

Moot Court Team 8
Robin Ernst
Annina Lippuner
Richard Meyer
Tim Segessemann

EINSCHREIBEN

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

13. Dezember 2013

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 8

gegen

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Präsidentin Y.,
sehr geehrter Herr Schiedsrichter X.,
sehr geehrter Herr Schiedsrichter B.,

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

Literaturverzeichnis IV

Entscheidverzeichnis VIII

I. Prozessuales.....1

1. Formelle Gültigkeit..... 1

2. Materielle Gültigkeit.....3

a) Übernahme.....3

b) Individualabreden.....5

c) Ungewöhnlichkeitsregel5

II. Materielles.....6

1. Vertragsqualifikation.....6

2. Ansprüche aus Werkvertrag7

a) Werkmangel.....7

b) Verantwortlichkeit für den Werkmangel.....9

c) Prüfungs- und Rügepflicht..... 11

d) Verjährung 13

e) Gewährleistungsausschluss 15

f) Minderung des Werklohnes..... 16

g) Mangelfolgeschaden..... 17

h) Zwischenfazit..... 18

3. Vertragsstrafe..... 18

a) Eintreten der Bedingung..... 18

b) Verschulden 19

c) Konkurrenz zum Schadenersatz.....20

d) Weitere Voraussetzungen20

e) Zwischenfazit.....20

Literaturverzeichnis

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006 (zit. BERGER/KELLERHALS)

Rz. [4, 30]

BÜHLER THEODOR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Auflage, Zürich 1998 (zit. ZK OR-BÜHLER)

Rz. [73]

BÜHLER-REIMANN THEODOR, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Allgemeine Geschäftsbedingungen. Spezifische Branchenbedingungen in der Maschinenindustrie, in: GIGER HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band V, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 109 ff. (zit. BÜHLER-REIMANN)

Rz. [22]

BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Univ. Fribourg, Zürich 1996 (zit. BUOL)

Rz. [65]

DI PIETRO DOMENICO, Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference, in: GAILLARD EMMANUEL/LELEU-KNOBIL NANOU, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, London 2008, S. 355 ff. (zit. DI PIETRO)

Rz. [5]

FORSTMOSER PETER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung, in: GIGER HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band V, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 23 ff. (zit. FORSTMOSER)

Rz. [28]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. CHK OR-BEARBEITERIN)

Rz. [17, 28, 55]

FURRER ROLF, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich 1973 (zit. FURRER)

Rz. [55]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH)

Rz. [41, 42, 55, 60, 65, 69, 71, 87]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)

Rz. [19, 81]

GAUCH, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2012, S. 124 ff. (zit. GAUCH, recht)

Rz. [57, 59]

GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Bern 1967 (zit. BK OR-BEARBEITERIN)

Rz. [74]

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN N., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich 2000 (zit. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY)

Rz. [28]

HARKE JAN D., Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2010 (zit. HARKE)

Rz. [21]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.),
Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht,
2. Auflage, Basel 2007 (zit. BSK IPRG-BEARBEITERIN)
Rz. [13]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar
Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK OR I-
BEARBEITERIN)
Rz. [33, 36, 40, 50, 55, 56, 57, 59, 71]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, Zürich 2012 (zit.
HUGUENIN)
Rz. [9, 16, 77, 83, 86]

LEW JULIAN D. M./MISTELIS LOUKAS A./KRÖLL STEFAN M., Comparative Commercial Ar-
bitration, Den Haag/London/New York 2003 (zit. LEW/MISTELIS/KRÖLL)
Rz. [4, 9]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar
zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag,
Auftrag, GoA, Bürgschaft (Art. 319-529), 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. CHK OR-
BEARBEITERIN)
Rz. [41, 56, 67, 71]

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE/GIRSBERGER, DANIEL (Hrsg.), Handkommentar
zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf,
Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184-318), 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. CHK
OR-BEARBEITERIN)
Rz. [35]

PEDRAZZINI FRANCO, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise,
Diss. Univ. Fribourg, Fribourg 1992 (zit. PEDRAZZINI)
Rz. [60, 65]

- PERRIG ROMAN, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Univ. Basel, Basel 2011 (zit. PERRIG)
Rz. [10, 21, 28]
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SEBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration,
2. Auflage, London 2007 (zit. POUDRET/BESSON)
Rz. [8, 9]
- SCHMITT CHRISTOPH/ULMER DETLEF, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verträge für
Unternehmen: Chancen und Risiken, Berlin/Heidelberg 2010 (zit. SCHMITT/ULMER)
Rz. [28]
- SCHNEIDER CHRISTOF A., Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationa-
len geschäftsmännischen Verkehr, Diss. Europa-Univ. Viadria Frankfurt (Oder), Ham-
burg 2012 (zit. SCHNEIDER)
Rz. [10]
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage,
Bern 2012 (zit. SCHWENZER)
Rz. [25]
- SIEGENTHALER THOMAS, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen nach schwei-
zerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebe-
dingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller (VSM), Diss. Univ.
Fribourg, Zürich 2000 (zit. SIEGENTHALER)
Rz. [69]
- ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.) Swiss Rules of Inter-
national Arbitration: Commentary, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. Swiss Rules-
BEARBEITER)
Rz. [2]

Entscheidverzeichnis

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

26. Oktober 1971

BGE 97 II 350

Rz. [77]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

1. April 1972

BGE 98 II 118

Rz. [69]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

21. Januar 1974

BGE 100 II 30

Rz. [59]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

1. Juli 1974

BGE 100 II 200

Rz. [21]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

23. Juni 1981

BGE 107 II 231

Rz. [59]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

6. Dezember 1983

BGE 109 II 452

Rz. [28]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Februar 1984
BGE 110 II 54
Rz. [4, 10]

Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. November 1985
BGE 111 Ib 253
Rz. [10]

Urteil der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. Januar 1989
BGer 5P.249/1988
Veröffentlicht in Yearbook of Commercial Arbitration (YCA) 1990, S. 509 ff
Rz. [8]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. Juli 1990
BGE 116 II 441
Rz. [89]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
19. September 1990
BGE 116 II 454
Rz. [42]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
9. Juli 1991
BGE 117 II 259
Rz. [60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
12. September 1991
BGE 117 II 425
Rz. [50]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
16. Januar 1995
BGE 121 III 38
Rz. [13]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. April 1999
BGE 125 III 263
Rz. [25]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
31. Mai 2002
BGer 4P.102/2001
Rz. [10]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. November 2002
BGer 4P.135/2002
Rz. [19]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
22. Januar 2003
BGer 4C.301/2002
Rz. [33]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
5. Juni 2003
BGE 129 III 604
Rz. [45]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
15. Dezember 2003
BGer 4C.282/2003
Rz. [19, 28]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
26. Oktober 2004
BGer 4C.346/2003
Rz. [67]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
24. Juni 2005
BGer 4C.36/2005
Rz. [85]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
30. Juni 2005
BGer 4C.11/2005
Rz. [69]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
7. Oktober 2005
BGer 4C.106/2005
Rz. [71]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
20. Februar 2006
BGer 4C.217/2005
Rz. [42]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
8. Mai 2007
BGer 4C.130/2006
Rz. [53, 71]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Oktober 2008
BGE 135 III 1
Rz. [28]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
2. Dezember 2008
BGer 4A_428/2007
Rz. [36]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
28. Januar 2009
BGE 135 III 225
Rz. [28]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom
29. April 2009
BGer 4A_82/2008
Rz. [50]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

4. Dezember 2009

BGer 4A_460/2009

Rz. [36, 40]

Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

23. April 2010

BGer 6B_183/2010

Rz. [41]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

7. September 2010

BGer 4A_301/2010

Rz. [60, 66]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

25. Oktober 2010

BGer 4A_279/2010

Rz. [4, 15]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

25. November 2010

BGer 4A_252/2010

Rz. [33]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

18. Januar 2013

BGer 4A_622/2012

Rz. [60]

Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom

1. Juli 2013

BGE 139 III 345

Rz. [21]

Urteil des Cour de Justice Genf vom

16. Dezember 1988

Veröffentlicht in YCA 1991, S. 612 ff.

Rz. [8]

Urteil des Obergerichts Basel-Land vom

5. Juli 1994

Veröffentlicht in YCA 1996, S. 685 ff.

Rz. [8]

I. Prozessuales

- 1 In ihrer Einleitungsantwort erhebt die Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit. Diese begründet sie mit der vom Rahmenvertrag (K-1) abweichenden Schiedsvereinbarung, welche ihres Erachtens durch den Vermerk auf dem Bestellschein vom 13.11.08 (K-2) und dem Email vom 17.11.08 (B-2 und B-3) zustande gekommen sei. Sie argumentiert, durch diese Vereinbarung sei die Vereinbarung aus dem Rahmenvertrag verdrängt worden. Wie darzulegen ist, wurde jedoch keine vom Rahmenvertrag abweichende Vereinbarung geschlossen.
- 2 Die Prüfung der Frage, ob eine Schiedsvereinbarung aufgehoben oder abgeändert wurde, obliegt dem angerufenen Schiedsgericht im Rahmen seiner Kompetenz-Kompetenz (Swiss Rules-BERGER/PFISTERER, Art. 21, N 19).
- 3 Eine Schiedsvereinbarung, welche die Abrede aus dem Rahmenvertrag verdrängen würde, müsste formell und materiell gültig zustande gekommen sein. Im Folgenden wird aufgezeigt, weshalb die Vereinbarung beide Voraussetzungen nicht erfüllt.

1. Formelle Gültigkeit

- 4 Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz, die Beklagte ist in Deutschland domiziliert. Somit liegt ein internationales Verhältnis nach Art. 1 IPRG vor. Da die Beklagte eine Schiedsvereinbarung anruft, nach welcher das angeblich vereinbarte Schiedsgericht seinen Sitz in Deutschland hätte, mithin die konkurrierende Zuständigkeit eines ausländischen Schiedsgerichts in Frage steht, ist im vorliegenden Fall das NYÜ anwendbar. Diese für staatliche Gerichte geltende Regel ist auch bei der Beurteilung durch ein Schiedsgericht anzuwenden (LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 6-48). Daher ist die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ausschliesslich nach Art. II Abs. 2 NYÜ zu bestimmen (BGer 4A_279/2010 E. 2.; BGE 110 II 54 E. 3a.; BERGER/KELLERHALS, N 310).
- 5 Nach Art. II Abs. 2 NYÜ ist eine Schiedsvereinbarung in zwei Fällen formell gültig. Der erste Fall setzt ein von beiden Parteien unterzeichnetes Dokument voraus, welches die Schiedsvereinbarung enthält. Der zweite Fall verlangt den Austausch von Briefen oder Telegrammen, welche die Schiedsklausel enthalten oder explizit darauf verweisen (zum expliziten Verweis siehe DI PIETRO, S. 357).
- 6 Das Vorliegen einer von beiden Parteien unterschriebenen Schiedsklausel wird weder behauptet noch bewiesen. Daher ist die erste Variante des Art. II Abs. 2 NYÜ nicht erfüllt.
- 7 Ein expliziter Verweis auf die Schiedsklausel der AGB (B-1) in den Dokumenten K-2 und K-7 wird weder behauptet noch bewiesen. Somit liegt kein expliziter, sondern ein genereller Verweis auf das die Schiedsklausel enthaltende Dokument vor.

- 8 In der schweizerischen Rechtsprechung wird der generelle Verweis als formgenügend erachtet, wenn die Parteien sich effektiv der Schiedsklausel unterworfen haben (BGer 5P.249/1988, E. 3.; CJ Genf, E. 5.; OG Basel-Land, E. 7). Ein solcher Wille muss zweifelsfrei aus den Umständen abgeleitet werden können (POUDRET/BESSON, Rz. 216). Dass sich die Parteien vorliegend zweifelsfrei der Schiedsklausel der AGB unterwerfen wollten, ist nicht der Fall. Die Klägerin hat weder die Schiedsklausel der AGB akzeptiert, noch in der Beklagten durch ihr Verhalten zu irgendeinem Zeitpunkt das Vertrauen in die Schiedsklausel der AGB geweckt. Entsprechend ist auch in Anbetracht der Rechtsprechung keine formell gültige Schiedsklausel zustande gekommen.
- 9 Die AGB, welche die Schiedsklausel enthalten, wurden der Klägerin auch im Zuge des Vertragsschlusses nicht übermittelt. Die Beklagte macht sinngemäss geltend, durch die Übermittlung im Email vom 17.11.08 (B-2 und B-3) sei das Formerfordernis erfüllt worden. Dabei verkennt die Beklagte, dass die Übermittlung am Tage nach Vertragsschluss nicht mehr als Teil des Vertrags angesehen werden kann (Vgl. POUDRET/BESSON, Rz. 219; LEW/MISTELIS/KRÖLL, N 7-38). Vielmehr entsteht durch die Übermittlung einer vom ursprünglichen Vertrag abweichenden Version ein neuer Antrag (HUGUENIN, N 615). Eine Annahme dieses neuen Antrags kann weder im Schweigen der Klägerin noch in ihrer anschließenden Vertragserfüllung gesehen werden (vgl. POUDRET/BESSON, Rz. 189). Insbesondere würde auch diese Schiedsvereinbarung im Lichte von Art. II Abs. 2 NYÜ überprüft (siehe Rz. 4). Eine einseitige Zusendung einer Schiedsklausel fällt weder unter die eine noch die andere Variante des NYÜ (POUDRET/BESSON, Rz. 189).
- 10 Fest steht, dass die AGB im Rahmen des Vertragsschlusses vom 13.11.08 bzw. 16.11.08 der Klägerin nicht übermittelt wurden. Eine solche Übermittlung ist jedoch zur Erfüllung der Formvorschriften zwingend (BGE 111 Ib 253 E. 5.; 110 II 54 E. 3c bb; BGer 4P.102/2001, E. 7a.). Soweit die Beklagte argumentiert, in gewissen Fällen sei eine Übermittlung der AGB auch im Rahmen von Art. II Abs. 2 NYÜ entbehrlich, liegt sie falsch. Eine solche Ausnahme würde laufende Geschäftsbeziehungen oder Branchenüblichkeit verlangen (BGE 110 II 54 E. 3c bb.; SCHNEIDER, S. 398). Beim Kriterium der Branchenüblichkeit ist Zurückhaltung anzuwenden (PERRIG, S. 108). Zwischen den Parteien besteht jedoch weder eine lange Geschäftsbeziehung, noch kann Branchenüblichkeit angenommen werden.
- 11 Da weder die eine (Rz. 6) noch die andere Variante (Rz. 7 ff.) des Art. II Abs. 2 NYÜ erfüllt wurde, ist die Schiedsvereinbarung, auf welche sich die Beklagte beruft, nichtig.

- 12 Schliesslich kann der Klägerin nicht vorgeworfen werden, sie berufe sich rechtsmissbräuchlich auf den Formmangel. Die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten steht in keinem Widerspruch zur vorliegenden Argumentation.
- 13 Sofern das Schiedsgericht zum Schluss käme, das IPRG sei anwendbar, könnte es doch zu keinem anderen Entscheid kommen, da gem. BGer das Formerfordernis des Art. 178 Abs. 1 IPRG mit demjenigen des Art. II Abs. 2 NYÜ deckungsgleich ist (BGE 121 III 38 E. 2c.; vgl. auch BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 14).

2. Materielle Gültigkeit

- 14 Neben der bereits thematisierten formellen Gültigkeit mangelt es bei der von der Beklagten angerufenen Schiedsklausel auch an der materiellen Gültigkeit.
- 15 Die materielle Gültigkeit einer Schiedsklausel richtet sich nach dem auf die Vereinbarung anwendbaren Recht (BGer 4A_279/2010 E. 2.). Vorliegend wurde schweizerisches Recht sowohl im Rahmenvertrag vereinbart, als auch in den strittigen AGB unter 18.5 für anwendbar erklärt. Dass diese übereinstimmende Rechtswahl nicht auch auf die Schiedsvereinbarung anwendbar sein sollte, wird nicht behauptet. Die materielle Gültigkeit bestimmt sich entsprechend nach schweizerischem Recht.
- 16 Die umstrittene Schiedsvereinbarung ist ein Teil von vorformulierten Geschäftsbedingungen, welche gem. Beklagter zum Inhalt des Einzelvertrages geworden sind. Auf solche Vereinbarungen sind gem. schweizerischem Recht die Grundsätze über die Einbeziehung von AGB anzuwenden (HUGUENIN, N 613 ff.). Wie darzulegen ist, wurden diese allgemeinen Grundsätze durch die Beklagte nicht eingehalten.

a) Übernahme

- 17 Es stellt sich die Frage, ob die AGB von den Parteien in den konkreten Einzelvertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen wurden und somit Vertragsbestandteil bilden. Die ausdrückliche Übernahme setzt einen klaren, nicht zu übersehenden Hinweis auf dem Vertragsformular auf AGB voraus (CHK OR-KUT, Art. 1 N 52).
- 18 Der Bestellschein der Beklagten (B-2) verweist in kleiner Schrift am Ende der Seite auf AGB, welche dem Vertragsformular nicht beigelegt wurden. Dieser Verweis genügt nicht, um die AGB Vertragsinhalt werden zu lassen. Dies insbesondere, weil der Bestellschein ausdrücklich auf den Rahmenvertrag verweist, der das Verhältnis zwischen den beiden Parteien bereits regelt. Zusammen mit dem Erscheinungsbild des Bestellscheins macht dies deutlich, dass es sich beim Bestellschein um ein vorformuliertes Standarddokument handelt. Der Verweis auf dem Formular der Klägerin ist entsprechend nicht zu beachten. Selbst wenn der Hinweis auf

die AGB der Beklagten auf dem Bestellschein formell ausreichend sein sollte, führt dies nicht zur Geltung der AGB, da noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten.

- 19 Hat der Erklärende AGB zugestimmt, deren Inhalt er jedoch nicht zur Kenntnis genommen, verstanden oder bedacht hat, handelt es sich um eine Globalübernahme (BGer 4C.282/2003 E. 3.1.). Bei Übernahme von AGB durch blossen Verweis wird eine Globalübernahme vermutet (BGer 4P.135/2002 E. 3.1.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 1130a).
- 20 Indem die Klägerin den Bestellschein (K-2), auf welchem sich unten eine kleingedruckte Verweisung auf AGB befindet, unterschrieb, ohne deren Inhalt tatsächlich zu kennen, kam es – wenn überhaupt von Übernahme die Rede sein kann – nur zu einer Globalübernahme.
- 21 Für die rechtswirksame globale Übernahme muss der Verwender der AGB dem global zustimmenden Vertragspartner die Möglichkeit geben, vom Inhalt der Klauseln vor bzw. spätestens bei Vertragsschluss in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen (BGE 100 II 200 E. 5d.; PERRIG, S. 296). Obwohl im kaufmännischen Verkehr geringere Anforderungen an die Zugänglichkeit von AGB gestellt werden, kann auch eine geschäftserfahrene Partei eine faire Vertragsverhandlung fordern (PERRIG, S. 293; vgl. HARKE, N 68). Deshalb muss der AGB-Text ohne Schwierigkeiten verfügbar sein. Da v.a. der Verfasser ein Interesse am Einbezug der AGB hat, kann es diesem zugemutet werden, die AGB zugänglich zu machen. Eine Erkundigungsobliegenheit des Vertragspartners ist daher abzulehnen (BGE 139 III 345 E. 4.4.2.). Mangels zumutbarer Möglichkeit zur Kenntnisnahme liegt keine rechtswirksame Übernahme vor, womit die AGB keine Geltung entfalten können.
- 22 Der Einzelvertrag kam am 16.11.08 mit der Übermittlung des Leistungsscheins (K-3) an die Klägerin zustande (Rahmenvertrag Art. 2.2; siehe auch allgemein BÜHLER-REIMANN, S. 109). Die Beklagte übermittelte der Klägerin ihre AGB per Email jedoch erst am 17.11.08 und damit zu spät (B-3). Weder wurden die AGB dem Lieferschein beigelegt, noch hatte die Klägerin eine andere Möglichkeit, Kenntnis zu erlangen (z.B. auf einer Website).
- 23 Mangels Erkundigungsobliegenheit war die Klägerin auch nicht verpflichtet, bei der Beklagten die Aushändigung der AGB zu verlangen. Selbst wenn der Klägerin eine solche Obliegenheit auferlegt würde, ist sie dieser gem. Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7 nachgekommen. Es wäre entsprechend die Pflicht der Beklagten gewesen, der Klägerin vor Vertragsschluss aktiv die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB durch Zusendung zu verschaffen. Dieser Pflicht ist die Beklagte bis zum Vertragsschluss nicht nachgekommen und entsprechend bestand bei Vertragsabschluss keine zumutbare Möglichkeit für die Klägerin zur Kenntnisnahme der AGB.

24 Da die AGB nicht in den Vertrag einbezogen wurden, entfalten sie keine Geltung. Darüber hinaus gelten die AGB der Beklagten gem. Art. 1.2 der AGB auch nur dann, wenn sie der Vertragspartnerin jeweils mit dem Leistungsschein zugestellt werden. Diese selbstauferlegte Geltungsvoraussetzung wurde im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

b) Individualabreden

25 Wird dennoch davon ausgegangen, dass die AGB Vertragsbestandteil wurden, gilt zu beachten, dass abweichende, individuell getroffene Abreden vorformulierten Klauseln vorgehen (BGE 125 III 263 E. 4b bb.; SCHWENZER, N 45.09).

26 Im Rahmenvertrag wurde in Art. 23.1 bereits individuell eine Schiedsklausel ausgehandelt. Da sowohl der Bestellschein als auch der Leistungsschein explizit auf den Rahmenvertrag verweisen, ist dieser als Teil des Vertrages anzusehen. Die Schiedsklausel des Rahmenvertrags geht somit als individuell ausgehandelte Abrede der standardmässig vorformulierten AGB-Schiedsklausel der Beklagten vor.

27 Darüber hinaus widerspricht die Beklagte mit ihrer Berufung auf diese AGB-Klausel der von ihr getroffenen Abrede im Rahmenvertrag. Damit verstösst die Beklagte gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* und setzt sich zu ihrem eigenen Verhalten in Widerspruch. Ihre Berufung auf Art. 18.1 ihrer AGB widerspricht Treu und Glauben und ist somit nichtig.

c) Ungewöhnlichkeitsregel

28 Weiter gilt, dass die globale Übernahme von vorformulierten Klauseln nicht gültig ist, wenn die zustimmende Partei nicht mit ihnen gerechnet hat bzw. rechnen musste (BGer 4C.282/2003 E. 3.). Subjektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, wenn aus Sicht der zustimmenden Partei nicht mit ihr gerechnet werden musste und sie vom Verwender nicht gesondert auf deren Vorhandensein aufmerksam gemacht wurde (FORSTMOSER, 40). Denn der Verwender darf nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgehen, dass die Gegenpartei auch mit dem Ungewöhnlichen einverstanden ist (BGE 135 III 1 E. 2.1.). Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt im kaufmännischen Verkehr ebenfalls zur Anwendung, da auch eine geschäftserfahrene Partei durch pauschal übernommene ungewöhnliche Klauseln aufgrund deren Inhalt oder der geführten Vertragsverhandlungen überrascht werden kann (PERRIG, S. 316). Aus analogen Überlegungen sollte die Ungewöhnlichkeitsregel nicht auf schwache Parteien beschränkt werden (GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 14 N 51; CHK OR-KUT, Art. 1 N 53). Die betreffende Klausel muss auch objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, d.h. „zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen“ (BGE 109 II 452 E. 5b.; 135 III 225 E. 1.3.; vgl. dazu die deutsche Doktrin: SCHMITT/ULMER, S. 21).

- 29 Nur einen Monat vor Abschluss des Einzelvertrages wurde im Rahmenvertrag in Art. 35 für Streitigkeiten aus den Einzelverträgen bereits eine Schiedsabrede getroffen. Die Beklagte wies die Klägerin nicht auf die dem Rahmenvertrag klar widersprechende Gerichtsstandsklausel in ihren AGB hin, obwohl für sie erkennbar war, dass die Klägerin von der bisher vereinbarten Schiedsvereinbarung ausging. Die Klägerin musste nicht damit rechnen, dass ein entscheidender Punkt des Rahmenvertrages, auf welchen auf dem Bestellschein auch ausdrücklich verwiesen wird („Bestellung basiert auf Rahmenvertrag“), plötzlich geändert wird. Die Klausel ist somit aus subjektiver Sicht der Klägerin ungewöhnlich.
- 30 Aus objektiver Sicht wurde der Vertragscharakter geändert. Es ist objektiv nicht zu erwarten, dass in einem solch zentralen Punkt von der individuell ausgehandelten Schiedsklausel des Rahmenvertrages abgewichen wird. Der Sitz des Schiedsgerichts, die Schiedsregeln wie auch der Verfahrensort stellen wesentliche Teile einer Schiedsabrede dar, da sie einen grossen Einfluss auf das Verfahren haben (BERGER/KELLERHALS, N 273). Demnach stellt die Schiedsklausel in den AGB einen objektiv ungewöhnlichen Vertragsinhalt dar.
- 31 Da die Schiedsklausel als ungewöhnlich beurteilt und somit von der globalen Zustimmung ausgenommen wird, wurde sie nicht Vertragsbestandteil und entfaltet keine Geltung.

II. Materielles

1. Vertragsqualifikation

- 32 Der zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossene Vertrag über die Lieferung der beiden Zentralgetriebe besteht aus einem Bündel von Leistungspflichten. Wie zu zeigen sein wird, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag.
- 33 Von einer werkvertraglichen Leistungspflicht ist auszugehen, wenn eine Arbeitsleistung mit messbarem Erfolg versprochen wird, während bei einer auftragsrechtlichen Verpflichtung ein sorgfältiges Tätigwerden im Interesse des Beauftragten geschuldet ist (BGer 4A_252/2010, E. 4.1.). Wird die Herstellung und Übereignung einer im Vertragszeitpunkt noch nicht vorhandenen Sache versprochen und muss der Hersteller das Produktionsmaterial selber liefern, ist zwischen Kauf einer zukünftigen Sache und Werklieferungsvertrag zu unterscheiden (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 21). Ein Kaufvertrag liegt vor, wenn die Übereignungspflicht an der Sache im Vordergrund steht. Hingegen liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn im Vertrag eine Herstellungspflicht vereinbart wurde (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 363 N 21). Ein wichtiges Indiz für die Herstellungspflicht ist der Einfluss des Bestellers auf den Herstellungsprozess. Es genügt jedoch, wenn der Besteller nur im Hinblick auf einen Teil des Werkes eigene Wünsche anbringen kann (BGer 4C.301/2002 E. 2.1.).

- 34 Aus A/1 und E/3, Anhang I zum Lieferschein, ergibt sich, dass die Beklagte verpflichtet war, zwei Antriebseinheiten herzustellen und zu liefern, sowie dafür zu sorgen, dass die Montage den technischen Anforderungen entspricht. Diese Leistungen können als Erfolg versprochen werden, da die Leistungsfähigkeit der hergestellten Maschinen nach objektiven Kriterien bewertet werden kann. Folglich wurde ein Erfolg versprochen, weshalb von einer werkvertraglichen Leistungspflicht auszugehen ist. Die Zentralgetriebe wurden auf die Wünsche und Bedürfnisse der Klägerin abgestimmt und nach ihren Vorgaben erstellt. Dies ergibt sich zum einen aus dem Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 5. Zum anderen wird im Zeitplan des Anhangs II zum Lieferschein explizit auf die technische Grob- und Detailplanung verwiesen, für die der Beklagten ein Zeitraum von vier Monaten eingeräumt wurde. Dies zeigt, dass die von der Klägerin geforderten Anpassungen an der Maschine einen solchen Einfluss auf den Herstellungsprozess hatten, dass die Beklagte mehrere Monate in die Planungsphase investieren musste. Die Herstellungspflicht war folglich ein wichtiges Element des Vertrages. Ein Kauf einer zukünftigen Sache kann also ausgeschlossen werden und es ist von einem Werklieferungsvertrag auszugehen.
- 35 Demnach sind bezüglich Sachgewährleistung die dispositiven Bestimmungen über die Haftung für Werkmängel gem. Art. 367 ff. OR anwendbar. Auch wenn man von einem gemischten Vertrag ausgeht, kommt man zum gleichen Ergebnis. Diesfalls ist nämlich im Sinne einer doppelten Legitimation bezüglich der Rechtsfolgen zusätzlich auf den Parteiwillen abzustellen (CHK OR-HUGUENIN, Vorb. 184 ff. N 4 f.). Nach Art. 5.1 des Rahmenvertrags vereinbarten die Parteien, dass im Zweifel Ergebnisse und Resultate geschuldet sind. Dies zeigt, dass es auch dem Parteiwillen entsprach, die Bestimmungen über den Werkmangel zur Anwendung zu bringen.

2. Ansprüche aus Werkvertrag

a) Werkmangel

- 36 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, waren die von der Beklagten gelieferten Antriebssysteme mangelhaft. Ein Werkmangel liegt vor, wenn das Werk nicht diejenigen Eigenschaften aufweist, die ausdrücklich oder stillschweigend im Vertrag vereinbart wurden oder die nach Treu und Glauben erwartet werden dürfen (BGer 4A_428/2007 E. 3.1.). Ein Werkmangel ist folglich ein Abweichen von der vertraglich oder nach Treu und Glauben vorausgesetzten Soll-Beschaffenheit des Werkes (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 9). Welche Eigenschaften die Parteien vereinbart haben, ergibt sich durch Auslegung des Vertrags. Massgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, ist der Zeitpunkt der Ablieferung (BGer 4A_460/2009 E. 3.1.1.).

- 37 Gem. Art. 17.1 des Rahmenvertrags hat sich die Beklagte dazu verpflichtet, Anlagen zu liefern, die die notwendigen Betriebsfähigkeiten besitzen und sachgemäss konstruiert sind. Aus dem Leistungsschein ergibt sich, dass die Beklagte die Getriebe speziell für die 6000t/d-Clinker-Zementproduktionsanlage in Ain Dar hergestellt hat. Damit sicherte die Beklagte der Klägerin zu, dass die Zentralgetriebe so konstruiert sind, dass sie für den Betrieb in Saudi Arabien geeignet sind, die nötige Betriebssicherheit aufweisen und für eine Produktion von 6000t Clinker pro Tag geeignet sind. Diese Werkeigenschaften sind folglich vertraglich vereinbart worden.
- 38 Die Beklagte lieferte jedoch zwei Getriebe, die wegen ihrer Konstruktion nicht die nötige Betriebssicherheit für den Betrieb in Saudi Arabien aufwiesen. Die gelieferten Antriebssysteme wurden mittels einer Druckpumpe mit Öl versorgt. Im Fall eines in Saudi Arabien häufig auftretenden Stromausfalls oder eines sonstigen Ausfalls dieser Pumpe, kam es zu einer mangelhaften Schmierung des Getriebes. Die mangelhafte Schmierung war laut dem Sachverständigen Senecky unbestrittenermassen die Ursache für den Schaden am gelieferten Antriebssystem. Im Zuge der Reparaturarbeiten hat die Beklagte einen separaten Öltank oberhalb des Zentralgetriebes installiert, der auch während eines Stromausfalls dafür sorgt, dass das gesamte Antriebssystem mit Öl versorgt wird. Dies geschieht durch die Schwerkraft, die das Öl langsam durch das Getriebe fliessen lässt. Ohne diesen Tank waren die gelieferten Zentralgetriebe für den Betrieb in Saudi Arabien nicht brauchbar und verfügten nicht über die notwendige Betriebsfähigkeit, wie in Art. 17.1 des Rahmenvertrags vereinbart. Das Fehlen dieses Öltanks stellte folglich eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit des Werkes dar.
- 39 Die Beklagte hat den zusätzlichen Öltank während den Reparaturarbeiten eingebaut, ohne die Kosten dafür in Rechnung zu stellen (siehe K-14). Dieses Verhalten zeigt, dass sich die Beklagte darüber im Klaren war, ein mangelhaftes Werk geliefert zu haben.
- 40 Der Beklagten hilft der Einwand nicht weiter, die Ölspritzeanlage sei erst 2008 entworfen worden. Der Mangelbegriff ist ein rechtlicher Begriff, weshalb bei Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit immer ein Mangel vorliegt, unabhängig von der Konformität des Werkes mit dem Stand der Technik (BGer 4A_460/2009 E. 3.1.1.; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 9). Mithin stellt das Fehlen der Öleinspritzeanlage jedoch auch eine Abweichung vom Stand der Technik dar, verbaute die Klägerin doch bei anderen Projekten bereits das neue Öleinspritzsystem (Verfahrensbeschlusses Nr. 2, Ziff. 1).
- 41 Verursacht ein bestehender Mangel einen weiteren Mangel am Werk, wird von einem Sekundärmangel gesprochen (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 367 N 3). Der Pri-

märmangel muss natürlich und adäquat kausal sein für den Sekundärmangel (GAUCH, N 1470). Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn eine Ursache nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere. Die adäquate Kausalität ist zu bejahen, wenn eine Schadensursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg wie den Eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen (BGer 6B_183/2010 E. 3). Die fehlende Ölspritzeinrichtung ist als primärer, ursprünglicher Mangel anzusehen. Aus diesem Mangel heraus haben sich die weiteren Mängel in Form der zerstörten bzw. beschädigten Maschinenteile ergeben, die von der Beklagten ausgetauscht bzw. repariert wurden. Die Beklagte ist auch für diese sekundären Mängel verantwortlich: Wäre die neue Ölspritzeinrichtung installiert gewesen, wäre das Antriebssystem immer mit genügend Schmieröl versorgt gewesen, sodass keine Schäden an den einzelnen Teilen entstanden wären. Auch die adäquate Kausalität ist gegeben, liegt es doch nicht ausserhalb der normalen Lebenserfahrung, dass ein störungsanfälliges Ölversorgungssystem zu Schäden an einer Maschine führen kann.

b) Verantwortlichkeit für den Werkmangel

- 42 Die Beklagte ist mit dem Einwand, die Klägerin sei für die Mangelhaftigkeit des Werkes selber verantwortlich, nicht zu hören. Gem. Art. 369 OR entfallen die dem Besteller gegebenen Rechte bei Mangelhaftigkeit des Werkes nur, wenn er die Mängel selbst verschuldet hat. Der Besteller muss im Sinne einer Gesamtursache die für den Mangel einzig massgebliche, adäquate Ursache gesetzt haben (BGer 4C.217/2005 E. 3.2.1.). Liegt seitens des Unternehmers ebenfalls eine Pflichtverletzung vor, hat er mithin dadurch seine Sorgfaltspflicht gem. Art. 364 Abs. 1 OR verletzt und zur Entstehung des Werkmangels beigetragen, so schliesst dies ein Selbstverschulden des Bestellers aus (GAUCH, N 1919). Art. 369 OR legt fest, dass der Unternehmer auch dann haftet, wenn der Besteller mittels falscher Weisungen den Mangel verursacht hat, der Unternehmer aber wiederum seine eigene Sorgfaltspflicht verletzt hat, indem er den Besteller auf den Mangel nicht aufmerksam gemacht hat. Diese Wertung ist gerechtfertigt, da die Sachkenntnis im Werkvertragsrecht beim Unternehmer liegt (BGE 116 II 454 E. 2c aa).
- 43 Zunächst ist hinsichtlich des Primärmangels anzuführen, dass weder die Klägerin noch die MECC einen Einfluss auf die von der Beklagten gewählte Konstruktion des Ölversorgungssystems hatte. Da die Klägerin und die MECC keinen Einfluss auf die Konstruktion hatten, kann der Klägerin in Bezug auf den Primärmangel auch keine Selbstverursachung gem. Art. 369 OR vorgeworfen werden.

- 44 Dieser primäre Mangel war, wie in Abschnitt (Rz. 41) dargelegt, adäquat kausal für den Sekundärmangel, d.h. die Zerstörung der Maschinenteile des Zentralgetriebes.
- 45 Auch wenn man das Verhalten der MECC der Klägerin zurechnet, ist im Folgenden zu zeigen, dass die Beklagte der Klägerin keine Selbstverursachung des Sekundärmangels i.S.v. Art. 369 OR vorwerfen kann. Es obliegt dem Unternehmer, den Besteller über mögliche Gefahren des Werkes zu informieren. Diese Informationspflicht ergibt sich aus der Sorgfaltpflicht des Unternehmers gem. Art. 364 Abs. 1 OR (BGE 129 III 604 E. 4.1). Die Beklagte kann sich mit dem Hinweis auf ihr Bedienungshandbuch nicht von dieser Pflicht befreien. Das Bedienungshandbuch, wie von der Beklagten zitiert, äussert sich nicht zu den Gefahren des gewählten Ölversorgungskonzepts. Namentlich fehlt ein Hinweis auf die Folgen eines Stromausfalls und den damit verbundenen Ausfall der Pumpe. Dass ähnliche Schadenfälle bei zwei anderen Projekten der Beklagten aufgetreten sind, zeigt, dass ihr Bedienungshandbuch den Anforderungen nicht genügt (siehe K-11). Des Weiteren hat die Beklagte im Rahmen des technischen Service vor Ort auch nicht gegenüber der MECC auf diese Gefahren hingewiesen. Die Beklagte kann der MECC bzw. Klägerin folglich nicht einen falschen Gebrauch vorwerfen, wenn sie ihren eigenen Pflichten zur korrekten und vollständigen Information nicht nachkam.
- 46 Die Beklagte führt als weitere Schadensursachen Mängel am Verriegelungssystem, am Anschluss des Ölversorgungssystems und an der Trommelbremse an. Die Beklagte ist jedoch auch für diese Mängel verantwortlich. Die Beklagte wäre gem. Anhang I Abschnitt E, Ziff. 3 zum Lieferschein dazu verpflichtet gewesen, mit Hilfe ihres technischen Service sicherzustellen, dass sowohl die Montage wie auch die Inbetriebnahme den technischen Anforderungen entsprechen. Die Beklagte hat mithin in dieser Hinsicht einen Erfolg versprochen, was sich im Zweifelsfalle auch aus Art. 5.1 des Rahmenvertrags ergibt. Wenn sie folglich Zweifel an der Montage geltend macht, bemängelt sie einen Erfolg, den sie gem. Vertrag selbst geschuldet hätte.
- 47 Die Beklagte hätte die angeblichen Mängel am Verriegelungssystem, am Anschluss des Ölversorgungssystems und an der Trommelbremse bemerken und die Klägerin darüber aufklären müssen. Der zuständige Ingenieur der Beklagten, Stefan Fallet, ist dieser Pflicht jedoch nicht nachgekommen. Zum einen hat er die Baustelle ohne Einwilligung der Beklagten verlassen, was gegen Art. 3.2 des Rahmenvertrags und Abschnitt E, Ziff. 1 des Anhangs I zum Leistungsschein verstösst. Zum anderen kam der nächste Servicetechniker, trotz Ankündigung des Kalttestlaufs (siehe K-9), erst 3 Wochen nach Anfrage der Klägerin in Al-Hofuf an und verpasste so den Kalttestlauf selbstverschuldet. Darüberhinaus kam der Techniker der Beklag-

ten auch später als von Herrn Fallet angekündigt (siehe K-8), wobei die Verspätung nicht angekündigt wurde (siehe Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 3). Des Weiteren waren die Techniker der Beklagten auch am Leistungstest nicht anwesend. Dies zeigt auf, dass die Beklagte ihrer Pflicht gem. Abschnitt E, Ziff. 3 des Anhangs I zum Leistungsschein, Vollzeittechniker zur Verfügung zu stellen, nicht nachkam. Dies, obwohl die Beklagte immer bereit war, zusätzliche Arbeitsstunden separat zu vergüten (Abschnitt E, Ziff. 7 Anhang I). Hinzu kommt, dass die Beklagte auch keine Endinspektion des Getriebes vorgenommen hat. Dies wäre ihr möglich gewesen, unabhängig von einer Teilnahme am Leistungstest. Die Abwesenheit der Beklagten in den entscheidenden Phasen der Montage und Inbetriebnahme stellt eine grobfahrlässige Verletzung ihrer Pflichten dar.

48 Schliesslich bringt die Beklagte vor, die Klägerin habe das Nebengetriebe beschädigt, indem sie angeblich eine verdrehte Zahnkupplung wieder einrenken wollte. Die Beklagte gesteht mit ihrer Formulierung in der Einleitungsantwort selbst ein, dass diese Information nicht aus verlässlicher Quelle stammt. Des Weiteren wäre das Vorliegen einer verdrehten Zahnkupplung wiederum ein Mangel des Werkes, für den die Beklagte einzustehen hat. Namentlich würde es sich um einen versteckten Mangel handeln, der erst im Verlauf des Betriebs der Maschine entdeckt werden könnte. Die Beklagte zeigt in keinsten Weise auf, dass die verdrehte Zahnkupplung auf ein Verschulden der Klägerin bzw. der MECC zurückzuführen ist.

49 Es lässt sich zusammenfassen, dass die Beklagte für den Primär- und Sekundärmangel verantwortlich ist, weil sie ein unsachgemässes Ölversorgungskonzept gewählt hat. Darüber hinaus trifft sie eine zusätzliche Verantwortung für die Mängel, da sie mangelhaft informiert hat und mangelhaften technischen Service geleistet hat. Dieses zusätzliche Verschulden an der Entstehung der Mängel schliesst ein Selbstverschulden der Klägerin bzw. ein allenfalls ihr zurechenbares Verschulden der MECC im Sinn von Art. 369 OR aus.

c) Prüfungs- und Rügepflicht

50 Wie im Folgenden dargelegt wird, kam die Klägerin ihrer Prüfungs- und Rügepflicht nach. Gem. Art. 370 Abs. 3 OR muss der Besteller Mängel, die bei der ordentlichen Prüfung des Werkes nicht ersichtlich sind, rügen, sobald der Mangel erkennbar wird. Mängel, die bei der ordentlichen Prüfung nicht erkennbar sind, werden als geheime Mängel bezeichnet. Diese Mängel sind zwar bereits bei Ablieferung des Werkes vorhanden, entwickeln sich jedoch erst nach Ablauf der Zeitspanne für die ordentliche Prüfung zur wahrnehmbaren Vertragsabweichung (BGer 4A_82/2008 E. 5.1). In diesem Fall entsteht die Rügepflicht erst, wenn der Mangel zweifelsfrei feststellbar ist, und nicht schon wenn erste Mangelspuren erkennbar sind (BGE 117 II 425 E. 2; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 20).

- 51 Der konzeptionelle Mangel der Maschine bezüglich der Ölschmierung war ein versteckter Mangel, der nicht sofort bei Ablieferung ersichtlich war. Die mangelhafte Ölversorgungskonzeption des Antriebssystems wirkte sich auf die sich im Innern der Maschine befindlichen Teile aus. Der Zustand dieser Teile ist von aussen nicht ersichtlich und äussert sich erst, wenn Betriebsstörungen auftreten bzw. der Betrieb unterbrochen werden muss. Erst als sich die Beschädigung dieser mechanischen Teile im Betriebsunterbruch vom 08.07.11 manifestierte, war der Mangel zweifelsfrei feststellbar. Die MECC erhob noch gleichentags und folglich rechtzeitig Mängelrüge (siehe K-10).
- 52 Gem. Art. 17.2 i.V.m. 17.3 des Rahmenvertrags muss die Rüge innerhalb der Garantiezeit erfolgen. Daraus ergibt sich, dass die im Rahmenvertrag vereinbarte Garantiezeit die absolute Verwirkungsfrist für die Mängelrüge ist. Vorliegend hat die Klägerin die Mängelrüge am 08.07.11 vorgenommen (siehe K-10). Die 36 monatige Garantiefrist, laufend ab Datum der Ablieferung (02.02.10) war somit noch nicht verstrichen, weshalb die Mängelrüge rechtzeitig erfolgte. Mangels gültiger Abnahme ist die Garantiefrist von 12 Monaten seit der Abnahme vorliegend ohne Belang (siehe zur fehlenden Abnahme Rz. 58). Auch wenn man mit der Beklagten davon ausginge, mit Abschluss des Endtestlaufs wäre die Abnahme des Werkes erfolgt, wäre die Mängelrüge im Juli 2011 rechtzeitig gewesen, da seit dem Endtestlauf zu diesem Zeitpunkt erst 7 Monate vergangen waren.
- 53 Inhaltlich muss der Besteller in der Rüge zum Ausdruck bringen, dass er das Werk als mangelhaft ansieht und den Unternehmer haftbar machen will. Die genaue Ursache des Mangels muss dabei nicht dargelegt werden (BGer 4C.130/2006 E. 4.2.1).
- 54 Die Rüge war inhaltlich genügend substantiiert, nahm sie doch Bezug auf die mangelhafte Ölschmierung und die dadurch verursachte Betriebsunterbrechung. Zu diesem Zeitpunkt konnte noch nicht verlangt werden, dass die MECC detaillierte Angaben über die Sekundärmängel macht, da ihr dazu die notwendigen Expertenkenntnisse fehlten. Zudem wurde in der Rüge auch auf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen hingewiesen. Dies ergibt sich aus der Wendung „Die Beseitigung dieses Schadensfalls läuft noch unter Garantiezeit“ (siehe K-10).
- 55 Die Rüge muss nicht unbedingt vom Besteller erhoben werden; sie kann auch von einer Hilfsperson abgegeben werden (GAUCH, N 2126; FURRER, S. 56). Dies ist insbesondere dann sachgerecht, wenn das Werk direkt an eine dritte Partei geliefert wird, der Besteller mithin mangels Sachnähe gar keine Möglichkeit hat, die Mangelhaftigkeit des Werkes zu beurteilen. Die Rügepflicht stellt eine Obliegenheit dar. Die Verletzung dieser Pflicht führt einzig zu Rechtsverlusten der Schuldnerin und ist weder einklagbar noch berechtigt sie zu einer Scha-

denersatzforderung (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 2). Gem. Art. 101 Abs. 1 OR wird das Verhalten von Hilfspersonen, die der Schuldner zum Zwecke der Erfüllung vertraglicher Pflichten herbeizieht, dem Schuldner zugerechnet. Unter den Begriff der vertraglichen Pflichten fallen auch Obliegenheiten (CHK OR-FURRER/WEY, Art. 101 N 6). In diesem Sinn überliess die Klägerin es der MECC als ihre Hilfsperson, die Mängelrüge gegenüber der Beklagten zu erheben. Daher ist die von der MECC erfüllte Mängelrüge der Klägerin zuzurechnen (Art. 101 Abs. 1 OR).

- 56 Hingegen kann die Beklagte nicht einwenden, die MECC habe die Mängel am Werk genehmigt, indem sie die Offerte für die Reparatur angenommen hat. Die Genehmigung des abgelieferten Werkes ist eine Willenserklärung des Bestellers, wonach er das Werk als vertragsgemäss annimmt (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 370 N 1). An die Willenserklärung wird mithin der Verlust der Mängelrechte geknüpft. Ein solches aktives Verfügen über die privatrechtlichen Rechte eines Dritten würde jedoch eine entsprechende Vertretungsbefugnis der MECC gem. Art. 32 ff. OR voraussetzen (BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 12). Die MECC verfügte nicht über eine solche Vertretungsbefugnis seitens der Klägerin.

d) Verjährung

- 57 Im Folgenden wird aufgezeigt, dass die Sachgewährleistungsansprüche der Klägerin noch nicht verjährt sind. Gem. Art. 17.2 des Rahmenvertrags wurde zwischen den Parteien eine Modifikation der gesetzlichen Verjährungsfristen (Art. 371 OR) vereinbart. Auch der Zeitpunkt der Abnahme wurde vertraglich festgelegt (Art. 13 Rahmenvertrag). Eine solche Modifikation ist grundsätzlich sowohl unter altem wie auch neuem Recht möglich, da es sich mehrheitlich um dispositives Recht handelt (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 371 N 40; GAUCH, recht, 134 f.). Eine Ausnahme besteht bezüglich der zehnjährigen Verjährungsfrist bei absichtlicher Täuschung. Gem. Art. 135 Ziff. 2 OR führt die Einreichung einer Klage vor einem Schiedsgericht zur Verjährungsunterbrechung. Mit der Unterbrechung der Verjährungsfrist beginnt die Frist neu zu laufen (Art. 137 Abs. 1 OR).
- 58 Die Beklagte führte in Rz. 29 der Einleitungsantwort aus, dass aufgrund des Endtestlaufs Ende Dezember 2010 die Anlagen abgenommen und genehmigt worden seien. Das nach Art. 13.2 des Rahmenvertrags für die Abnahme erforderliche Abnahmezertifikat wurde aber bis heute nicht unterzeichnet. Die Abnahme des Werkes ist demnach nicht erfolgt. Daher kommt gem. Art. 17.2 des Rahmenvertrags die Verjährungsfrist von 36 Monaten nach Ablieferung zur Anwendung. Die Ablieferung erfolgte am 2.2.10 am Hafen vom Dammam, weshalb durch Einleitung der vorliegenden Klage die Verjährung rechtzeitig am 11.1.13 unterbrochen wurde.

- 59 Auch wenn man davon ausgeht, dass die Abnahme erfolgt sei und die 12-monatige Frist gem. Art. 17.2 des Rahmenvertrags zur Anwendung käme, würde dies der Beklagten nicht weiterhelfen. Gem. Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 3 aOR kann sich der Unternehmer bei absichtlicher Täuschung des Bestellers nicht auf die einjährige ordentliche Verjährungsfrist berufen. Diese Bestimmung wurde durch die Gesetzesänderung vom 1.1.2013 inhaltlich nicht verändert (GAUCH, recht, 134 f.). Gem. ständiger Rechtsprechung des BGer kommt in diesem Fall eine zehnjährige Verjährungsfrist zur Anwendung, die ab dem Zeitpunkt der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt (BGE 100 II 30 E. 2.; bestätigt in: BGE 107 II 231). Da es sich bei der absichtlichen Täuschung um ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten handelt, sind kürzere vertraglich vereinbarte Verjährungsfristen bei absichtlicher Täuschung nichtig gem. Art. 199 OR (GAUCH, recht, 134 f.; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 371 N 18 und 40).
- 60 Eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 3 aOR bzw. Art. 371 Abs. 3 i.V.m. Art. 210 Abs. 6 nOR liegt vor, wenn das Werk einen Mangel aufweist, den der Unternehmer durch aktives oder passives Verhalten gegenüber dem Besteller verheimlicht hat (BGer 4A_301/2010 E. 3.2.). Zugleich muss der Besteller sich über das Vorhandensein des Mangels geirrt haben (PEDRAZZINI, N 355). Die Täuschung muss kausal für diesen Irrtum sein (PEDRAZZINI, N 358). Massgebender Zeitpunkt für die Täuschung ist dabei nicht der Vertragsschluss, sondern der Zeitpunkt der Ablieferung des erstellten Werks (BGE 117 II 259 E. 2a.; GAUCH, N 2278; PEDRAZZINI, N 629). Täuscht der Unternehmer durch Verschweigen, so fällt sein Verhalten nur dann unter den Tatbestand, wenn sich eine Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben, Gesetz oder Vertrag ergibt. Aus Treu und Glauben ergibt sich dann eine Aufklärungspflicht, wenn der Unternehmer bewusst einen Mangel verschweigt, der für den Besteller als versteckter Mangel nicht erkennbar ist und für ihn ein wichtiges Element des Vertrages darstellt (BGer 4A_301/2010 E. 3.2.). Die Täuschung muss darüber hinaus vorsätzlich erfolgen, wobei Eventualvorsatz genügt (BGer 4A_622/2012 E. 3.2.).
- 61 Das täuschende Verhalten besteht vorliegend darin, dass die Beklagte die Mangelhaftigkeit des von ihr gewählten Ölversorgungskonzepts gegenüber der Klägerin im Zeitpunkt der Ablieferung verschwiegen hat. Wie sich aus dem Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 1 ergibt, hat die Beklagte bereits im Winter 2009/2010 die neue Ölspritzeinrichtung bei anderen Antriebs-einheiten eingebaut. Zudem meldete die Beklagte während der Produktionsphase Schwierigkeiten, die nötigen Rohstoffe zu besorgen und kündete einen möglichen Lieferverzug an (K-5). Um einen solchen Lieferverzug zu verhindern, der zur Zahlung einer Konventionalstra-

fe gem. Art. 14.1 des Rahmenvertrags geführt hätte, unterliess es die Beklagte, die neu entwickelte Ölspritzeinrichtung einzubauen. Nur so war es ihr möglich, den Abgabetermin für das Werk (13.02.10) einzuhalten. Die Klägerin hat den Mangel folglich bereits bei Ablieferung des Werkes gekannt und zumindest eventualvorsätzlich verschwiegen, um einerseits wirtschaftliche Nachteile zu verhindern und andererseits ihr geschäftlichen Ansehen zu wahren. Die Klägerin hingegen kannte den Mangel nicht und befand sich deswegen in einem Irrtum über die Betriebsfähigkeit und Sicherheit der Getriebe. Die Mängel wurden erst dann erkennbar, als sich durch die mangelhafte Schmierung Schäden an den mechanischen Teilen des Getriebes offenbarten. Als der Mangel klar erkennbar war, erhob die MECC sofort Mängelrüge (K-10).

62 Die Beklagte trifft auch eine Aufklärungspflicht gegenüber der Klägerin. Das Funktionieren der Ölversorgung und die damit verbundene Betriebssicherheit stellten erkennbar wichtige Elemente für die Klägerin dar. Die Klägerin betonte gegenüber der Beklagten, dass es sich um ein Prestigeobjekt handelt, in welches die saudische Öffentlichkeit grosse Erwartung setzte. Die Beklagte war sich bewusst, dass es sich beim Mangel des Ölversorgungssystems bzw. bei den dadurch entstehenden Getriebeschäden um versteckte Mängel handelt, die die Beklagte erst nach längerer Zeit entdecken würde. Indem sie diese Mängel verschwieg, handelte sie treuwidrig. Auch aus dem Vertrag ergab sich eine Aufklärungspflicht der Beklagten, war sie doch für den technischen Service, mithin für die Instruktion des Personals vor Ort zuständig (Leistungsschein Anhang I, Lit. E, Ziff. 3).

63 Dieses Verhalten war kausal für den Irrtum der Klägerin bzw. der MECC betreffend Leistungsfähigkeit und Betriebssicherheit der Maschine. In dieser Hinsicht hilft der Beklagten auch das Zitat aus dem Betriebshandbuch nicht weiter, enthält dieses ja keine Hinweise auf die möglichen Gefahren und Schäden, die bei einem Stromausfall oder sonstigen Ausfall der Pumpe eintreten könnten. Die Voraussetzungen für eine absichtliche Täuschung sind somit gegeben.

64 Die Gewährleistungsansprüche der Klägerin verjähren folglich wegen absichtlicher Täuschung der Klägerin mit Ablauf von zehn Jahren. Demnach sind die Ansprüche der Klägerin mit Einreichung der Klage beim Schiedsgericht am 11.1.13 noch nicht verjährt.

e) Gewährleistungsausschluss

65 Gem. Art. 199 OR ist eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Diese kaufrechtliche Bestimmung ist gem. h.L. auch auf Werkverträge anwendbar (GAUCH, N 2580; PEDRAZZINI, N 828; BUOL, N 409).

66 Das arglistige Verschweigen gem. Art. 199 OR stimmt gem. Bundesgericht mit der „absichtlichen Täuschung“ des zuvor behandelten Art. 210 Abs. 3 aOR/Art. 210 Abs. 6 nOR überein (BGer 4A_301/2010 E. 3.2.). Dass diese Voraussetzungen vorliegend zu bejahen sind, wurde bereits dargelegt. Daraus folgt, dass die Beschränkungen der Gewährleistungspflicht der Beklagten in Art. 17 des Rahmenvertrags der Klägerin nicht entgegenhalten werden können.

f) Minderung des Werklohnes

67 Wie darzulegen ist, hat die Klägerin aufgrund des Werkmangels das Recht, 444'425 Euro des bezahlten Werklohns von der Klägerin zurückzufordern. Zu den Mängelrechten des Bestellers gehört das Recht, die Minderung des Werklohnes zu verlangen (Art. 386 Abs. 2 OR). Dies setzt einen Minderwert des Werkes voraus (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 368 N 8). Der Minderungsbetrag wird gem. der relativen Berechnungsmethode nach dem Verhältnis des Werts des mangelfreien Werkes gegenüber dem Wert des mangelbehafteten Werkes ermittelt. Dabei geht das Bundesgericht von den folgenden zwei natürlichen Vermutungen aus: der Werklohn entspricht dem objektiven Wert des Werkes und der Minderwert entspricht den Kosten für die Behebung des Mangels (BGer 4C.346/2003 E. 4.3.1.).

68 Wie bereits unter Rz. 44 dargelegt, handelt es sich bei den zerstörten Maschinenteilen um Sekundärmängel des Werkes. I.S. einer natürlichen Vermutung entspricht der Minderwert des Werkes und die Minderung des Werklohnes vorliegend den Reparaturkosten in der Höhe von 444'225 Euro. Für den Primärmangel ist die Beklagte selbst aufgekommen (siehe K-14).

69 Wurde die vertraglich vereinbarte Vergütung durch den Besteller bereits beglichen, besteht ein vertraglicher Anspruch auf Rückerstattung des Preises in Höhe des Minderungsbetrags (GAUCH, 2011, N 1617). Mangels anderer Abrede ist dabei ein Zins von 5 % seit Empfang der zurückzuerstattenden Leistung zu bezahlen (BGer 4C.11/2005 E. 3.3.). Der Werkbesteller ist nicht gezwungen, die Minderung gleichzeitig mit der Mängelrüge zu erklären, solange die Erklärung innerhalb der Verjährungsfrist der Mängelrechte erfolgte (BGE 98 II 118 E. 2.; GAUCH, N 2136; SIEGENTHALER, S. 106 N 144).

70 Die Klägerin hat die Minderungserklärung gegenüber der Beklagten spätestens am 30.09.12 während des Gesprächs in Zollikofen erklärt, indem sie die Kosten für die Reparatur in Höhe von 444'225 Euro plus 5 % Zins seit dem 18.5.2012 von der Beklagten zurückforderte. Da die Mängelrechte der Klägerin in diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt waren (siehe Rz. 57 ff.), erfolgte die Minderungserklärung rechtzeitig. Es wäre für die Beklagte auch nicht möglich gewesen, die Minderungserklärung früher anzubringen, wusste sie doch bis dato nicht, dass die MECC ihr gegenüber die Kosten für die Reparatur in Abzug bringen würde. Somit erfolgte die Erklärung des Minderungsrechts rechtzeitig. Da die Klägerin bereits den vollen Werk-

lohn bezahlt hat, hat sie einen vertraglichen Anspruch auf Rückerstattung des Minderungs Betrags inkl. 5 % Zins.

g) *Mangelfolgeschaden*

- 71 Die Beklagte schuldet der Klägerin des Weiteren auch Mangelfolgeschaden für die Miete der beiden Kräne in der Höhe von 322'775 Euro zzgl. 5 % Zins seit dem 18.5.12. Mangelfolgeschaden ist Schaden, der auf einen Werkmangel zurückzuführen ist, aber gleichermassen ausserhalb desselben eintritt (BGer 4C.130/2006 E. 6.1.; BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 69). Der Mangelfolgeschaden bezieht sich demnach nicht auf den vermögensmässigen Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit des Werkes selbst begründet ist (CHK OR-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 368 N 14). Die am Werke selber entstandenen Schäden sind Werkmängel (GAUCH, N 1864). Der Schaden definiert sich als unfreiwillige Vermögensverminderung in Form der Verminderung der Aktiven, der Erhöhung der Passiven oder entgangenem Gewinn. Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens tritt kumulativ zum Recht auf Minderung hinzu (BGer 4C.106/2005 E. 3.1.). Der Schadenszins beträgt 5 % gem. Art. 73 Abs. 1 OR und ist ab Eintritt des Schadens geschuldet (GAUCH, N 1901).
- 72 Die Kosten für die beiden Kräne, die für den Ausbau der beschädigten Antriebssysteme notwendig waren, stellen einen Mangelfolgeschaden dar. Die Kosten in Höhe von 322'775 Euro stellen zum einen eine unfreiwillige Vermögensverminderung der Klägerin dar, wurden die Aktiven der Klägerin doch durch die Verrechnungserklärung seitens der MECC verringert. Zum anderen handelt es sich um Vermögenseinbussen der Klägerin, die ausserhalb der eigentlichen Werkmängel eingetreten sind, da es sich nicht um Ersatz für die Mangelhaftigkeit des Werkes selbst handelt. Da der Schaden mit der Ankündigung der MECC gegenüber der Klägerin vom 18.5.12 entstand, schuldet die Beklagte ab diesem Zeitpunkt Schadenszins in der Höhe von 5 %.
- 73 Der Werkmangel muss adäquat kausal für den Mangelfolgeschaden sein (ZK OR-Bühler, Art. 368 N 172). Wäre das Getriebe nicht beschädigt worden, wäre auch der Ausbau nicht notwendig gewesen. Es liegt auch nicht ausserhalb der Lebenserfahrung, dass die Beschädigung eines grossen Industrieantriebssystem dessen Ausbau notwendig macht, wofür wiederum Kräne notwendig sind.
- 74 Gem. Art. 368 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR wird das Verschulden des Unternehmers für den Mangelfolgeschaden vermutet. Ein Verschulden liegt namentlich dann vor, wenn der Unternehmer den Besteller über das Vorhandensein von Mängeln absichtlich getäuscht hat (BK OR-GAUTSCHI, Art. 368 N 26a). Eine solche absichtliche Täuschung wurde bereits nachgewiesen, womit Verschulden gegeben ist.

h) Zwischenfazit

75 Aus den hiervor dargelegten Gründen ergibt sich, dass die Beklagte der Klägerin 444'225 Euro infolge Minderung des Werklohns und 322'775 Euro als Mangelfolgeschaden schuldet, verzinst zu 5 % seit dem 18.05.12.

3. Vertragsstrafe

76 Wie in der Einleitungsanzeige bereits gefordert, schuldet die Beklagte der Klägerin neben dem Ersatz des entstandenen Schadens eine Vertragsstrafe gestützt auf Art. 17.3 des Rahmenvertrages. Diese Vertragsstrafe beläuft sich nach Art. 14 des Rahmenvertrages auf 108'000.00 Euro, was 3% des Vertragswertes entspricht (Art. 17.2 Rahmenvertrag).

77 Konventionalstrafen sind geschuldet, wenn die Bedingung, d.h. die Nichterfüllung oder die nicht richtige Erfüllung der durch die Strafe gesicherten Verpflichtung, eingetreten ist (HUGUENIN, N 1261). Darüber hinaus wird die Konventionalstrafe bei Unmöglichkeit der Leistung, vorbehaltlich anderer Abreden, nur bei Verschulden geschuldet (HUGUENIN, N 1262). Sollte die Konventionalstrafe in Konkurrenz zu einem Schadenersatzanspruch treten, wäre nur die Differenz zum geforderten Schadenersatz geschuldet (HUGUENIN, N 1267). Zuletzt darf die Konventionalstrafe nicht verjährt sein und auch aus keinem anderen Grund verfallen sein (z.B. durch vorbehaltlose Abnahme, BGE 97 II 350 E. 2a.).

a) Eintreten der Bedingung

78 Die vorliegende Konventionalstrafe ist gem. Art. 17.3 geschuldet, wenn während der Garantiezeit ein Mangel auftritt, für welchen die Beklagte haftet und dessen Behebung durch die Beklagte mehr als drei Wochen in Anspruch nimmt. Die Konventionalstrafe ist bemessen an der Dauer der Reparatur, welche die zulässigen drei Wochen überschreitet, mit Begrenzung auf 3% des Vertragswertes.

79 Der am 08.07.11 eingetretene Schaden am Getriebe stellt einen Mangel dar (siehe Rz. 49), welcher in der Garantiezeit eingetreten ist. Dass die Beklagte für den Mangel haftet wurde bereits dargelegt (siehe Rz. 49). Im Weiteren wird von der Beklagten nicht bestritten, dass die Behebung des Mangels und die Reparatur der Anlage mehr als drei Wochen in Anspruch genommen hat. Die Reparatur dauerte beinahe sieben Monate. Die daraus resultierende Vertragsstrafe nach Art. 17.3 i.V.m. Art. 14.3 erreicht den Grenzwert von 3% des Vertragswertes.

80 Die für die Konventionalstrafe vorausgesetzte Bedingung ist somit eingetreten. Dass die Meldung durch die MECC und nicht die Klägerin erfolgt ist tut insofern nichts zur Sache, da die MECC die Klägerin in ihrer Rüge vertreten hat (siehe Rz. 55).

b) Verschulden

- 81 Gem. Art. 163 Abs. 2 OR wird eine Konventionalstrafe mangels anderer Abrede nicht geschuldet, sofern die Leistung unmöglich ist und den Schuldner an diesem Umstand kein Verschulden trifft. Sofern eine Leistung noch möglich ist, wird ein Verschulden im Gesetz nicht vorgesehen und ist entsprechend auch nicht nachzuweisen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 3814).
- 82 Vorliegend kann nicht davon gesprochen werden, dass die Leistung unmöglich geworden ist, da die Reparatur ausgeführt werden konnte. Selbst wenn das Verschuldenserfordernis von Art. 163 Abs. 2 OR analog auf den Verzug Anwendung fände, wäre die Konventionalstrafe vorliegend geschuldet. Dies, da eine Abrede vorliegt, wonach die Konventionalstrafe ohne Verschulden geschuldet ist (siehe Rz. 83). Selbst beim Fehlen einer solchen Abrede wäre die Konventionalstrafe geschuldet, da ein Verschulden der Beklagten vorliegt (siehe Rz. 85).
- 83 Die Verschuldensabhängigkeit einer Konventionalstrafe ist in jedem Fall dispositiver Natur. Es steht den Parteien offen, eine Abrede zu treffen, wonach die Konventionalstrafe verschuldensunabhängig geschuldet wird (HUGUENIN, N 1262).
- 84 Eine solche Abrede liegt hier vor, und zwar gem. Art. 17.3 des Rahmenvertrags. Zunächst verweist Art. 17.3 des Rahmenvertrages auf Art. 14. Die Verzugsstrafe in Art. 14 ihrerseits ist gem. Abs. 2 lediglich beim Vorliegen höherer Gewalt nicht geschuldet. Eine weitergehende Exkulpation ist auch dort nicht möglich. Darüber hinaus setzt die vorliegende Konventionalstrafe bereits ein Verschulden am Mangel voraus. Ein weiteres Verschulden an der Verzögerung muss deshalb nicht vorliegen, weil bereits die Ursache der Reparatur im Verantwortungsbereich der Beklagten fällt. Ein Verschulden sowohl am Mangel als auch an der Verzögerung der Reparatur würde die Beklagte ungebührlich vor den Folgen ihrer Fehler schützen und ist deshalb abzulehnen.
- 85 Schliesslich ist festzuhalten, dass die Gründe der Verzögerungen zumindest zu Teilen bei der Beklagten liegen. Wohl weist sie darauf hin, dass die lange Dauer der Reparatur auf Lieferengpässe zurückzuführen sei, substantiiert dies aber nicht. Die Beklagte ist bereits ihrer in Art. 17.3 statuierten Pflicht, fachkundiges Personal innert sieben Tagen ab Information vor Ort bereitzustellen, nicht nachgekommen. Zieht man dies in Betracht, erscheint es fragwürdig, ob die Reparatur nicht innert wesentlich kürzerer Frist möglich gewesen wäre. Die Beweislast für fehlendes Verschulden wird jeweils der Schuldnerin auferlegt (BGer 4C.36/2005 E. 3.2.). Da die Beklagte diesen Beweis nicht erbringt, ist von einem Verschulden auszugehen.

c) *Konkurrenz zum Schadenersatz*

86 Würde die Konventionalstrafe in Konkurrenz zu einem Schadenersatzanspruch treten, wäre lediglich die Differenz zu leisten (HUGUENIN, N 1267). Da mit der vorliegenden Konventionalstrafe jedoch nicht der Schaden am Werk selbst oder die Mängelbehebung abgegolten werden soll, sondern die Kosten des Stillstands des Zementwerks, liegt keine Konkurrenz vor.

d) *Weitere Voraussetzungen*

87 Die Konventionalstrafe verjährt innert zehn Jahren oder bei Werkmängeln zusammen mit den Gewährleistungsansprüchen (GAUCH, Rz. 2210). Da die Ansprüche aus Werkmängeln noch nicht verjährt sind (siehe Rz. 64) und noch keine zehn Jahre vergangen sind, bleibt die Konventionalstrafe in jedem Fall geschuldet.

88 Eine vorbehaltlose Abnahme der Reparatur liegt ebenfalls nicht vor, da die Klägerin zu keinem Zeitpunkt der Kostenverteilung zugestimmt hat. Ein Untergang der Konventionalstrafe kann deshalb auch nicht damit begründet werden. Die Abnahme kann auf jeden Fall nicht durch die MECC vorgenommen worden sein, da ihr die nötige Vertretungsmacht fehlte (siehe Rz. 55).

89 Zuletzt ist noch festzuhalten, dass Art. 14.5 des Rahmenvertrags vorliegend einer Konventionalstrafe nicht entgegensteht. Art. 14.5 setzt voraus, dass die Verzögerung *offensichtlich* keine Kosten, Ausgaben oder Schäden bewirkt hat. Ein solcher offensichtlicher Fall liegt hier nicht vor. Der Klägerin sind bereits dadurch Kosten entstanden, dass sie für allfällige Forderungen der MECC nach Art. 960e Abs. 2 OR Rückstellungen vornehmen musste. Ein Schaden im Rechtssinn liegt gem. Bundesgericht nicht erst dann vor, wenn effektiv Barmittel abfliessen, sondern bereits wenn sich dieser in der Erfolgsrechnung niederschlägt (BGE 116 II 441 E. 3.). Es wäre fahrlässig von der Klägerin, für die Forderungen der MECC gestützt auf Schadenersatz aus Stillstand der Maschinen, keine Rückstellungen vorzunehmen. Für die Rückstellungen kommt es gem. Bundesgericht insbesondere nicht darauf an, ob bereits Inkassomassnahmen angedroht wurden geschweige denn die Forderung gerichtlich geltend gemacht wurde (BGE 116 II 441 E. 3.). Somit ist ein Ausschluss der Konventionalstrafe gestützt auf Art. 14.5 des Rahmenvertrags ausgeschlossen.

e) *Zwischenfazit*

90 Aus den oben dargelegten Gründen ist die Vertragsstrafe gem. Rechtsbegehren geschuldet.