrafe, welche für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit versprochen wird, kann kumulativ zur Vertragserfüllung gefordert werden (Art. 160 Abs. 2 OR). Nebst dem Eintritt der Bedingung ist für die Geltendmachung einer Vertragsstrafe ein Verschulden des Schuldners vorausgesetzt (BSK OR-EHRAT, Art. 160 N 14).
- 78 Die Beklagte brauchte knapp sieben Monate, bis sie das Zentralgetriebe II in funktionsfähigem Zustand wieder in die Zementanlage eingebaut hatte. Die Reparaturfrist von drei Wochen wurde somit klar überschritten. Mit Eintritt dieser Suspensivbedingung ist die Vertragsstrafe verfallen, welche von der Klägerin kumulativ zu den Reparaturkosten gefordert wird.
- 79 Dem Schuldner einer Vertragsstrafe obliegt der Beweis seines Unverschuldens (BGer 4C.36/2005 E. 3.2). Die Beklagte bestreitet in ihrer Einleitungsantwort ein Verschulden am Verzug (implizit in Ziff. 27 sowie ausdrücklich in Ziff. 30). Sie wendet ein, dass gewisse Bestandteile des Zentralgetriebes II wegen irreparabler Schäden ersetzt werden mussten. Dies

erforderte den Ausbau des ganzen Zentralgetriebes und die Rückführung nach Deutschland. In Art. 17.3 Rahmenvertrag wurde jedoch explizit die Auswechslung von Material als Teil der Reparaturarbeiten miteinbezogen. Von einer führenden Herstellerin von Getrieben wie der Beklagten kann erwartet werden, dass für Reparaturen Ersatzteile an Lager gehalten werden. Andernfalls würde es Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) gebieten, dass sich die Beklagte vertraglich eine längere und realistischere Reparaturfrist ausbedingt. Der Einwand der Beklagten, die langen Lieferfristen für die Ersatzteile hätten den Verzug bedingt, verfängt also nicht. Ein genügender Beweis ihres Unverschuldens hat die Beklagte mit obigen Behauptungen nicht erbracht. Aufgrund ihres unsorgfältigen und somit schuldhaften Verhaltens ist die Vertragsstrafe geschuldet. Zudem hat die Klägerin weder ausdrücklich auf die Strafleistung verzichtet noch die verspätete Reparatur vorbehaltlos angenommen (Art. 160 Abs. 2 OR).

80 Einem allfälligen Antrag der Beklagten auf Herabsetzung der Vertragsstrafe wegen Übermässigkeit gemäss Art. 163 Abs. 3 OR ist nicht stattzugeben. Die Vereinbarung eines maximalen Strafbetrags von 3% des Gesamtvertragspreises haben die Parteien gerade zur Vermeidung einer übermässig hohen Vertragsstrafe, die sich an den Verzugswochen bemisst, getroffen.

81 Eine Herabsetzung der Konventionalstrafe ist grundsätzlich nur dann geboten, wenn sie übermässig hoch und unbillig ist (BGE 82 II 142 E. 3). Dies beurteilt sich nach dem Verhältnis der Höhe der Vertragsstrafe zum Interesse des Vertragspartners an der ordnungsgemässen Erfüllung der Schuld (BGer 4C.5/2003 E. 2.3.1) und der Schwere des Verschuldens des Schuldners (BGer 4C.143/2003 E. 7). Das Interesse der Klägerin besteht darin, durch eine möglichst kurze Reparaturzeit den Zementproduktionsausfall so gering wie möglich zu halten, um ihre Haftung gegenüber der MECC zu begrenzen. Die Ausfallkosten belaufen sich bei einer täglichen Produktion von 6'000 Tonnen Zement-Klinker auf einen Betrag in zweistelliger Millionenhöhe (Schätzung basierend auf durchschnittlichem Preis pro Tonne Zementklinker von EUR 40.00, <<http://german.alibaba.com/products/cement-clinker-price.html>>, zuletzt abgerufen am 27.11.13). Die Höhe der Konventionalstrafe von EUR 108'000.00 ist im Vergleich zu diesen immensen Ausfallkosten nicht übermässig. Das Verschulden der Beklagten an der Nichteinhaltung der vereinbarten Reparaturfrist ist schwer genug, um die Höhe der Vertragsstrafe zu rechtfertigen.

82 Aus all diesen Gründen schuldet die Beklagte die Bezahlung der verfallenen Vertragsstrafe in voller Höhe.