

Moot Court Team 9

Oliver Dalla Palma
Danijela Glavonjic
Patrick Steiner
Andreas Wehowsky

per E-Mail

Sekretariat des Schiedsgerichtshofs der
Swiss Chambers' Arbitration Institution
c/o Zürcher Handelskammer
Selnaustrasse 32
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 9

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22
D-70173 Stuttgart, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team (...)

betreffend

Forderung

Sehr geehrte Frau Präsidentin Prof. Dr. Y.,
sehr geehrte Herren Schiedsrichter Dr. X. und Dr. A.

Namens und mit Vollmacht der Klägerin stellen wir fristgerecht 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

Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis.....	VI
Entscheidungsverzeichnis	X
A Dieses Schiedsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig	1
I. Das auf die Schiedsklauseln anwendbare Recht ist Schweizer Recht	1
II. Das Schiedsgericht entscheidet in eigener Kompetenz über seine Zuständigkeit	1
III. Die Schiedsklausel des Rahmenvertrags begründet die Zuständigkeit.....	2
1. Die Schiedsklausel in den AGB wurde kein Vertragsbestandteil	2
2. Die Schiedsklausel in den AGB ist überdies formungültig.....	3
3. Eventualiter geht die Schiedsklausel des Rahmenvertrags vor.....	3
IV. Fazit.....	4
B Die Beklagte ist zur Tragung der Kosten von EUR 767'000.00 verpflichtet	5
I. Die Beklagte war zur Lieferung eines mangelfreien Werks verpflichtet.....	5
1. Die Klägerin und die Beklagte haben einen gemischten Vertrag geschlossen	5
2. Die MECC wird als Drittpartei begünstigt.....	5
3. Die Beklagte hat ein mangelfreies Werk herzustellen und dafür Gewähr zu leisten ..	6
II. Die Beklagte ist für die eingetretenen Mängel an Zentralgetriebe II verantwortlich	6
1. Die Beklagte ist für den Konstruktionsmangel verantwortlich.....	6
2. Die Beklagte ist für den Benutzerdokumentationsmangel verantwortlich.....	7
III. Der Gewährleistungsanspruch der Klägerin ist weder verwirkt noch unbegründet	8
1. Die Klägerin ist ihren Prüf- und Rügeobligationen nachgekommen.....	8
2. Durch die Klägerin erfolgte keine Abnahme von Zentralgetriebe II	9
3. Die Klägerin hat das Zentralgetriebe II nicht unsachgemäss gebraucht	11
a) Der Begriff des „unsachgemässen Gebrauchs“	11
b) Kein unsachgemässer Gebrauch durch „manipulierte“ Trommelbremse	11
c) Kein unsachgemässer Gebrauch durch „mangelhaftes“ Verriegelungssystem....	12
d) Kein unsachgemässer Gebrauch durch Benutzung von Zentralgetriebe II	12
4. Die Beklagte anerkennt ihre Gewährleistungspflicht.....	14
5. Die Klägerin wahrte die Garantiefrist	14

IV. Die Beklagte verweigert die Erfüllung ihrer Zahlungspflicht	15
1. Die Kosten für die Reparaturarbeiten sind von der Beklagten zu tragen.....	15
2. Die Kosten für die Kranmiete sind von der Beklagten zu tragen.....	15
3. Die Beklagte erbringt ihre Leistung trotz Möglichkeit nicht	16
4. Der Verzug der Beklagten erfordert weder Mahnung noch Nachfristansetzung	16
V. Fazit.....	16
C Eventualiter ist die Beklagte zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet	16
I. Die Beklagte verletzte schuldhaft ihre auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht	16
II. Die Klägerin erlitt durch die Vertragsverletzung einen Schaden	17
III. Fazit.....	17
D Der Klägerin steht ein Anspruch auf eine Konventionalstrafe zu	18
I. Die Klägerin und die Beklagte vereinbarten eine Konventionalstrafe	18
1. Die Konventionalstrafe sanktioniert eine verspätete Reparaturleistung	18
2. Die Konventionalstrafe ist durch ihren Bedingungseintritt verfallen	18
II. Die Beklagte kann sich auf keine Exkulpationsmöglichkeit berufen	19
1. Der Anspruch auf die Konventionalstrafe ist verschuldensunabhängig	19
2. Die Lieferschwierigkeiten sind von der Beklagten zu vertreten	20
3. Die Beklagte wurde nicht durch höhere Gewalt an ihrer Leistung gehindert.....	20
III. Fazit.....	20

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung/en
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
Art.	Artikel
ASA	Association suisse de l'arbitrage (Swiss Arbitration Association)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CO	Code des obligations
CR	Commentaire romand
d.h.	das heisst
DACH	Deutsch-, Österreichisch-, Schweizerisch-, Liechtensteinische Anwaltsvereinigung
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
Diss.	Dissertation
dRSK	digitaler Rechtsprechungs-Kommentar
E.	Erwägung(en)
f./ff.	folgend(e)
gem.	gemäss
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

ICC	International Chamber of Commerce, Paris
ICC Rules	Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC) vom 1. Januar 1998
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
m.a.W.	mit anderen Worten
ML	Model Law
N	Note
No.	Number
Nr.	Nummer
NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (New York Convention) vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12)
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage, Paris
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
s.u.	siehe unten
Swiss Rules	Internationale Schiedsordnung der Schweizerischen Handelskammern (Schweizerische Schiedsordnung) vom Juli 2004
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

Literaturverzeichnis

- BERGER [Rz. 100, 107] BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012
- BERGER/KELLERHALS [Rz. 7] BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2. Aufl., Bern 2010
- BERNARDINI [Rz. 5] BERNARDINI PIERO, Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, in: ICCA Congress Series No. 9, Paris 1998, S. 197 ff.
- BK-FELLMANN [Rz. 94] FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4 Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 194-406 OR, Bern 1992
- BK-GAUTSCHI [Rz. 108] GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 2. Aufl., Bern 1966
- BLESSING [Rz. 5] BLESSING MARC, The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, in: ICCA Congress Series No. 9, Paris 1998, S. 168 ff.
- BORN, Arbitration [Rz. 2, 19] BORN, GARY B., International Commercial Arbitration, Volume I, Den Haag 2009
- BRÄNDLI [Rz. 39, 49, 50, 51, 63] BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich/St. Gallen 2007

- BSK IPRG-BEARBEITER
[Rz. 4, 12] HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007
- BSK OR I-BEARBEITER
[Rz. 38, 45, 59, 65] HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5. Aufl., Basel 2011
- BUCHER
[Rz. 5] BUCHER ANDREAS, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989
- BÜHLER
[Rz. 34] BÜHLER THEODOR, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und des Exportgeschäfts, Zürich 1987
- BÜHLMANN
[Rz. 17] BÜHLMANN LUKAS, Verweis auf die AGB auf einer Website kann für eine gültige Vereinbarung eines Gerichtsstands genügen, in: dRSK, publiziert am 30. September 2013
- CR CO I-BEARBEITER
[Rz. 67] THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, art. 1-529 CO, 2. Aufl., Basel 2012
- BEARBEITER, in: DACH,
Gewährleistungsrecht
[Rz. 45] EUROPÄISCHE ANWALTSVEREINIGUNG E.V. (Hrsg.), Gewährleistungsrecht im Kauf und Werkvertrag, 31. Tagung der DACH in Budapest vom 23. bis 25. September 2004, Zürich 2005
- GAUCH
[Rz. 32, 39, 41, 49, 50, 51,
53, 57, 63, 67, 78, 84] GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011

GAUCH/SCHLUEP/ EMMENEGGER [Rz. 63, 98]	GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008
GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [Rz. 23]	GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweize- risches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausserver- tragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008
HUBER [Rz. 5, 19, 21]	HUBER LUCIUS, Arbitration Clause „By Reference“, in: ASA Special Series No. 8, Basel 1994
HUGUENIN [Rz. 74, 89, 115]	HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Be- sonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012
HÜRLIMANN/SIEGENTHALER [Rz. 67]	HÜRLIMANN ROLAND/SIEGENTHALER THOMAS, Bevorschus- sung der Kosten für eine Ersatzvornahme und weitere Trou- vailles zum Mängelhaftungsrecht, recht 2003, S. 146 ff.
KOLLER, Nachbesserungs- recht [Rz. 39, 84]	KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995
KOLLER, OR AT [Rz. 65, 104]	KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allge- meiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009
KRAUSKOPF [Rz. 35]	KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000
POUDRET [Rz. 5]	POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Le droit applicable à la convention d'arbitrage, in: ASA Special Series No. 8, Basel 1994

SCHMID/STÖCKLI [Rz. 45, 51]	SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010
SCHWENZER [Rz. 23]	SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012
SIEGENTHALER [Rz. 34, 41, 45]	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), Zürich 2010
STEBLER [Rz. 23]	STEBLER SIMONE, The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses, in: ASA Bulletin Volume 31 Issue 1, S. 27 ff.
WILLI [Rz. 110]	WILLI KONRAD, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts, Diss. Zürich 2003
WOLFF [Rz. 19, 21]	WOLFF REINMAR (Hrsg.), New York Convention, Convention on the Recognition and Enforcement of foreign Arbitral Awards of 10. June 1958, Commentary, München 2012
Zuberbühler/Müller/ Habegger-BEARBEITER [Rz. 10]	ZUBERBÜHLER TOBIAS/MÜLLER CHRISTOPH/HABEGGER PHILIPP (Hrsg.), Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Zürich 2013

Entscheidverzeichnis

BGE 132 III 359 [Rz. 99]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005
BGE 131 I 223 [Rz. 94]	Urteil der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Dezember 2004
BGE 130 III 66 [Rz. 10]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. November 2003
BGE 125 III 263 [Rz. 24]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. April 1999
BGE 122 III 420 [Rz. 104, 107]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 29. Juli 1996
BGE 121 III 38 [Rz. 19, 20]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 16. Januar 1995
BGE 118 II 142 [Rz. 52]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Februar 1992
BGE 117 II 427 [Rz. 53]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. September 1991
BGE 117 II 273 [Rz. 56]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 13. Juni 1991
BGE 113 II 25 [Rz. 59]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. Februar 1987
BGE 111 II 429 [Rz. 118]	Urteil der II. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Dezember 1985

BGE 111 II 174 [Rz. 84]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. Juli 1985
BGE 110 II 141 [Rz. 90]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Mai 1984
BGE 110 II 54 [Rz. 5, 17, 19]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Februar 1984
BGE 107 II 172 [Rz. 49, 51]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 12. Mai 1981
BGE 98 II 305 [Rz. 34]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Oktober 1972
BGE 95 II 407 [Rz. 59]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Juni 1969
BGer 4A_86/2013 [Rz. 17]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 1. Juli 2013
BGer 4A_240/2012 [Rz. 23]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. August 2012
BGer 1C_386/2011 [Rz. 110]	Urteil der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. März 2012
BGer 4A_724/2011 [Rz. 35]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. März 2012
BGer 2C_860/2008 [Rz. 65]	Urteil der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. November 2009

BGer 4A_297/2008 [Rz. 53]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 6. Oktober 2008
BGer 4A_520/2007 [Rz. 100]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 31. März 2008
BGer 4C.130/2006 [Rz. 51]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Mai 2007
BGer 4C.99/2004 [Rz. 63]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. Juni 2004
BGer 4C.282/2003 [Rz. 24]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 15. Dezember 2003
BGer 4P.135/2002 [Rz. 24]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 28. November 2002
BGer 4C.387/2001 [Rz. 32]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 10. September 2002
BGer 4P.230/2000 [Rz. 7]	Urteil der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 7. Februar 2001
BGer Urteil <i>Andersen</i> [Rz. 23, 28]	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Dezember 1999, auszugsweise enthalten in: ASA Bulletin Volume 18 Issue 3, S. 546-557

HGer ZH, ZR 109/2010, Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 02. Juli 2010

S. 268

[Rz. 32]

HGer ZH, ZR 91/1992, Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 10. November 1989

S. 72

[Rz. 5, 17]

HGer AG, AGVE 1963, Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 8. August 1962

S. 27

[Rz. 49]

DIS Interim Award, Case Urteil des Schiedsgerichts der Deutschen Institution für
No. DIS-SV-B606/06 Schiedsgerichtsbarkeit vom 20. Februar 2007

[Rz. 18]

OLG München, MDR 2006, Urteil des Oberlandesgerichts München vom 9. März 2006

1338

[Rz. 45]

ICC Partial Award, Case Urteil des Schiedsgerichts der International Chamber of
No. 13585 Commerce vom 31. August 2005

[Rz. 23]

A Dieses Schiedsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig

1 Die dem Schweizer Recht unterstehende (I.) Schiedsklausel im Rahmenvertrag (K-1) ist beim
Entscheid des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit (II.) als massgeblich anzusehen (III.).

I. Das auf die Schiedsklauseln anwendbare Recht ist Schweizer Recht

2 Aufgrund des Autonomiegrundsatzes ist das jeweilige Schiedsvereinbarungsstatut gesondert
von der *lex causae* (Art. 23.3 Rahmenvertrag [K-1]) zu bestimmen (BORN, S. 353 ff.).

3 Zur Beurteilung der in Art. 23.1-23.2 Rahmenvertrag (K-1) enthaltenen Schiedsklausel sind
zunächst die Art. 176 ff. IPRG heranzuziehen. Diese sind anwendbar, wenn eine der Parteien
ihren Sitz im Zeitpunkt des Abschlusses in der Schweiz hatte und das Schiedsgericht sich in
der Schweiz befindet (Art. 176 Abs. 1 IPRG).

4 Die Parteien inkorporierten die Schiedsklausel in den Rahmenvertrag (K-1), wodurch sie
zeitgleich mit dessen Abschluss am 12.10.08 (s.u. Rz. 9) entstand. Damals hatten die Klägerin
und die Beklagte Sitz in der Schweiz bzw. in Deutschland (Präambel [K-1]). Das angerufene
Schiedsgericht befindet sich in Zürich. Eine Ausschlussvereinbarung nach Art. 176 Abs. 2
IPRG liegt nicht vor, womit das IPRG anwendbar ist. Die Formerfordernisse statuiert Art. 178
Abs. 1 IPRG. Das Zustandekommen und die Auslegung beurteilen sich letztlich nach Schwei-
zer Recht (Art. 178 Abs. 2 IPRG; BSK IPRG-WENGER, Art. 178 N 30), d.h. Art. 1 ff. OR.

5 Zur Beurteilung der Schiedsklausel in Art. 18 AGB (B-1) ist das IPRG mangels schweizeri-
schen Schiedsgerichtssitzes nicht direkt anwendbar. Bei der Bestimmung des Statuts ist das
angerufene Schiedsgericht an kein nationales Recht gebunden (BGE 121 III 38 E. 3b; 110 II
54 E. 1a; BERNARDINI, S. 199) und kann dabei verschiedene Ansätze verfolgen (BLESSING,
S. 168 ff.; POUURET, S. 23 ff.). Zumindest hat die Schiedsklausel den formellen Anforderun-
gen des NYÜ als *loi uniforme* zu genügen, damit gestützt darauf anerkennt- und vollstreckbare
Urteile ergehen können (vgl. Art. 41 ICC Rules; BGE 110 II 54 E. 2, 3a.; HGer ZH,
ZR 91/1992, S. 72, 77; BERNARDINI, S. 199; BUCHER, N 117 f.; HUBER, S. 79), zumal die
Schweiz und Deutschland Vertragsstaaten des NYÜ sind.

6 Vorliegend ist zur materiellen Beurteilung von Art. 18.1-18.2 AGB (B-1) ebenfalls Schweizer
Recht heranzuziehen. Dieses vereinbarten die Parteien in Art. 23.3 Rahmenvertrag (K-1) als
auf ihre Einzelverträge anwendbar, womit dies auch vermutungsweise bzgl. Art. 18 AGB
(B-1) gilt, zumal keine anderslautende Vereinbarung entgegensteht. Dies entspricht auch dem
Vorgehen nach Art. 178 Abs. 2 IPRG. Somit richten sich das Zustandekommen und die Aus-
legung nach Art. 1 ff. OR.

II. Das Schiedsgericht entscheidet in eigener Kompetenz über seine Zuständigkeit

7 Das angerufene Schiedsgericht befindet nach Art. 21 (4) Swiss Rules über seine eigene
Zuständigkeit (Art. 186 Abs. 1 IPRG; BGer 4P.230/2000 E. 1; BERGER/KELLERHALS, N 302).

III. Die Schiedsklausel des Rahmenvertrags begründet die Zuständigkeit

- 8 Als autonome Vereinbarung besteht die Schiedsklausel unabhängig vom Hauptvertrag (Rz. 2; K-1; Art. 21 (2) Swiss Rules; Art. 178 Abs. 3 IPRG), entstand jedoch zeitgleich mit diesem.
- 9 Der Rahmenvertrag (K-1) wurde am 12.10.08 von der Beklagten gegengezeichnet und kam mittels übereinstimmender gegenseitiger Willensäußerung der Parteien gem. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 OR zustande, was nicht bestritten wird (Einleitungsantwort, Rz. 1).
- 10 Die darin inkorporierte Schiedsklausel erlangt materielle Gültigkeit, wenn die Parteien Einigung darüber erzielen konnten, allfällige, aus ihrem bestimmaren Rechtsverhältnis entspringenden Streitigkeiten, der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterstellen und die Zuständigkeit staatlicher Gerichte zu derogieren (*essentialia negotii* nach Art. II (1) NYÜ; BGE 130 III 66 E. 3.1; Zuberbühler/Müller/Habegger-SPOORENBERG/FELLRATH, Art. 1 N 8 ff.).
- 11 Mit Unterzeichnung der Schiedsklausel (Rz. 9) unterstellten die Klägerin und die Beklagte (*subjektiver Geltungsbereich*) allfällige Rechtsstreitigkeiten aus ihrem in Art. 1.5 Rahmenvertrag (K-1) definierten Vertragswerk (*objektiver Geltungsbereich*) einem Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution und derogierten damit die Zuständigkeit staatlicher Gerichte. Zudem vereinbarten sie Zürich als Sitz des Schiedsgerichts.
- 12 Die formelle Gültigkeit nach Art. 178 Abs. 1 IPRG verlangt, dass die Schiedsklausel schriftlich in einer physisch reproduzierbaren Form der Übermittlung abzuschliessen ist, sodass der Vereinbarungsinhalt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit Text nachweisbar ist (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N 11 ff.).
- 13 Die am 12.10.08 von den Parteien unterzeichnete Schiedsklausel liegt als Bestandteil des schriftlichen Rahmenvertrags (K-1) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Rz. 9) physisch vor.
- 14 Es besteht eine gültige Schiedsklausel i.S.v. Art. 178 Abs. 1 und Abs. 2 IPRG.

1. Die Schiedsklausel in den AGB wurde kein Vertragsbestandteil

- 15 Am 13.11.08 übermittelte die Klägerin den unterschriebenen Bestellschein (K-2) als Antrag. Dieser wurde von der Beklagten mit Zusendung des unterzeichneten Leistungsscheins (K-3, K-4) am 16.11.08 gem. Art. 4 Abs. 1 OR angenommen (Einleitungsanzeige, Rz. 9). Nach Art. 1 Abs. 1 OR entstand ein Einzelvertrag gem. Art. 2.3-2.5 Rahmenvertrag (K-1).
- 16 Betreffend Inhalt beabsichtigte die Klägerin die Bestellung der aufgeführten Zentralgetriebe entsprechend der Offerte vom 02.11.08, wozu das Formular (K-2) primär vorgesehen ist. Es enthält am unteren Ende einen kleingedruckten Verweis auf die Existenz beklagtischer AGB, welcher die Schiedsklausel nicht spezifiziert.
- 17 Zwecks Einbezugs in den Einzelvertrag (K-2, K-3, K-4) müsste vor bzw. spätestens bei Vertragsschluss (Rz. 15) die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Inhalts der AGB bestanden haben (HGer ZH, ZR 91/1992, S. 72, 75). In dieser Hinsicht sieht Art. 1.2 AGB (B-1) selbst

vor, die Zustellung der AGB erfolge mit dem Leistungsschein (K-3). Erforderlich ist konkret, dass sich die Klägerin am 16.11.08 zumutbar, d.h. ohne weitere Mitwirkung der Beklagten, von der Schiedsklausel hätte Kenntnis verschaffen können (vgl. Rz. 12; BGE 110 II 54 E. 3c/aa; BGer 4A_86/2013 E. 4.4.2; vgl. BÜHLMANN, N 17, 19). Ansonsten hätte ihr nämlich die Grundlage für ihre Willensbildung gefehlt (Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 OR).

- 18 Die erfolgte klägerische Anfrage (s.u. Rz. 21; Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 7) zeigt, dass eine Nachfrage unentbehrlich war für die Kenntnisnahme, welche erst nach Vertragsschluss (Rz. 15) erfolgte. Es wäre an der Beklagten, den Beweis des Gegenteils zu erbringen (Art. 24 (1) Swiss Rules). Überdies erfolgte deren Zusendung erst am 17.11.08 (B-3). Ob die AGB (B-1) zuvor allgemein abrufbar waren, wie z.B. im Internet (vgl. DIS Interim Award, Case No. DIS-SV-B 606/06), bringt die Beklagte nicht vor. Somit wurde (B-1) nicht einbezogen.

2. Die Schiedsklausel in den AGB ist überdies formungültig

- 19 Der Einbezug der in Art. 18 AGB (B-1) enthaltenen Schiedsklausel *by reference* hat dem Schriftlichkeitserfordernis des NYÜ zu genügen (Rz. 5; BGE 121 III 38 E. 2; 110 II 54 E. 3; SCHLOSSER, N 78; WOLFF, Art. II N 133 f.), ungeachtet dessen, ob es sich dabei um eine Form- oder Konsensfrage handelt (dazu BORN, S. 695; HUBER, S. 83 f.).
- 20 Art. II (2) NYÜ ist im Lichte des Art. 7 (2) UNCITRAL-ML auszulegen, womit die formalen Anforderungen wiederum denjenigen des Art. 178 Abs. 1 IPRG entsprechen (Rz. 12; BGE 121 III 38 E. 2c). Dieser ist auch im Hinblick auf Art. V NYÜ beizuziehen.
- 21 Obschon die Klägerin den nicht spezifizierten Verweis auf die AGB unterschrieb (K-2), lagen diese bei ihr im Zeitpunkt des Einzelvertragsschlusses (Rz. 15) nicht in physisch reproduzierbarer Form vor (Rz. 18). Erforderlich war eine Anfrage (Rz. 18). Dies genügt dem Erfordernis des Art. II (2) NYÜ (und Art. 178 Abs. 1 IPRG) nicht (WOLFF, Art. II N 140; HUBER, S. 82).

3. Eventualiter geht die Schiedsklausel des Rahmenvertrags vor

- 22 Sollte das Schiedsgericht die Ansicht vertreten, die AGB (B-1) bestünden neben dem Rahmenvertrag (K-1), genießt die in diesem enthaltene Schiedsklausel dennoch Vorrang.
- 23 Da die Beklagte eine gegenteilige Ansicht vertritt, ist der tatsächlich übereinstimmende Wille bzgl. der Geltung von Art. 18 AGB (B-1) nicht feststellbar. Deshalb ist der Parteiwille gem. Vertrauensprinzip objektiviert zu rekonstruieren (Art. 18 Abs. 1 OR). Es muss das Verhältnis Fder beiden Schiedsklauseln untereinander durch allgemeine Auslegung ermittelt werden (BGer 4A_240/2012 E. 4.1), wie es die Parteien nach Treu und Glauben verstehen durften und mussten (BGer Urteil *Andersen* E. B/b; vgl. ICC Partial Award, Case No. 13585; STEBLER, S. 30 f.). Dabei ist hinsichtlich Art. 18 AGB (B-1), der denselben Inhalt wie Art. 23 Rahmenvertrag (K-1) regelt, der Grundsatz des Vorrangs von Individualabreden zu beachten (SCHWENZER, N 45.08 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1139).

- 24 Eine Individualabrede liegt vor, sofern der Vertragstext von den Parteien gemeinsam erarbeitet wird (BGer 4P.135/2002 E. 3.1). AGB hingegen sind vorformulierte Klauseln, die im Voraus und zum Zweck erstellt werden, eine unbestimmte Anzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln (vgl. BGer 4C.282/2003 E. 3.1; 4P.135/2002 E. 3.1). Individualabreden verdrängen abweichende, vorformulierte Klauseln (BGE 125 III 263 E. 4b/aa). Dies hält auch Art. 1.3 AGB (B-1) selbst fest.
- 25 Der Rahmenvertrag (K-1) ist für die Parteien von hoher Bedeutung. *Ex tunc* betrachtet war es ihr gemeinsames Verständnis, allgemeine Rechte und Pflichten umfassend zu regeln (Art. 1.2 [K-1]). Dies zeigen die Individualisierung und jeweilige Abstimmung der einzelnen Artikel auf die Bedürfnisse der Parteien sowie auch die Verknüpfung derselben untereinander. Zudem sollte (K-1) Basis für längerfristige Geschäftsbeziehungen bilden (Präambel [K-1]) und neben den abzuschliessenden Einzelverträgen gelten (Art. 1.3 [K-1]). Zwecks Einbringens eigener Interessen war für jede Partei erforderlich, sich im Vorfeld an den Vertragsverhandlungen zu beteiligen. Das Produkt derselben stellt (K-1) dar, wie ihn die Beklagte am 12.10.08 in Stuttgart unterzeichnete, wobei dort gleichentags ein Meeting stattfand (S. 2, K-3).
- 26 Die AGB (B-1) werden hingegen von der Beklagten vorformuliert und sollen gem. Art. 1.1 (B-1) für eine unbestimmte Anzahl Verträge mit unbestimmten Vertragspartnern gelten, wobei sie standardmässig beigelegt werden. Bezüglich der Regelungen desselben Inhalts wäre es mit Treu und Glauben unvereinbar, die durch (B-1) einseitig eingebrachten Artikel denjenigen des ausgehandelten Rahmenvertrags (K-1) vorzuziehen (Art. 2 Abs. 1 ZGB).
- 27 Die Beklagte kann nicht vorbringen, der Rahmenvertragstext (K-1) sei von der Klägerin am 10.10.08 vorformuliert worden, zumal dieser ein Ergebnis der genannten Vertragsverhandlungen (Rz. 25) darstellt und im Übrigen auf dem Briefpapier der Beklagten gedruckt wurde.
- 28 Darüber hinaus kann sich die Beklagte nicht auf das Prinzip *ius posterior derogat priori* berufen (BGer Urteil *Andersen* E. B/c). Dies würde eine Gleichrangigkeit der AGB (B-1), m.a.W. eine (konkludente) Rahmenvertragsänderung (K-1) nach Art. 1 Abs. 2 (i.V.m. Art. 6 OR), erfordern. Diese Möglichkeit sieht (K-1) weder selbst vor noch beanspruchen die AGB (B-1) eine solche Wirkung. Dasselbe ergibt sich aus der übergeordneten Natur von (K-1). Im Rahmen des Vertragswerks (Art. 1.5 [K-1]) nimmt (K-1) die Gestalt eines Gerüsts an, auf welches sich die Einzelverträge stützen. Deren Inhalt wird in Art. 2 (K-1) vorbestimmt und vermag nicht, das Gewicht des gesamten Vertragswerks neu zu verteilen.

IV. Fazit

- 29 Die in Art. 23.1-23.2 Rahmenvertrag (K-1) enthaltene Schiedsklausel vermag die Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts nach Art. 1 (1) Swiss Rules zu begründen. Diese besteht ungeachtet der Unzuständigkeitseinrede der Beklagten (Einleitungsantwort, Rz. 3).

B Die Beklagte ist zur Tragung der Kosten von EUR 767'000.00 verpflichtet

30 Die Klägerin hat Anspruch auf EUR 767'000.00 (nebst Zins zu 5% seit dem 18.05.12) da die Gewährleistungsverpflichtungen der Beklagten bei Schadenseintritt vorhanden waren (I.), die Beklagte dafür die Verantwortung trifft (II.) und sie sich nicht exkulpieren kann (III.).

I. Die Beklagte war zur Lieferung eines mangelfreien Werks verpflichtet**1. Die Klägerin und die Beklagte haben einen gemischten Vertrag geschlossen**

31 Mit Einzelvertrag (K-2, K-3, K-4) vom 16.11.08 (Rz. 15) verpflichtete sich die Beklagte zur Planung, Herstellung, Bereitstellung und Ablieferung der Zentralgetriebe, sowie zur anschliessenden Montageüberwachung (S. 2, K-3).

32 Diese Pflichten beruhen mit Ausnahme der Montageüberwachung auf einem Werklieferungsvertrag (Art. 365 Abs. 1 OR). Im Unterscheid zur Verkäuferin (Art. 184 ff. OR) muss die Unternehmerin beim Werklieferungsvertrag eine Sache nicht nur entgeltlich übertragen, sondern diese auch persönlich herstellen und den individuellen Bedürfnissen der Bestellerin anpassen. Entscheidend ist nicht, ob die Sache eine Seriennummer trägt, sondern, dass die Arbeitspflicht der Unternehmerin gegenüber der Eigentumsübertragung im Vordergrund steht (zum Ganzen BGer 4C.387/2001 E. 3.1; HGer ZH, ZR 109/2010, S. 268, 277; GAUCH, N 132 f.).

33 Vorliegend stellte die Beklagte Zentralgetriebe II auf Bestellung (K-2) der Klägerin her. Dieses wurde den Bedürfnissen der Klägerin speziell angepasst (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 5). Die Arbeitsleistung überwiegt die Eigentumsübertragung.

34 Auf den Vertragsbestandteil der Montageüberwachung findet Auftragsrecht Anwendung, denn diese verlangt ein sorgfältiges Tätigwerden, welches an keinem Erfolg messbar ist (vgl. BGE 98 II 305 E. 3b; BÜHLER, S. 67; SIEGENTHALER, N 12). Aufgrund ihrer Bedeutung für das Gelingen des Projekts ist die Montageüberwachung kein untergeordnetes Element, zumal sie zweieinhalb Monate dauern sollte (Anhang II, K-4). Daher unterliegt dieser Vertragsbestandteil dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR). Entsprechend liegt ein aus Werkvertrags- und Auftragsrecht bestehender gemischter Vertrag in Form eines Innominatkontrakts vor.

2. Die MECC wird als Drittpartei begünstigt

35 Beim Vertragswerk i.S.v. Art. 1.5 Rahmenvertrag (K-1) bestehend aus (K-1, K-2, K-3, K-4) handelt es sich hinsichtlich einzelner Bestimmungen um einen echten Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR). Ein solcher entsteht, wenn es aufgrund der Nähe des Dritten zur Leistung dem Parteiwillen und dem Vertragszweck entspricht, dass der Dritte selbständig die Erfüllung an sich fordern kann (BGer 4A_724/2011 E. 4.2.1; KRAUSKOPF, N 915 f., 944).

36 Der Rahmenvertrag (K-1) wurde durch den Einzelvertrag (K-2, K-3, K-4) konkretisiert. Die Präambel des Leistungsscheins (S.2, K-3) hält fest, dass die Auftraggeberin das gesamte Zementwerk an die MECC abliefern wird. In Anbetracht der Garantiefrist i.S.v. Art. 17.2 (K-1)

und des Terminplans (Anhang II, K-4) sollte die Reparaturleistung der MECC als Drittpartei zugute kommen. Zweck dieser Ergänzung war es, der MECC als künftige Eigentümerin des Zementwerks Ain Dar eine umgehende Schadensbehebung zu ermöglichen.

- 37 Indem die Beklagte in ihrer E-Mail vom 10.07.11 (K-11) nicht rügte, dass die MECC die Mängelbehebung forderte (s.u. Rz. 52), zeigte sie auch selbst, dass der MECC ein selbständiges Forderungsrecht hinsichtlich der Reparaturleistungen (s.u. Rz. 40) zukommt.

3. Die Beklagte hat ein mangelfreies Werk herzustellen und dafür Gewähr zu leisten

- 38 Die Parteien haben durch Art. 13 und Art. 17 Rahmenvertrag (K-1) die dispositive gesetzliche Sachmängelgewährleistung (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 367 N 29) von Art. 367 ff. OR weitgehend ersetzt. Die Sachmängelgewährleistung richtet sich daher exklusiv nach Art. 17 (K-1). Die Parteien definierten gewisse Rechtsbegriffe (z.B. „Mangel“) nicht, weshalb i.S. einer gesetzeskonformen Auslegung auf deren Legaldefinition abzustellen ist.

- 39 In Art. 17 Rahmenvertrag (K-1) verpflichtete sich die Beklagte zur Behebung sämtlicher, während der Garantiefrist von Art. 17.2 (K-1) auftretender, Mängel. Der Begriff des Mangels wurde in (K-1) nicht konkretisiert. Ein Werk ist mangelhaft i.S.v. Art. 367 Abs. 1 OR, wenn es im Zeitpunkt seiner Ablieferung vom vereinbarten Zustand abweicht oder nach Verkehrsauffassung zum Gebrauch nicht taugt (KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 22 ff.). Vom Mangelbegriff erfasst sind sowohl Primär- als auch Sekundärmängel. Primärmängel liegen bei Ablieferung des Werks (i.c. Dammam, Saudi Arabien [S. 2, K-3]) vor und verursachen in der Folge Sekundärmängel (zum Ganzen BRÄNDLI, N 234; GAUCH, N 1470 f.).

- 40 Die Gewährleistung besteht aus einer Reparatur- und einer Kostenübernahmepflicht (Art. 17.3 Rahmenvertrag [K-1]). Davon ausgenommen sind Mängel, die aus unsachgemässer Konstruktion, Unbrauchbarkeit der Werkstoffe oder nicht einwandfreier Ausführung durch die Klägerin entstehen (Art. 17.4 [K-1]).

II. Die Beklagte ist für die eingetretenen Mängel an Zentralgetriebe II verantwortlich

1. Die Beklagte ist für den Konstruktionsmangel verantwortlich

- 41 Die Parteien vereinbarten in Art. 17.1 Rahmenvertrag (K-1), dass die zu liefernden Anlagen eine einwandfreie Beschaffenheit aufweisen und die nötigen Betriebsfähigkeiten besitzen müssen. Zudem müssen gem. Art. 5.3 und Art. 5.5 (K-1) die zu erbringenden Leistungen dem Stand der Branche und der Technik entsprechen. Den Stand der Branche bilden diejenigen Regeln, welche sich gem. der Mehrheit der Fachleute einer Branche bewährt haben. Stand der Technik bedeutet, dass eine Konstruktion dem aktuellen technologischen Wissen des Herstellers entspricht (vgl. zum Ganzen GAUCH, N 842 ff.; SIEGENTHALER, N 77).

- 42 Die Nennung des Stands der Technik zeigt die Bedeutung einer fortschrittlichen Technologie für die Klägerin. Daher wurde von der Beklagten erwartet, ihre modernsten Kenntnisse in die

Konzeption des herzustellenden Zentralgetriebes II einfließen zu lassen. Durch die Unterzeichnung des Rahmenvertrags (K-1) sicherte sie diese Eigenschaften für ihre künftigen Werke zu (Art. 5.3 und Art. 5.5 [K-1]). Der Beklagten war spätestens bei Abschluss des Einzelvertrags (K-2, K-3, K-4) am 16.11.08 (Rz. 15) bekannt, dass die Zentralgetriebe für eine Region bestimmt waren, in welcher es häufig zu Stromausfällen kommt (Einleitungsanzeige, Rz. 23). Die Beklagte hatte bereits 2008 eine neue Ölspritzeinrichtung entwickelt (Einleitungsantwort, Rz. 25). Zudem stattete sie im Winter 2009/2010 erste Anlagen damit aus (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 1). Die Beklagte hätte folglich diese technologischen Kenntnisse in die 18-wöchige Entwurfs- und Planungsphase (Anhang II, K-4) einfließen lassen müssen. Gleichwohl unterliess sie dies und verstieß gegen ihre Zusicherungen. Somit lag bei der Ablieferung am 10.02.10 (K-7) ein *subjektiver* Konstruktionsmangel vor („*Designmangel*“; Einleitungsanzeige, Rz. 30), der zugleich einen Primärmangel darstellt (Rz. 39).

- 43 Dessen Vorhandensein hat die Beklagte selbst bestätigt, indem sie zusätzlich zur 2011 erfolgten Reparatur die neue Ölspritzeinrichtung montierte (K-12; Einleitungsantwort, Rz. 25 f.). Diese Leistung, welche nicht verlangt wurde, sollte einzig künftigen Nachbesserungsansprüchen vorbeugen. Dies wird dadurch gestützt, dass die Kosten für die genannte Vorrichtung in der Reparaturrechnung (K-14) nicht aufgeführt wurden, alle anderen Komponenten hingegen schon. Auch hat die Beklagte die MECC zu keinem Zeitpunkt auf dieses „*Upgrade*“ aufmerksam gemacht. Damit versuchte die Beklagte, die Aufmerksamkeit vom Konstruktionsmangel abzulenken. Im Übrigen ist nicht einzusehen, weshalb die Beklagte der MECC diese Leistung kostenlos zur Verfügung stellen sollte, der Klägerin als prospektive langfristige Geschäftspartnerin (Präambel Rahmenvertrag [K-1]) jedoch nicht. Die Beklagte offenbarte durch ihr Verhalten Zweifel darüber, ob ihre ursprüngliche Konzeption die konstante Ölversorgung von Zentralgetriebe II sicherzustellen vermag. Wegen der immensen Bedeutung von Öl für Zentralgetriebe lag bei Werkablieferung in Ermangelung einer zuverlässigen Ölspritzeinrichtung überdies ein *objektiver* Konstruktions- und damit Primärmangel vor.
- 44 Der Konstruktionsmangel von Zentralgetriebe II war ursächlich für die Schäden an dessen Hauptmotor, Hauptgetriebe und ELCO-Kupplung (K-14). Dabei handelt es sich um Sekundärmängel, die ebenfalls von der Gewährleistung umfasst sind (Rz. 39).

2. Die Beklagte ist für den Benutzerdokumentationsmangel verantwortlich

- 45 Die Benutzerdokumentation von Zentralgetriebe II war unvollständig. Bei komplex zu bedienenden Maschinen, für deren korrekte Benutzung eine Benutzerdokumentation notwendig ist, stellt jene einen Werkbestandteil dar. Diese muss auch über die Mängelbehebung Auskunft geben (zum Ganzen SIEGENTHALER, N 38 ff.). Die deutsche Rechtsprechung hat sich bereits damit befasst. Die Mängelbegriffe des schweizerischen und des deutschen Rechts

sind grundsätzlich gleich, weil beide primär auf die subjektive Mangelhaftigkeit eines Objekts abstellen (vgl. BSK OR I-HONSELL, Art. 197 N 2 ff.; SCHMID/STÖCKLI, N 324; ZIMMERMANN, in: DACH, Gewährleistungsrecht, S. 29). Nach deutschem Recht unterliegen Sachmängel in Werklieferungsverträgen (Art. 651 BGB) den kaufrechtlichen Regeln (Art. 434 BGB). Bei fehlerhaften Montageanleitungen handelt es sich um Sachmängel (Art. 434 Abs. 2 BGB). Dies gilt darüber hinaus auch für unvollständige Bedienungsanleitungen, sofern diese eine korrekte Benutzung einer Maschine verunmöglichen (OLG München, MDR 2006, 1338).

- 46 Weil Zentralgetriebe komplexe Maschinen sind, muss eine umfassende Benutzerdokumentation für deren korrekte Bedienung vorliegen. Diese war deshalb in Bst. F Ziff. 2 Anhang I (K-4) vereinbart. Wie die Beklagte selbst zugab, traten Probleme mit der Ölschmierung bereits bei zwei anderen Projekten auf (K-11). Davon konnte sie nur erfahren, wenn sie von den jeweiligen Betreibern kontaktiert wurde, weil diese trotz Benutzerdokumentation nicht in der Lage waren, die Betriebsstörung zu beseitigen. Somit litt Zentralgetriebe II auch hinsichtlich der Benutzerdokumentation an einem Primärmangel.
- 47 Die Benutzerdokumentation bot der MECC nebst der Bedienung auch bei der Reparatur der verdrehten Zahnkupplung keine Hilfe. Sie war direkte Ursache für die Beschädigung des Nebengetriebes (Einleitungsanzeige, Rz. 23). Letztere stellt einen Sekundärmangel (Rz. 39) dar.

III. Der Gewährleistungsanspruch der Klägerin ist weder verwirkt noch unbegründet

1. Die Klägerin ist ihren Prüf- und Rügeobligationen nachgekommen

- 48 Die Prüfoobligaten von Art. 367 Abs. 1 OR richtet sich nach Art. 13 Rahmenvertrag (K-1). Die dort erwähnte „Abnahme“ steht gleichzeitig für die Prüfung und die daran anknüpfende Genehmigung des Werks i.S.v Art. 370 OR. Vereinbart wurde, dass anlässlich des Endtestlaufs die Zentralgetriebe durch beide Parteien zu prüfen sind (Art. 13.2-13.3 [K-1]).
- 49 Bevor die Unternehmerin ihre Mitwirkung an der Prüfung nicht anbietet, ist die Bestellerin von ihren Prüfoobligaten befreit (vgl. HGer AG, AGVE 1963, S. 27; GAUCH, N 2468). Aufgrund der Abwesenheit der Beklagten beim Endtestlauf (s.u. Rz. 56 f.) erfolgte keine gemeinsame Prüfung. Die Klägerin nahm in der Folge selbst eine sorgfältige Prüfung mittels Endtestlaufs vor, was unbestritten ist (zum Ganzen Einleitungsantwort, Rz. 17). Die Klägerin konnte keinen der Mängel (Rz. 41 ff.) entdecken, weil sie nicht wie die Beklagte spezifische Fachkenntnisse hatte (Präambel Rahmenvertrag [K-1]). Deshalb sind die Anforderungen an die allein durchgeführte Prüfung reduziert (vgl. BGE 107 II 172 E 1a; BRÄNDLI, N 307 f.).
- 50 Überdies handelt es sich beim Konstruktionsmangel und der mangelhaften Benutzerdokumentation (Rz. 41 ff.) um versteckte Mängel i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR. Solche sind auch bei einer ordnungsgemässen Prüfung nicht erkennbar. Bei der Prüfung durch einen Leistungstest wird lediglich das Funktionieren einer Anlage geprüft (vgl. GAUCH, N 2121). Sofern es dabei zu

keiner ersichtlichen Fehlfunktion kommt, besteht für die Klägerin kein Anlass, die Konstruktion eingehender zu analysieren (vgl. BRÄNDLI, N 331). Auch hat die mangelhafte Benutzerdokumentation nicht auf einen möglichen Ausfall des Ölsystems aufmerksam gemacht (Einleitungsanzeige, Rz. 23). Deshalb bestand für die Klägerin keine Veranlassung, einen solchen zu simulieren. Weil der Endtestlauf vermeintlich bestanden wurde, bezweifelte die Klägerin die Tauglichkeit der Benutzerdokumentation nicht. Folglich trifft die Klägerin keine Verantwortlichkeit für die Nichtentdeckung der beiden Mängel.

- 51 Die Rügeobliegenheit wurde in Art. 17.3 Rahmenvertrag (K-1) vereinbart. Ein Mangel ist nach dessen Entdeckung innert angemessener Frist zu rügen, d.h. die Beklagte ist über den Mangel in Kenntnis zu setzen. Die Rüge muss genügend substantiiert werden, indem sie Art und Umfang des Mangels möglichst genau bezeichnet und die Beklagte „darüber in Kenntnis setzt“. Verlangt wird nicht, dass der Mangel fachlich richtig benannt oder seine genaue Ursache angegeben wird (vgl. zur gesetzlichen Regelung BGE 107 II 172 E. 1a; BGer 4C.130/2006 E. 4.2.1; BRÄNDLI, N 342; GAUCH, N 2126 ff; SCHMID/STÖCKLI, N 363).
- 52 Vorliegend fiel Zentralgetriebe II am 08.07.11 aus. Die MECC rügte dies als berechtigte Dritte (Rz. 35 ff.) noch am selben Tag per Fax (zum Ganzen K-10). Sie erwähnte die mangelhafte Ölschmierung als Art des Mangels und das betroffene Zentralgetriebe II als Umfang des Mangels. Es konnte von der MECC nicht verlangt werden, die mangelhafte Konstruktion und die Benutzerdokumentation spezifisch zu benennen, zumal es sich um versteckte Mängel handelt (Rz. 50). Diese müssen nach Art. 370 Abs. 3 OR erst bei ihrer Entdeckung gerügt werden. Eine solche besteht, wenn Bedeutung und Tragweite des Mangels zweifelsfrei erkennbar sind (BGE 118 II 142 E. 3b). Dies war in der Notsituation am 08.07.11 aufgrund der Komplexität der Zentralgetriebe (Rz. 46) nicht der Fall. Im Übrigen wurden sämtliche Mängel am 11.01.13 nochmals gerügt (Einleitungsanzeige, Rz. 23).

2. Durch die Klägerin erfolgte keine Abnahme von Zentralgetriebe II

- 53 Eine Abnahme durch die Klägerin i.S. einer Genehmigung von Zentralgetriebe II liegt bis heute nicht vor (Einleitungsanzeige, Rz. 18). Eine solche würde voraussetzen, dass der Abnahmetatbestand i.S.v. Art. 13 Rahmenvertrag (K-1) erfüllt wurde bzw. eine Genehmigungserklärung durch Ratenzahlung (S.3 f., K-3) erfolgte und, dass keine versteckten Mängel vorlagen (vgl. BGE 117 II 427 E. 2; BGer 4A_297/2008 E. 4.2; GAUCH, N 2073 ff.).
- 54 Nach Art. 13.2.1-13.2.2 Rahmenvertrag (K-1) gilt eine Abnahme als erfolgt, wenn ein unterzeichnetes Abnahmeprotokoll vorliegt; ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt worden sind; oder die Beklagte ohne eigene Verantwortung nach Inbetriebnahme keinen (erfolgreichen) Leistungstest durchführen bzw. wiederholen konnte.

- 55 Ein von beiden Parteien unterzeichnetes Abnahmezertifikat liegt bis heute nicht vor (Einleitungsanzeige, Rz. 18).
- 56 Auch kann der Leistungstest vom 26.12.10 nicht als erfolgreich durchgeführt bezeichnet werden. Ein Leistungstest gilt unter der Resolutivbedingung i.S.v. Art. 154 OR als bestanden, wenn anlässlich desselben keine Fehlfunktionen auftreten. Wird der Eintritt einer Bedingung treuwidrig verhindert, gilt diese als ausgefallen (BGE 117 II 273 E. 5c). Die Beklagte bewirkte i.c. durch ihre Nichtteilnahme am Endtestlauf (Rz. 49 f.; Einleitungsanzeige, Rz. 18) selbst, dass die Klägerin als Laiin (Rz. 49) keine Fehlfunktionen entdeckte.
- 57 Auch kann sich die Beklagte nicht dadurch entschuldigen, dass sie nicht zum Endtestlauf eingeladen wurde. Ihr Personal verliess ohne Rücksprache mit der Klägerin in unzulässiger Weise das Zementwerk während der Inbetriebnahmephase (Anhang II, K-4; Einleitungsanzeige, Rz. 15). Denn gem. Bst. E Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 Anhang I (K-4) sollte der technische Service vor Ort von Vollzeit-Inspektoren entsprechend dem Bedarf der Klägerin erbracht werden. Ein fehlender Bedarf der Klägerin war nie ersichtlich, da das Projekt bereits verzögert war (Einleitungsanzeige, Rz. 16 i.V.m. Anhang II, K-4, K-6). Auch hätte die Klägerin nach Art. 3.2 Rahmenvertrag (K-1) der Abreise zustimmen müssen. Wegen des eigenmächtigen Verlassens des Zementwerks und des beklagtischen Wissens über die Relevanz des Endtestlaufs für die Genehmigung (K-8) kann ihr nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) eine Nachfrage über den Projektstatus zugemutet werden. Einer Einladung durch die Klägerin bedurfte es nicht (GAUCH, N 2468). Damit hat die Beklagte treuwidrig die Feststellung von Mängeln beim Leistungstest verhindert, weshalb deren Feststellung fingiert wird (Rz. 56).
- 58 Es erfolgte auch keine Abnahme i.S.v. Art. 13.2.2 Rahmenvertrag (K-1). Spätestens nach dem Eingang der Ratenzahlung vom 02.01.11 (B-6) wusste die Beklagte, dass ein Leistungstest erfolgt war (Einleitungsantwort, Rz. 17). Sie hätte ohne Weiteres die Möglichkeit gehabt, den Leistungstest i.S.v. Art. 13.2.2 (K-1) zu wiederholen und wäre aufgrund ihres vorherigen Verhaltens (Rz. 56 f.) auch dazu verpflichtet gewesen.
- 59 Entgegen der Behauptung der Beklagten (Einleitungsantwort, Rz. 17) ist im Zahlungseingang vom 02.01.11 (B-6) keine gültige Genehmigungserklärung zu erblicken. Vielmehr ist diese unbeachtlich, weil sich die Klägerin bei Zahlung in einem Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR befand. Ein Irrtum ist die falsche oder fehlende Vorstellung über einen Sachverhalt. Dieser muss für den Irrenden *conditio sine qua non (subjektive Wesentlichkeit)* für die vorgenommene Handlung sein. Auch muss der falsch vorgestellte Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr eine notwendige Grundlage (*objektive Wesentlichkeit*) für die Vornahme der in Frage stehenden Handlung bilden (zum Ganzen BGE 113 II 25 E. 1; 95 II 407 E. 1; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 24 N 20 ff.).

- 60 Aufgrund des vermeintlich erfolgreichen Endtestlaufs vom 26.12.10 (Rz. 56 f.) nahm die Klägerin fälschlicherweise an, dass die Zentralgetriebe vertragskonform seien. Entsprechend wollte sie ihrer Pflicht zur Begleichung der letzten Rate nachkommen (S. 3 f., K-3). Hätte die Klägerin ihren Irrtum erkannt, hätte sie die Zahlung nicht vorgenommen. Der Irrtum war subjektiv wesentlich. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ist die Mangelfreiheit des Werks eine notwendige Grundlage für dessen Genehmigung und folglich objektiv wesentlich.
- 61 Die Klägerin erfuhr am 18.05.12 von den Problemen des Zentralgetriebes II (Einleitungsanzeige, Rz. 29). Deshalb erkannte sie erst in diesem Zeitpunkt ihren Irrtum. Durch Eingabe der Einleitungsantwort am 11.01.13 wurde gem. Art. 135 Ziff. 2 OR die Frist von Art. 31 Abs. 1 OR gewahrt. Da die Klägerin an der Mangelverursachung keine Verantwortung trifft (s.u. Rz. 63 ff.), ist die Geltendmachung des Irrtums nicht treuwidrig nach Art. 25 OR.
- 62 Weiter ist zu beachten, dass i.c. versteckte Mängel vorliegen (Rz. 50), welche gem. Art. 370 Abs. 1 OR nicht genehmigt werden können.

3. Die Klägerin hat das Zentralgetriebe II nicht unsachgemäss gebraucht

a) Der Begriff des „unsachgemässen Gebrauchs“

- 63 Nach Art. 17.4 Rahmenvertrag (K-1) hat die Beklagte sämtliche, mit der Mängelbehebung verbundenen, Kosten zu übernehmen, sofern kein „*unsachgemässe[r] Gebrauch*“ seitens der Klägerin vorliegt. Die Parteien haben diesen Begriff nicht unmittelbar definiert. Jedoch weicht dessen Verwendung vom Gehalt von Art. 369 OR ab, nach welchem bereits objektive, in die Risikosphäre der Bestellerin fallende, Umstände für eine Verwirkung der Mängelrechte genügen (BRÄNDLI, N 245). Dazu gehört auch das Einstehenmüssen der Bestellerin für gelieferte Stoffe bzw. den bereitgestellten Baugrund (Art. 365 Abs. 1 OR; BGer 4C.99/2004 E. 4; GAUCH, N 829). Die Parteien haben in Art. 4.1 (K-1) diese Verpflichtungen speziell geregelt. Dieser systematische Zusammenhang zeigt, dass die Klägerin ohne eigene Verantwortung ihre Gewährleistungsansprüche nicht verwirken sollte. Daraus folgt, dass der „*unsachgemässe Gebrauch*“ sowohl eine objektive Pflichtwidrigkeit als auch eine subjektive Vorwerfbarkeit erfordert und damit einem (Selbst-)Verschulden im engen gesetzlichen Sinn (Art. 99 Abs. 3 [i.V.m. Art. 44 Abs. 1] OR) gleichkommt (vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2963).

b) Kein unsachgemässer Gebrauch durch „manipulierte“ Trommelbremse

- 64 Die Beklagte hat keinerlei Beweise für eine angeblich „*manipulierte*“ Trommelbremse vorgebracht (vgl. Einleitungsantwort, Rz. 18). Ohnehin wären diese unbedeutend, weil die Trommelbremse nicht kausal für die eingetretenen Mängel war.
- 65 Eine Ursache ist *conditio sine qua non* für einen Schadenseintritt, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg ausbliebe (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 41). Wäre der Schaden hingegen auch bei korrektem Verhalten des angeblichen Schädigers eingetre-

ten, so besteht kein natürlicher Kausalzusammenhang, sondern ein rechtmässiges Alternativverhalten (zum Ganzen BGer 2C_860/2008 E. 5.2; KOLLER, OR AT, § 50 N 11).

66 Zwar mag zutreffen, dass bei einer Fehlfunktion der Trommelbremse ein Schaden eintreten kann. Jedoch kann auch eine einwandfrei funktionierende Trommelbremse keinen Schaden verhindern, der aufgrund ungenügender Ölzufuhr entsteht. Die Trommelbremse sorgt lediglich dafür, dass sich die Mühle langsamer dreht. Fehlendes Öl kann sie nicht kompensieren. Damit würde auch eine fehlerfreie Trommelbremse einen Schaden nur hinauszögern.

c) Kein unsachgemässer Gebrauch durch „mangelhaftes“ Verriegelungssystem

67 Der Vorwurf, das Verriegelungssystem sei mangelhaft gewesen (Einleitungsantwort, Rz. 23), mag der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen. Die Beklagte hat gem. Art. 365 Abs. 3 OR die Klägerin auf Mängel an von ihr selbst beschafften Werkstoffen hinzuweisen. Kommt die Beklagte dieser Verpflichtung nicht nach, hat sie unabhängig von allfälligen Fehlern der Klägerin für ihr Unterlassen wie für einen Mangel einzustehen (GAUCH, N 829). Es rechtfertigt sich i.c., diese Bestimmung anzuwenden, auch wenn die Beklagte ihre Herstellungspflicht bereits vor Montage des Verriegelungssystems erfüllt hat (Anhang II, K-4). Zentralgetriebe II war mangels Verriegelungssystems noch nicht funktionsfähig und somit noch nicht vollendet (K-8). Auch bezweckt Art. 365 Abs. 3 OR, dass die Unternehmerin aufgrund ihres Fachwissens die Bestellerin unterstützen soll (vgl. CR CO I-CHAIX, Art. 365 N 19 ff.), weshalb sich auch eine analoge Anwendung dieser Norm über die reine Herstellungsphase hinaus rechtfertigt (vgl. HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, S. 149). Weil die fachkundige Beklagte die Montage überwachen sollte, war sie einer Anzeigepflicht (Art. 365 Abs. 3 OR analog) unterstellt.

68 Laut Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 12 waren die Klägerin oder Dritte für die Beschaffung des Verriegelungssystems verantwortlich. Die Beklagte hätte dieses deshalb untersuchen müssen. Der einseitige Verweis, das System müsse funktionieren (K-8), genügt nicht. Zudem hätte Herr Fallet nach seiner Rückkehr am 15.09.10 (B-5) das Verriegelungssystem auf dessen Funktionsfähigkeit bzw. dessen erfolgte Montage hin testen müssen. Als Expertin (Rz. 49) hätte die Beklagte allfällige Mängel durch sorgfältige Prüfung auch gefunden bzw. diese finden müssen. Sie hat daher vollständig für diese Ursache einzustehen.

d) Kein unsachgemässer Gebrauch durch Benutzung von Zentralgetriebe II

69 Der von Herrn Fallet am 06.07.10 geäusserte Verdacht, das Zentralgetriebe II sei bereits bewegt worden (B-4), ist nicht schlüssig. Dieser wird durch keine konkreten Anhaltspunkte gestützt. Zudem war die Beklagte für den Transport nach Dammam verantwortlich (S.2, K-3). Die Sachgefahr nach Art. 10.2 Rahmenvertrag (K-1) ging auf die Klägerin mangels erfolgter Abnahme (Rz. 53 ff.) bzw. Montagepflicht erst bei Ankunft der Zentralgetriebe im Hafen von Dammam über. Daher hätten angeblich festgestellte Beschädigungen ebenso während des

Transports durch die Beklagte eintreten können. Zudem müsste die Beklagte gem. Art. 24 (2) Swiss Rules beweisen, dass Herr Heller die Klägerin über den Schaden informierte (B-4).

- 70 Auch kann der Klägerin nicht vorgeworfen werden, dass ihre selbständige Durchführung des Kalttestlaufs am 14.09.10 (Einleitungsanzeige, Rz. 17) unsachgemäss war. Dieser Testlauf war gerechtfertigt, weil Herr Fallet seine Rückkehr auf den 13.09.10 ankündigte (K-8), jedoch unentschuldig erst am 15.09.10 eintraf (B-5; Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 3).
- 71 Überdies ist die Inspektion durch den ABB-Techniker zu beachten (B-5; Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 2). Die Beklagte bringt nicht vor, dass dabei Schäden entdeckt wurden. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte die Klägerin aus Eigeninteresse sämtliche entdeckten Beschädigungen behoben. Ausserdem hätte die Beklagte nach ihrer Ankunft am 15.09.10 (B-5) aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (s.u. Rz. 93 ff.) einen erneuten Kalttestlauf durchführen müssen, welcher bestehende Schäden hätte aufzeigen können. Daher würde auch eine Kausalität zwischen Schäden, welche angeblich am 14.09.10 entstanden sind, und später aufgetauchten Problemen fehlen.
- 72 Auch war die selbständige Durchführung des Endtestlaufs (Einleitungsanzeige, Rz. 18) nicht unsachgemäss. Art. 13.2.2 Rahmenvertrag (K-1) impliziert, dass ein Leistungstest auch ohne Beisein der Beklagten erfolgen kann. Es wäre sinnwidrig, wenn die Klägerin durch eine solche Handlung ihre Gewährleistungsansprüche verlieren würde. Zudem hätte sich die Beklagte zwecks Wiederholung eines Leistungstests erkundigen müssen, ob ein solcher durchgeführt worden ist (Rz. 57).
- 73 Der von der Beklagten vorgebrachte Einwand, das Personal der MECC habe das Nebenge triebe beschädigt (Einleitungsantwort, Rz. 18), vermag ebenfalls keine Verwirkung der Gewährleistung zu begründen. Die Handlungen der MECC wären der Klägerin nur zurechenbar, wenn die MECC als deren Stellvertreterin (Art. 32 ff. OR) bzw. Hilfsperson (Art. 101 OR) gehandelt hätte.
- 74 Die MECC war keine Stellvertreterin, denn sie agierte stets in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Auch eine Stellung als Hilfsperson scheidet aus, da eine solche mit Wissen und Willen des Schuldners eine vertragliche Schuldpflicht erfüllt (HUGUENIN, N 995 ff.). Dies ist i.c. zu verneinen. Zwar existierten bis zur Übergabe des Zementwerks Kooperationen zwischen beiden Unternehmen. Jedoch endete die Zusammenarbeit gem. Zeitplan nach dem Training der MECC durch die Klägerin (Anhang II, K-4). Auch war die MECC von der Beklagten abhängig. Von dieser erhielt sie Benutzungshinweise und verwendete deren Handbücher (Einleitungsanzeige, Rz. 19; Art. 9.3.4 Rahmenvertrag [K-1]). Im Übrigen handelte die MECC nicht unsachgemäss, da es an der subjektiven Vorwerfbarkeit (vgl. Rz. 63) fehlt. Die Benutzerdokumentation half ihr bei der Reparatur der Zahnkupplung nicht (Rz. 45 ff.).

75 Auch ein mögliches Vorbringen, das Personal der Klägerin bzw. der MECC habe die Zentralgetriebe unsachgemäss gebraucht, vermag nicht zu überzeugen. Die Beklagte versucht nur zu suggerieren, dass die Arbeiter vor Ort schlecht Deutsch sprachen und damit fahrlässig einen Schaden verursacht haben könnten (Einleitungsantwort, Rz. 15). Dieses Argument wird durch Herrn Al-Dschabirs Schreiben vom 08.07.11 (K-10) widerlegt. Dieses fasste er trotz einer bestehenden Notsituation in makellosem Deutsch ab.

4. Die Beklagte anerkennt ihre Gewährleistungspflicht

76 Als weitere Voraussetzung der Gewährleistung muss die Beklagte ihre Verpflichtung gem. Art. 17.3 Rahmenvertrag (K-1) anerkannt haben. Nach dieser Bestimmung wird eine Anerkennung fingiert, wenn die Beklagte nicht innert sieben Tagen nach Information durch die Klägerin fachkundiges Personal vor Ort bereitstellt.

77 Die MECC informierte die Beklagte am 08.07.11 (K-10), jedoch traf deren Mitarbeiter erst nach zehn Tagen ein. Dies bestreitet die Beklagte nicht (Einleitungsantwort, Rz. 18, 21) und liefert damit selbst den Nachweis, dass sie ihre Gewährleistungspflicht anerkannt hat.

78 Die Beklagte kann sich auch nicht darauf stützen, dass sie die Klägerin auf einen Haftungsausschlussgrund, welcher ohnehin nicht gegeben wäre (Rz. 63 ff.), aufmerksam gemacht bzw. ihre Haftung schriftlich von sich gewiesen hat (K-11). Der klare Wortlaut von Art. 17.3 Rahmenvertrag (K-1) lässt keine Ausnahmen zu. Der einseitige Ausschluss der Vor-Ort-Untersuchung durch die Beklagte entspräche einer einseitigen Vertragsänderung. Eine solche Befugnis wurde der Beklagten im Vertragswerk an keiner Stelle eingeräumt und die Klägerin stimmte einer solchen nie zu. Das Nichtreagieren der Klägerin auf das Schreiben der Beklagten (K-8) kann nicht als stillschweigende Annahme i.S.v. Art. 6 OR gedeutet werden, weil der vermeintliche beklagtische Antrag der Klägerin keinerlei Vorteile einräumt und der Rahmenvertrag (K-1) die Rechte und Pflichten der Parteien regelt (Rz. 28; GAUCH, N 194 f.). Entsprechend ist der vermeintliche Haftungsausschluss seitens der Beklagten unbeachtlich.

79 Im Übrigen hat sie durch Nichterwähnung der neuen Ölspritzeinrichtung in ihrer Rechnung (Rz. 43; K-14) ihre Haftung konkludent anerkannt. Die Beklagte verhält sich widersprüchlich, wenn sie ihre Verantwortung für einen Mangel akzeptiert, sich aber einer weitergehenden Gewährleistung entziehen will. Die Anerkennung des Konstruktionsmangels führt damit zu einer vollständigen Haftung für diesen.

80 Auch ist es mit dem Grundsatz *pacta sunt servanda* unvereinbar, dass sich die Beklagte durch einseitige Aussage von ihren vertraglichen Verpflichtungen zu befreien sucht.

5. Die Klägerin wahrte die Garantiefrist

81 Laut Art. 17.2 Rahmenvertrag (K-1) haftet die Unternehmerin während 12 Monaten nach Abnahme bzw. 36 Monaten nach Ablieferung für Mängel. Eine Abnahme ist nicht erfolgt

(Rz. 53 ff.). Die Zentralgetriebe wurden am 02.02.10 in Dammam abgeliefert (K-7). Die Garantiefrist lief damit erst am 02.02.13 ab. Diese wurde von der Beklagten durch Anerkennung ihrer Schuldpflicht am 16.07.11 (Rz. 76 ff.) i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR gewahrt.

- 82 Sollte das Schiedsgericht im Verhalten der Beklagten (Rz. 76 ff.) wider Erwarten keine Schuldanerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR sehen, wurde die Verjährungsfrist dennoch durch Einreichung der Einleitungsanzeige (11.01.13) gewahrt.

IV. Die Beklagte verweigert die Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtung

1. Die Kosten für die Reparaturarbeiten sind von der Beklagten zu tragen

- 83 Die Parteien definierten den Begriff der Reparaturkosten zwar nicht explizit, umrissen ihn aber gleichwohl. Nach Art. 3.2 Rahmenvertrag (K-1) sind Reparaturleistungen primär in Al Hofuf durchzuführen. Jedoch sind auch solche Reparaturarbeiten abseits des Zementwerks zulässig, wofür notwendigerweise Ausbau- bzw. Wiedereinbau- und Transportarbeiten durchgeführt werden müssen. Daher war es das gemeinsame Verständnis beider Parteien, Reparaturarbeiten (und damit einhergehende Kosten) in einem weiten Sinn zu verstehen.

- 84 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss gelangen, die Begriffsdefinition durch die Parteien sei unzureichend, so ist auf den gesetzlichen Reparaturbegriff abzustellen. Dieser ist ebenfalls weit zu verstehen, weil er einerseits Material- und Arbeitskosten, andererseits aber auch Aufwendungen, welche die Mängelbeseitigung erst ermöglichen (wie namentlich Ausbauarbeiten), erfasst (BGE 111 II 174 E. 5; GAUCH, N 1718; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 337).

- 85 Die von der Beklagten für eigene Leistungen in Rechnung gestellten Reparaturkosten betragen EUR 444'225.00 (K-14). Davon entfallen EUR 421'313.00 auf Arbeits- und Materialkosten. Da für die Reparaturarbeiten notwendigerweise Auslagen für Reisezeit und -kosten, Logie und Arbeitsbewilligungen in der Höhe von EUR 22'912.00 (K-14) anfielen, sind auch diese Ausgabenposten von der Gewährleistung gedeckt.

- 86 Auf die Reparaturkosten ist Zins zu 5% gem. Art. 104 Abs. 1 OR geschuldet. Der Beginn der Verzinsungspflicht ist die Verrechnungserklärung der MECC vom 18.05.12 (Einleitungsanzeige, Rz. 29).

2. Die Kosten für die Kranmiete sind von der Beklagten zu tragen

- 87 Die Auslagen von EUR 322'775.00 (zuzüglich Zins zu 5%, Rz. 86) für die Kranmiete (K-15) hat die Beklagte ebenfalls vollumfänglich zu tragen. Die Behebung des Konstruktionsmangels erforderte den Ausbau des Zentralgetriebes II und dessen Übersendung nach Deutschland (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 11). Wie in Rz. 83 gezeigt, umfasst die Gewährleistung auch Ausbauarbeiten. Deshalb ist es unbeachtlich, dass die Kosten zunächst bei der MECC anfielen. Hätte die MECC die Kräne nicht gemietet, so hätte die Beklagte diese notwendigen Ausgaben direkt selber tätigen müssen, um sich der Reparatur annehmen zu können.

88 Ohnehin wäre die Kranmiete von der Kostentragung gem. Art. 17.5 Rahmenvertrag (K-1) erfasst. Die dort erwähnte selbständige Mängelbeseitigung findet Anwendung, weil die Beklagte der Reparaturaufforderung nicht innert siebentägiger Frist nachkam (Rz.76 ff.). Zwar erwähnt Art. 17.5 (K-1) nur das Beseitigungsrecht der Auftraggeberin (bzw. Klägerin), jedoch ist auch der Wortlaut dieser Bestimmung (vgl. Rz. 35 ff.) zu eng. Die MECC erhob berechtigterweise die Mängelrüge i.S.v. Art. 17.2 (Rz. 52; K-1). Daher war es ihr auch gestattet, den Mietvertrag über die Kräne abzuschliessen.

3. Die Beklagte erbringt ihre Leistung trotz Möglichkeit nicht

89 Da die Erfüllung einer Geldschuld stets möglich ist (HUGUENIN, N 915), leistete die Beklagte trotz Möglichkeit die geschuldeten Reparaturkosten bis zum heutigen Zeitpunkt nicht.

4. Der Verzug der Beklagten erfordert weder Mahnung noch Nachfristansetzung

90 Einer Mahnung gem. Art. 102 Abs. 1 OR bedarf es nicht, weil die Beklagte mit Schreiben vom 10.07.11 (K-11) zu erkennen gab, dass sie ihrer Kostentragungspflicht nicht nachkommen werde. Dies stellt eine antizipierte Vertragsverletzung dar (Art. 108 Ziff. 1 OR), welche analog angewendet eine Mahnung entbehrlich macht (BGE 110 II 141 E. 1b). Folglich braucht es für einen Verzug der Beklagten auch keine Nachfristansetzung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 OR.

V. Fazit

91 Der Klägerin steht aufgrund der vereinbarten Gewährleistungspflicht ein Anspruch auf Kostenübernahme von EUR 767'000.00 (zuzüglich Zins zu 5%) gegen die Beklagte zu.

C Eventualiter ist die Beklagte zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet

92 Die Beklagte hat ihre auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten (Art. 394 ff. OR) verletzt (I.), weshalb der Klägerin ein Schadenersatzanspruch (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR) zusteht (II.), sofern das Schiedsgericht den Gewährleistungsanspruch (Rz. 30 ff.) verneinen sollte.

I. Die Beklagte verletzte schuldhaft ihre auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht

93 Im vorliegenden gemischten Vertrag ist die Montageüberwachung Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) unterstellt (Rz. 34). Die Beklagte hat mehrfach gegen die gesetzliche (Art. 398 Abs. 1 und Abs. 2 OR) und auch gegen ihre vertragliche Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 5.2 Rahmenvertrag [K-1]) verstossen und diese somit verletzt (Art. 398 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR).

94 Die Treue- und Sorgfaltspflicht verlangt vom Beauftragten, dass er den Interessen des Auftraggebers generell Vorrang einräumt (BGE 131 I 223 E. 4.6.3; BK-FELLMANN, Art. 398 N 23 ff.). Ausserdem muss der Beauftragte umfassende Schutz- und Sicherungsvorkehrungen treffen, um das Gelingen des Auftrags sicherzustellen (BK-FELLMANN, Art. 398 N 29).

95 Nach Bst. E Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 Anhang I (K-4) sollte die Beklagte in Al Hofuf vor Ort die Montage- und Inbetriebnahmephase unablässig beaufsichtigen und instruieren. Aufgrund der

Instruktionspflicht oblag der Beklagten entgegen ihrer Aussage (Einleitungsantwort, Rz. 11) nicht bloss eine passive Aufgabe. Indem ihr Personal während der Montage- und Inbetriebnahmephase die ihr obliegenden Pflichten delegierte (K-8), wurde der Auftrag unsorgfältig erfüllt.

- 96 Die Beklagte hätte das Zementwerk nicht eigenmächtig verlassen dürfen. Indem sie es gleichwohl unterliess, in Al Hofuf die Montage und die Testläufe (zum Ganzen Rz. 57) zu überwachen, beging sie eine weitere Sorgfaltspflichtverletzung.
- 97 Die Sorgfalts- und Treuepflicht wurde in Art. 7.2 Rahmenvertrag (K-1) durch eine Benachrichtigungspflicht konkretisiert. Die Beklagte hat die Klägerin über alle Umstände aufzuklären, welche die ordnungsgemässe Durchführung des Auftrags hätten verhindern können. Die Beklagte wäre somit verpflichtet gewesen, die angeblich entdeckten Schäden (Rz. 64 ff.) der Klägerin mitzuteilen, tat dies aber nicht.
- 98 Verletzungen der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht stellen stets objektive Pflichtwidrigkeiten (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2997 ff.) und damit fahrlässiges Verhalten dar.

II. Die Klägerin erlitt durch die Vertragsverletzung einen Schaden

- 99 Durch Verrechnungserklärung vom 18.05.12. (Rz. 86) verminderten sich Forderungen der Klägerin um EUR 767'000.00. Diese Verminderung von Aktiven ist ein ersatzfähiger Schaden gem. Differenztheorie (BGE 132 III 359 E. 4) und seit dem 18.05.12 zu 5% zu verzinsen.
- 100 Die Beklagte hat durch das pflichtwidrige Untätigbleiben ihres Personals (Rz. 93 ff.) den Schaden kausal verursacht. Nach der *conditio cum qua non* ist eine Unterlassung kausal, wenn der Schaden bei Vornahme der gebotenen Handlung nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verhindert worden wäre (zum Ganzen BGer 4A_520/2007 E. 4; BERGER, N 1854). Das Beisein der fachkundigen Beklagten (Rz. 49) hätte nach allgemeiner Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verhindert, dass die Klägerin Zentralgetriebe II nicht fachgemäss gebraucht hätte. Auch hätte die Klägerin frühere Schäden (Rz. 64 ff.) behoben, wenn sie darüber von der Beklagten informiert (vgl. Rz. 97) worden wäre. Die weitere Beschädigung von Zentralgetriebe II (Rz. 44, 47) hätte verhindert werden können.

III. Fazit

- 101 Die Klägerin hat eventualiter gegen die Beklagte einen Schadenersatzanspruch in der Höhe von EUR 767'000.00, weil diese ihre auftragsrechtlichen Pflichten mehrfach verletzte.

D Der Klägerin steht ein Anspruch auf eine Konventionalstrafe zu

102 Es wurde eine wirksame Konventionalstrafe vereinbart, welche die verspätete Reparaturleistung unter Strafe stellt (I.) und nach Eintritt ihrer Bedingung der Klägerin zusteht (II.).

I. Die Klägerin und die Beklagte vereinbarten eine Konventionalstrafe**1. Die Konventionalstrafe sanktioniert eine verspätete Reparaturleistung**

103 Nach Art. 17.3 Rahmenvertrag (K-1) schuldet die Beklagte der Klägerin eine Konventionalstrafe („*Vertragsstrafe*“) i.S.v. Art. 160 ff. OR, falls die Beklagte bei Vorliegen eines Gewährleistungsfalls ihrer Reparaturpflicht nicht innert dreier Wochen nachkommt.

104 Weil i.c. die Verspätung einer Leistung unter Strafe gestellt wird, werden nach Art. 160 Abs. 2 OR die Ansprüche auf Erfüllung der Reparaturleistung und auf Leistung der Konventionalstrafe kumuliert. Dem entspricht auch die Abhängigkeit der Strafhöhe von der Verzugsdauer (Art. 17.3 i.V.m. Art. 14.3 Rahmenvertrag [K-1]). Die zeitige Erfüllung der Reparaturleistung sollte dadurch gefördert (vgl. BGE 122 III 420 E. 3b; KOLLER, OR AT, § 81 N 54) und die baldmögliche Wiederaufnahme des Betriebs sichergestellt werden.

105 Es ist zu beachten, dass es sich hinsichtlich der Konventionalstrafe um keine Bestimmung zugunsten der MECC (vgl. Rz. 35 ff.) handelt. Die Klägerin beabsichtigte nicht, die MECC über ein selbständiges Gewährleistungsrecht hinaus zu begünstigen. Deshalb steht die Konventionalstrafe ausschliesslich der Klägerin zu. Da die Konventionalstrafe eine Reparaturleistung sichert, die unabhängig von der Klägerin direkt gegenüber der MECC erbracht wird, konnte die Klägerin weder auf die Strafe verzichten noch die Reparaturleistung vorbehaltlos annehmen (Art. 160 Abs. 2 OR). Da das Verhalten der MECC der Klägerin nicht zurechenbar ist (Rz. 73 f.), hat die Klägerin ihren Anspruch auf die Konventionalstrafe nicht verwirkt.

106 Die Strafhöhe wurde in Art. 17.3 i.V.m. Art. 14.3 Rahmenvertrag (K-1) geregelt. Demnach werden pro Woche Verzug 0.5% des Gesamtvertragspreises (EUR 3'600'000.00; S. 3, K-3) bis zu einem Höchstbetrag von 3% (EUR 108'000.00) geschuldet. Nach sechswöchigem Verzug ist daher die maximale Strafhöhe von 3% erreicht.

2. Die Konventionalstrafe ist durch ihren Bedingungsseintritt verfallen

107 Eine Konventionalstrafe kann unbeschaden eines Schadens geltend gemacht werden, wenn deren Bedingung eingetreten ist (BGE 122 III 420 E. 2a; BERGER, N 1793).

108 Dies kann vorliegend bejaht werden. Die Beklagte bestätigt selbst, dass sie für die Wiederinstandsetzung von Zentralgetriebe II mehrere Monate benötigte (Einleitungsantwort, Rz. 27). Die Beklagte bringt aufgrund des Wortlauts von Art. 17.3. Rahmenvertrag (K-1) vor, dass im Rahmen ihrer Arbeiten keine Reparatur erfolgt sei. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, da nicht auf diese blosse Begrifflichkeit abzustellen ist. Durch die vereinbarte „*Reparatur*“ sollen mangelhafte Teile in einen mängelfreien Zustand überführt werden (vgl. BK-GAUTSCHI,

Art. 363 N 1 f.). Hingegen sollen durch eine „*Auswechslung*“ alte Bestandteile, die für eine Reparatur zu beschädigt sind, durch gleiche Komponenten ersetzt werden. Davon nicht erfasst ist das Hinzufügen komplett neuer Bestandteile.

- 109 Zentralgetriebe II wurde mit einer neuen Ölspritzeinrichtung versehen (Rz. 43). Diese diente der Behebung eines Primärmangels (Rz. 42 f.). Es wurde eine Reparatur vorgenommen.
- 110 Zudem ist bei der Auslegung des Begriffs der „*Auswechslung*“ zu berücksichtigen, dass bei Reparaturen regelmässig einzelne Bestandteile ausgewechselt werden (vgl. BGer 1C_386/2011 E. 5.4.; WILLI, S. 44). Würde man daher sämtliche Handlungen, bei welchen einzelne Komponenten ausgewechselt werden, als „*Auswechslung*“ bezeichnen, bliebe einer „*Reparatur*“ kein Anwendungsbereich mehr und eine Konventionalstrafe wäre nie geschuldet.
- 111 Weiter ist zu berücksichtigen, dass das Zentralgetriebe umfassend beschädigt wurde, was eine Reparatur der Sache als Ganzes erforderte (vgl. Einleitungsantwort, Rz. 22 f. i.V.m. Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 11). Deshalb hat die Beklagte zwar einzelne Teile ausgewechselt, andere aber repariert. Dies ergibt sich aus Bst. B. Ziff. 1 Anhang I (K-4) i.V.m. (K-14). In (K-3, K-4) wird spezifiziert, woraus sich u.a. das Hauptantriebsgetriebe zusammensetzt. Der beklagten Rechnung (K-14) entsprechend wurden mangels expliziter Nennung nicht sämtliche Komponenten des Hauptantriebsgetriebes ausgewechselt, wie z.B. die Parallelgetriebeantriebswelle. Überdies gibt die Beklagte selbst zu, dass sie Reparaturen vornahm (Einleitungsantwort, Rz. 27).
- 112 Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die von der Beklagten vorgenommenen Arbeiten sowohl unter „*Reparatur*“ als auch unter „*Auswechslung*“ fallen, womit sie von Art. 17.3 Rahmenvertrag (K-1) erfasst werden.
- 113 Den Beginn der Reparaturdauer stellt die Ankunft von Zentralgetriebe II am Sitz der Beklagten in Deutschland dar, da die Beklagte in diesem Zeitpunkt Einfluss auf den Reparaturprozess hatte. Das genaue Datum dieses Moments ist der Klägerin nicht bekannt, kann aber auch offen bleiben. Die Beklagte gibt selbst zu, dass sich Zentralgetriebe II über längere Zeit in Deutschland befand (Rz. 108; Einleitungsantwort, Rz. 27). Weil sie auch nicht präzisiert, dass die Höhe der Konventionalstrafe korrekt berechnet wurde (eingehend Rz. 106), zeigt sie, dass die erforderliche Dauer von sechs Verzugswochen erreicht wurde.
- 114 Aufgrund obiger Ausführungen ist die Bedingung für die Konventionalstrafe eingetreten.

II. Die Beklagte kann sich auf keine Exkulpationsmöglichkeit berufen

1. Der Anspruch auf die Konventionalstrafe ist verschuldensunabhängig

- 115 Der Anspruch der Gläubigerin auf die Konventionalstrafe erfordert ein Verschulden der Schuldnerin am Verfall der Strafe, sofern ein solches nicht wegbedungen wurde (HUGUENIN, N 1262). Nach Art. 17.3 i.V.m. Art. 14.1-14.2 Rahmenvertrag (K-1) ist die Beklagte von der

Zahlung einer Konventionalstrafe nur bei Vorliegen höherer Gewalt befreit. Dieser Regelung käme nur deklaratorische Bedeutung zu, wenn nach wie vor am Verschuldenserfordernis festgehalten würde. Durch das explizite Nennen eines Exkulpationsgrundes sollte somit vom Verschuldenserfordernis abgesehen werden.

2. Die Lieferschwierigkeiten sind von der Beklagten zu vertreten

116 Sollte das Schiedsgericht dennoch am Verschuldenserfordernis festhalten, so kann das Verschulden der Beklagten positiv festgestellt werden. Sie kann sich nicht aufgrund von Lieferschwierigkeiten Dritter ihrer Verantwortlichkeit für den Verzug entziehen. Die Beklagte legt nicht spezifisch dar, wofür die verzögert gelieferten Objekte benötigt wurden (Einleitungsantwort, Rz. 27). Dass diese für „*neue[n] Bestandteile*“ verwendet werden sollten, schliesst nicht aus, dass sie auch für die eigentliche Reparatur gebraucht wurden, zumal der Begriff „*Auswechslung*“ eng zu verstehen ist (Rz. 110). Entsprechend verzögerten die Lieferschwierigkeiten auch die Dauer der Reparaturleistungen.

117 Diese Verzögerung ist von der Beklagten zu vertreten. Weil sie bereits bei der ursprünglichen Herstellung der Zentralgetriebe aufgrund von Werkstoffknappheit den vorgegebenen Zeitplan nicht einhalten konnte (Anhang I, [K-4] i.V.m. [K-5]), hätte sie im Hinblick auf eine mögliche spätere Reparaturleistung Ersatzteile im Voraus beschaffen müssen. Auch hätte sie aufgrund ihrer Erfahrung (Rz. 49) allfällige Lieferschwierigkeiten antizipieren können. Überdies ist von Bedeutung, dass die Beklagte die Zentralgetriebe nach Schadenseintritt im Rahmen der Inspektionsarbeiten (Einleitungsantwort, Rz. 21) am 18.07.11 schon in Al Hofuf vordergündig begutachtete. Dadurch konnte sie grundsätzlich abschätzen, welche neuen Bestandteile benötigt würden und hätte diese vor dem Rücktransport nach Deutschland bereits bestellen können.

3. Die Beklagte wurde nicht durch höhere Gewalt an ihrer Leistung gehindert

118 Lieferschwierigkeiten Dritter sind i.c. kein Fall höherer Gewalt. Diese bricht als unvorhersehbares und unvermeidliches Ereignis mit unabwendbarer Kraft von aussen herein (BGE 111 II 429 E. 1b).

119 Die Lieferschwierigkeiten waren für die Beklagte vorherseh- und damit vermeidbar (Rz. 117). Auch sind Lieferschwierigkeiten nicht aussergewöhnlich.

III. Fazit

120 Weil die Bedingung für die Konventionalstrafe eingetreten ist und die Beklagte über keine Exkulpationsmöglichkeiten verfügt, hat sie der Klägerin EUR 108'000.00 als „*Vertragsstrafe*“ zu entrichten.