

Moot Court Team 10
Pierina Janett
Flurin Kohler
Anna Kotlinski
Fabian Staub

EINSCHREIBEN

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

Zürich, 11. Dezember 2013

KLAGESCHRIFT

Schiedsgericht der Swiss Chambers' Arbitration Institution
Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG
Aarethalstrasse 105
CH-3052 Zollikofen
Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 10

gegen

Feller Gear AG
Hirschstrasse 22
D-70173
Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Unter Wahrung der Frist stellen wir namens und mit Vollmacht der Klägerin 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.

Vorwort

Analog zu der Reihenfolge der zu behandelnden Streitfragen, wird in dieser Klageschrift zunächst auf die prozessualen Fragen des anwendbaren Rechts und des Gerichtsstands eingegangen, anschliessend werden die materiellen Anspruchsgrundlagen erläutert. Für den Rückforderungsanspruch gemäss Streitfrage II kann sich die Klägerin auf verschiedene konkurrierende Anspruchsgrundlagen stützen:

- Minderungsrecht zuzüglich des Ersatzes des Mangelfolgeschadens
- Treuepflichtverletzung
- Auftragsrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung
- Ungerechtfertigte Bereicherung
- Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Ausschlussgründe der Streitfrage III werden dabei am Ende der jeweiligen Anspruchsgrundlage thematisiert. Die Klageschrift schliesst mit der Bejahung sämtlicher Voraussetzungen der Fälligkeit der Konventionalstrafe, womit alle vorerst zu behandelnden Streitfragen erörtert sind.

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren.....	II
Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis.....	IV
Literaturverzeichnis.....	VI
Entscheidverzeichnis	VIII
Materialienverzeichnis.....	XI
1. Anwendbares Recht	1
2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
2.1 Verhältnis Rahmenvertrag – Einzelvertrag	1
2.2 Geltungsbereich der AGB	1
3. Qualifikation des Vertrages der Klägerin und der Beklagten	2
3.1 Werkvertragliche Elemente	2
3.1.1 Werklieferungsvertrag (Art. 365 OR).....	2
3.1.2 Abgrenzung zu Kauf einer künftigen Sache	2
3.2 Auftragsrechtliche Elemente hinsichtlich des technischen Services	3
4. Qualifikation des Vertrages zwischen MECC und Klägerin	3
5. Sachgewährleistung.....	3
5.1 Mangel im Zeitpunkt der Ablieferung	4
5.1.1 Ablieferungszeitpunkt.....	4
5.1.2 Mangelbegriff	4
5.2 Fristgerechte Mängelrüge	5
5.3 Minderungsrecht.....	6
5.4 Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR).....	6
5.5 Kein Ausschluss der Sachgewährleistung.....	7
5.5.1 Fehlen einer Freizeichnung.....	7
5.5.2 Keine Genehmigung nach Art. 370 OR.....	8
5.5.3 Fehlen von Selbstverschulden des Bestellers (Art. 369 OR).....	8
5.5.4 Kein Verjährungseintritt	9
6. Eventualbegründung: Anspruch aus Treuepflichtverletzung	9
6.1 Treuepflicht im Werkvertragsrecht	9
6.2 Treuepflicht im Auftragsrecht (Art. 398 Abs. 2 OR).....	10
6.3 Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR	10
6.4 Keine Ausschlussgründe.....	11
6.4.1 Fehlen einer Freizeichnung.....	11
6.4.2 Kein Verjährungseintritt	12
7. Eventualbegründung: Anspruch aus der Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR)	12
7.1 Sorgfaltspflichtverletzung	12
7.2 Weitere Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR.....	13
7.3 Kein Ausschluss des Anspruchs.....	14
8. Eventualbegründung: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung	14
8.1 Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung	14
8.2 Kein Ausschluss des Rechts auf Nachbesserung	15
8.3 Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung.....	15
8.4 Kein Ausschluss des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung.....	15
8.4.1 Konditionssperren.....	15

8.4.2 Verjährung (Art. 67 Abs. 1 OR).....	16
9. Eventualbegründung: Anspruch aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR).....	16
9.1 Objektive Voraussetzungen	16
9.2 Subjektive Voraussetzungen	17
9.3 Rechtsfolgen.....	17
9.4 Kein Ausschluss des Anspruchs aus unechter bösgläubiger GoA.....	17
9.4.1. Geltendmachung trotz Vorliegen eines Vertrages.....	17
9.4.2 Keine Verjährung.....	18
10 Geltendmachung der Konventionalstrafe.....	18
10.1 Gültige Strafabrede.....	18
10.2 Eintritt der Bedingung.....	18
10.3 Verschulden	19
10.4 Pflichterfüllung der Cementia Design AG	20
10.5 Vermutung der Kumulation	20

Literaturverzeichnis

BRÄNDLI ROGER, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Zürich/St. Gallen 2007. (zit. BRÄNDLI, N x) [Rz. 35, 62]

FELLMANN WALTER, in: HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Bern 1992. (zit. BK FELLMANN, Art. y, N x) [Rz. 43]

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Zürich 2012. (zit. CHK- BEARBEITER/IN, OR y, N x) [Rz. 67]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011. (zit. GAUCH, N x) [Rz. 11, 14, 15, 17, 20, 22, 24, 27, 30, 31, 36, 37, 40, 42, 61]

HOFSTETTER JOSEF , in: WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, 6. Teilband, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000. (zit. HOFSTETTER S. z) [Rz. 74]

HONSELL HEINRICH, Schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, neunte Auflage, Bern 2010. (zit. HONSELL, S. z) [Rz. 53, 77]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage, Basel 2010. (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. y, N x) [Rz. 42]

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011. (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. y, N x) [Rz. 5, 10, 34, 39, 49, 50, 57, 68, 75, 87, 88]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012. (zit. HUGUENIN, N x) [Rz. 5, 8, 12, 16, 42, 43, 52, 65, 66, 67, 71, 73, 77, 82]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 2. Auflage, Zürich 2012. (zit. CHK- BEARBEITER/IN, OR y, N x) [Rz. 53, 57, 74, 75, 78]

TAUSKY ROBERT, in: KOLLER ALFRED (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996 (zit. TAUSKY, S. z) [Rz. 31]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bern 2009. (zit. KOLLER, § y, N x) [Rz. 80, 82]

WERRO FRANZ, Le mandat et ses effets, Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations, Fribourg 1993. (zit. WERRO N x) [Rz. 43]

Entscheidverzeichnis

- BGE 93 II 317 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 24. Oktober 1967 [Rz. 32]
- BGE 98 II 118 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 11. April 1972 [Rz. 22]
- BGE 107 II 172 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 12. Mai 1981 [Rz. 22]
- BGE 111 II 173 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 9. Juli 1985 [Rz. 63]
- BGE 115 II 456 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 23. November 1989 [Rz. 17]
- BGE 116 II 305 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 6. Juni 1990 [Rz. 15, 25]
- BGE 117 II 425 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 12. September 1991 [Rz. 21]
- BGE 126 III 69 Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 11. Januar 2000 [Rz. 76, 77]

BGE 126 III 382	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 17. Juli 2000 [Rz. 78]
BGE 127 III 421	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 14. Juni 2001 [Rz. 68]
BGer 4C.149/2001	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 19. Dezember 2001 [Rz. 19]
BGE 129 III 422	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 7. Juli 2003 [Rz. 71]
BGE 129 III 646	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung vom 16. Oktober 2003 [Rz. 65]
BGer 4C.297/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 20. Februar 2004 [Rz. 28]
BGE 130 III 504	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 11. Mai 2004 [Rz. 27]
BGer 4C.222/2004	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 14. September 2004 [Rz. 47]

BGer 4C.346/2003	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 26. Oktober 2004 [Rz. 25]
BGer 4C.36/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 24. Juni 2005 [Rz. 82]
BGer 4C.34/2005	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 18. August 2005 [Rz. 17]
BGer 4C.130/2006	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 8. Mai 2007 [Rz. 28]
BGE 135 III 1	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 28. Oktober 2008 [Rz. 5]
BGer 4A_428/2007	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 2. Dezember 2008 [Rz. 19]
BGE 135 III 433	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 23. April 2009 [Rz. 84]
BGer 4A_252/2010	Schweizerisches Bundesgericht, Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung vom 25. November 2010 [Rz. 22]

Materialienverzeichnis

SCHMID JÖRG: Gewinnherausgabe bei unerlaubter Untermiete BGE 126 III 69 ff., recht 4
(2008) 205 ff. [Rz. 78]

SJZ 77 (1981) 28 [Rz. 57]

1. Anwendbares Recht

- 1 Die klägerischen Ansprüche gründen auf der vertraglichen Beziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten, welche sich durch den zwischen den Parteien geschlossenen Rahmenvertrag vom 12. Oktober 2008, durch allfällige Einzelverträge zwischen den Parteien sowie – eventuell – durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend „AGB“) der Beklagten definiert. Sowohl in Art. 23 des Rahmenvertrags als auch in Art. 18 der AGB der Beklagten wird das Schweizerische Recht als massgebend erklärt.

2. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 2 In ihrer Einleitungsantwort vom 10. Mai 2013 bestreitet die Beklagte die Zuständigkeit des nach der internationalen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution konstituierten Schiedsgerichts. Die Beklagte begründet ihre Einrede der Unzuständigkeit mit den Bestimmungen in ihren AGB, welche in Art. 18 ein Schiedsgericht der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. mit Sitz in München vorsehen. Aus nachfolgenden Gründen ist die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten nicht zu schützen.

2.1 Verhältnis Rahmenvertrag – Einzelvertrag

- 3 Die Parteien schlossen am 12. Oktober 2008 einen Rahmenvertrag, welcher die fundamentalen Regelungen der Vertragsbeziehung zwischen den Parteien, wie das anwendbare Recht, die Schiedsgerichtsbarkeit und den Gerichtsstand enthält. Konkret zu erbringende Leistungen werden in darauf basierenden Einzelverträgen geregelt.
- 4 Die explizite Bezeichnung des Gerichtsstandes Zürich im Rahmenvertrag steht vorliegend dem dem Einzelvertrag angehängten AGB's gegenüber. Die AGB's vermögen es dabei in keiner Weise, die grundlegenden Vereinbarungen im Rahmenvertrag zu verdrängen.

2.2 Geltungsbereich der AGB

- 5 Ein Unternehmen verfasst AGB, um immer wiederkehrende Arten von Vertragsschlüssen zu vereinfachen und zu standardisieren (BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 47). Die gegnerische Vertragspartei übernimmt mit der Vertragsunterzeichnung also eine Vielzahl nicht individuell verhandelter Vertragsbestimmungen (HUGUENIN, N 605). Werden allerdings individuelle Abreden getroffen, welche den Bestimmungen in den AGB widersprechen, so gehen diese den AGB immer vor (BGE 135 III 1 E. 2 f. S. 7 f.; BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 54).
- 6 Die Parteien halten in Art. 23 des Rahmenvertrags fest, dass Streitigkeiten in Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag, aber auch mit den Einzelverträgen, durch ein Schiedsverfahren ge-

mäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich entschieden werden. Diese Bestimmung widerspricht Art. 18 AGB der Beklagten und geht dieser als Individualabrede vor.

- 7 Somit steht fest, dass das durch die Klägerin angerufene Schiedsgericht im Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013 für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig ist.

3. Qualifikation des Vertrages der Klägerin und der Beklagten

- 8 Die Parteien vereinbarten, dass sowohl Dienstleistungen gemäss Auftragsrecht, als auch Ergebnisse nach Kauf- oder Werkvertrag geschuldet sind (K-1, Art. 5.1). Somit handelt es sich um einen gemischten Vertrag, für welchen hauptsächlich Bestandteile von Nominatverträgen verwendet werden (HUGUENIN, N 3684).

3.1 Werkvertragliche Elemente

- 9 Der Werkvertrag verpflichtet den Unternehmer zur Herstellung und Ablieferung eines Werks und den Besteller zur Leistung einer Vergütung (Art. 361 OR). Im vorliegenden Fall manifestiert sich der geschuldete Erfolg in der Herstellung von zwei Zentralgetrieben inkl. Zubehör, die Gegenleistung beläuft sich auf EUR 3'600'000.

3.1.1 Werklieferungsvertrag (Art. 365 OR)

- 10 Da die Beklagte die Ausgangsmaterialien für die bestellten Maschinen selber zu beschaffen hatte (K-4, lit. A, Ziff. 1), liegt genauer ein Werklieferungsvertrag vor. Hierbei handelt es sich um eine Erscheinungsform des Werkvertrags, wobei sich einzig die Rechtsgewährleistung für den Stoff nach den kaufrechtlichen Regeln von Art. 192 ff. OR richtet (BSK OR I-GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Art. 365 N 31).

3.1.2 Abgrenzung zu Kauf einer künftigen Sache

- 11 Entscheidendes Merkmal der Abgrenzung des Kaufs einer künftigen Sache und einem Werkvertrag ist die Herstellungspflicht. Stellt die individuelle Herstellung der Sache eine vertragliche Leistungspflicht dar, welche zur Vertragserfüllung gehört, liegt ein Werklieferungsvertrag vor (GAUCH, N 127). Hier wird das Werk erst aufgrund der Bestellung der Klägerin hergestellt, wobei zwar standardisierte Grundelemente verwendet werden, aber eine umfassende Individualisierung stattfindet. Diese basieren auf der Ausschreibung der MECC, der

Offerte von Feller Gear AG und einem Meeting in Stuttgart am 12. Oktober 2008. Somit steht im Zentrum des Vertrages die Herstellungspflicht, nicht die reine Eigentumsübertragung.

3.2 Auftragsrechtliche Elemente hinsichtlich des technischen Services

- 12 Ein Auftrag verpflichtet den Beauftragten, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste im Interesse der Auftraggeberin zu besorgen (HUGUENIN, N 3221). Die Beklagte hat durch die Überwachung für eine ordnungsgemässe Montage und Inbetriebnahme der Zentralgetriebe zu sorgen (K-3, „Installation“), weshalb der Vertragspreis eine eigenständige Position über 960 Stunden technischen Service enthält (K-4, A.1). Dieser Service ist weit über den Ablieferungszeitpunkt hinaus zu erbringen und weist einen ausgeprägten Dauercharakter auf.
- 13 Somit liegt ein Innominatkontrakt vor, welcher Elemente eines Werklieferungsvertrags gemischt mit auftragsrechtlichen Elementen aufweist.

4. Qualifikation des Vertrages zwischen MECC und Klägerin

- 14 Die MECC beauftragte die Klägerin mit dem gesamten Projekt des Neubaus ihres Zementwerks Ain Dar (Einleitungsanzeige, Ziff. 3). In der Errichtung eines schlüsselfertigen Werkes sind auch diverse Planungsarbeiten beinhaltet, weshalb das Vorliegen eines Totalunternehmervertrags als Erscheinungsform des Werkvertrags bejaht werden kann (GAUCH, N 233 ff.).
- 15 Der Unternehmer, der Teile seiner Leistungspflichten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung mittels zusätzlicher Werkverträge weitervergift, schliesst dadurch sog. Subunternehmerverträge ab. Der beigezogene Subunternehmer, i.c. die Beklagte, ist als Hilfsperson des Totalunternehmers nach Art. 101 OR zu qualifizieren (BGE 116 II 305 E. 2c S. 307 f.). Gegenüber der sog. Erstbestellerin (MECC) ist einzig der durch sie beigezogene Unternehmer (Klägerin) verpflichtet (GAUCH, N 162).

5. Sachgewährleistung

- 16 Der Unternehmer hat grundsätzlich verschuldensunabhängig für Werkmängel einzustehen (Art. 368 OR), vorausgesetzt das Werk ist bei Ablieferung mangelhaft und die Bestellerin erhebt fristgerecht Mängelrüge. Es dürfen weder Ausschlussgründe vorliegen, noch darf die Verjährung eingetreten sein (HUGUENIN, N 3157).

5.1 Mangel im Zeitpunkt der Ablieferung

5.1.1 Ablieferungszeitpunkt

- 17 Ablieferung im Sinne des Gesetzes (u.a. Art. 367 OR) bedeutet die Übergabe des Werkes unter Absicht der Vertragserfüllung (GAUCH, N 87). Das Werk muss dafür zwingend vollendet sein, eine Rechnungsstellung ist aber nicht erforderlich (GAUCH, N 95; vgl. BGer 4C.34/2005 vom 18.8.2005, E. 5.1). Der Begriff der Ablieferung bezeichnet dabei grundsätzlich den gleichen Vorgang wie die Abnahme (BGE 115 II 456 E. 4 S. 458 f.), wobei die Parteien die Begrifflichkeiten oft in einem abweichenden Sinn verwenden (vgl. GAUCH, N 107a). Strikt davon zu unterscheiden ist die Genehmigung nach Art. 370 OR, wodurch die Mängelrechte verwirken können.
- 18 Art. 13 des Rahmenvertrags regelt die Abnahme des Werkes, wobei grundsätzlich die Unterzeichnung eines Abnahmezertifikats nötig ist, andernfalls greifen verschiedene Abnahmefiktionen. Von der Abnahme ausgenommen bleiben laut Art. 13.3 die Verpflichtungen aus Gewährleistung, weshalb nicht eine Genehmigung Sinn und Zweck der Regelung sein kann. Im Einzelvertrages wird die Übergabe des Werkes im Hafen von Damman als „Ablieferung“ bezeichnet, für die „Abnahme“ ist einzig die Möglichkeit einer Bescheinigungsunterzeichnung vorgesehen. Die Fiktionen wurden, anders als im Rahmenvertrag, von den Parteien nicht in den Einzelvertrag aufgenommen. Somit scheint es sachgerecht, die gesetzlichen Folgen der Ablieferung im Rechtssinne an die körperliche Übergabe in Damman zu knüpfen, da zu diesem Zeitpunkt die Herstellungspflicht der Beklagten vollendet war. Eine Anknüpfung an die Bescheinigung war von beiden Parteien nicht gewollt, da ansonsten bei Unterlassen der Unterzeichnung nie eine Ablieferung stattfinden würde. Somit könnte das Werk nie als fertiggestellt gelten und die Beklagte sähe sich den ständig drohenden Vollzugsfolgen ausgesetzt.

5.1.2 Mangelbegriff

- 19 Ein Mangel liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit des Werkes von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht. Da gewisse vorausgesetzte Eigenschaften aber oft nicht explizit im Vertrag vereinbart werden, orientiert sich die Rechtsprechung hier an den Begriffen der Normalbeschaffenheit und der Gebrauchstauglichkeit, wobei stets der konkrete Vertragszweck massgebend ist (BGer 4C.149/2001 vom 19.12.2001, E. 3). Technische Leistungen haben dabei dem aktuellen Stand des Wissens zu entsprechen (BGer 4A_428/2007 vom 2.12.2008, E. 3.1).

- 20 Bei der Gebrauchstauglichkeit handelt es sich um eine vorausgesetzte Eigenschaft, welche ohne explizite Vereinbarung nach Treu und Glauben erwartet werden darf. Der Vertragszweck liegt in der Herstellung eines Zentralgetriebes für ein Zementwerk in Saudi-Arabien. Von der Beklagten als führende Entwicklerin auf diesem Gebiet darf die Einkalkulierung regionaler Besonderheiten (z.B. regelmässige Stromausfälle) erwartet werden, speziell da sie hierfür in den vergangenen Jahren bereits Lösungen entwickelt hat. Es entspricht somit dem aktuellen Stand des Wissens in ihrer Branche, dass die Ölspritzeinrichtung in diesen Breitengraden so installiert werden muss, dass nötigenfalls die Schwerkraft die Ölversorgung der maschinellen Teile sicherstellt. Da dies durch die Feller Gear AG nicht beachtet wurde, ist das Vorliegen eines Werkmangels zu bejahen. Die drohende Ölunterversorgung ist für den durchschnittlichen Werkabnehmer nicht erkennbar, für solche konzeptionellen Mängel ist spezielles Fachwissen erforderlich. Es handelt sich daher um einen geheimen Mangel (GAUCH, N 2078).

5.2 Fristgerechte Mängelrüge

- 21 Geheime Mängel sind erst bei ihrer Offenbarung, sprich bei zweifelsfreier Feststellung zu rügen (BGE 117 II 425 E. 2 S. 427). Die Tragweite des Mangels am Getriebe hat sich erst am 8. Juli 2011 offenbart, als das Werk den Betrieb komplett einstellen musste.
- 22 Die Frist für die Erhebung der Mängelrüge ist kurz bemessen, wobei ein siebentägiges Zuwarten noch als fristgerecht erachtet wird (BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010, E. 6.4). Die Erklärung kann von einem Stellvertreter des Bestellers ausgehen und muss sich an die Unternehmerin richten (GAUCH, N 2179). Noch gleichentags hat die MECC stellvertretend für Cembra Design AG substantiierte Mängelrüge bei der Beklagten als Werklieferantin erhoben, aus welcher sowohl Umfang als auch mögliche Schadensursachen ersichtlich waren (BGE 107 II 172 E. 1a S. 175). Die Beklagte hat problemlos erkennen können, dass die MECC die Mängel stellvertretend für die Klägerin rügt (Art. 32 OR), da im Briefwechsel vom 8. Juli 2011 explizit auf die Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten Bezug genommen wird (u.a. durch Erwähnung der Garantiezeit). Dies wurde von der Feller Gear AG auch als Mängelrüge akzeptiert (Einleitungsantwort, Ziff. 19). Durch die Rüge muss hinsichtlich der verschiedenen Mängelrechten noch keine Wahl getroffen werden (BGE 98 II 118 E. 2 S. 120). Wie die Beklagte selber eingesteht, ist die Klägerin vom nachfolgend abgeschlossenen Reparaturvertrag nicht tangiert (Einleitungsantwort, Ziff. 26 und 28), weshalb auch ihre Mängelrechte nach wie vor unangetastet geblieben sind.

23 Somit kann festgestellt werden, dass die Klägerin grundsätzlich Anspruch auf Sachgewährleistung nach Art. 368 OR hat.

5.3 Minderungsrecht

24 Trotz unklarem Wortlaut steht der Bestellerin dieses Minderungsrecht auch bei vollerheblichen Mängeln zu (GAUCH, N 1488).

25 Die Berechnung des Minderwerts erfolgt oft anhand der relativen Berechnungsmethode, bei welcher für die Kürzung der Vergütung auf das Verhältnis von mangelfreiem und mangelbehaftetem Werk abgestellt wird (BGer 4C.346/2003 vom 26.10.2004, E 4.3.1). Häufig kürzt das Bundesgericht die volle Vergütung aber schlicht um die angefallenen Verbesserungskosten, was sachgerecht scheint, wenn diese Kosten tatsächlich dem Minderwert des Werkes entsprechen. Dafür spricht laut Bundesgericht eine tatsächliche Vermutung, genau so wie für die Tatsache, dass sich der Wert des mangelfreien Werks mit der vollen Vergütung deckt (BGE 116 II 305 E. 4a S. 314 f.).

26 Im vorliegenden Fall spricht alles dafür, die konkreten Reparaturkosten der Differenz zwischen mangelfreiem und mangelbehaftetem Werk gleichzusetzen. Schliesslich sind die Kosten einzig durch Behebung des Designfehlers entstanden. Für das Greifen der tatsächlichen Vermutung spricht auch das plausible Kostenverhältnis von EUR 3'600'000 : 444'225.

27 Da die Klägerin ihren Verpflichtungen (Zahlung des Werklohns) bereits vollständig nachgekommen ist, steht ihr gestützt auf Art. 368 Abs. 2 OR ein Rückzahlungsanspruch in der Höhe von EUR 444'225 inkl. Zinsen zu (GAUCH, N 1617 ff.). Dabei handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, da er unmittelbar an die Ausübung des Minderungsrechts knüpft (GAUCH, N 1618; vgl. BGE 130 III 504 E. 6.6 S. 513).

5.4 Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR)

28 Das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens tritt kumulativ zum Minderungsrecht hinzu und deckt Schäden ab, die von den übrigen Mängelrechten nicht erfasst werden. Ihre Ursache muss aber stets natürlich und adäquat kausal durch den Werkmangel begründet sein (BGer 4C.130/2006 vom 8.5.2007, E. 6.1). Hier ist, anders als bei den übrigen Mängelrechten, ein Verschulden des Unternehmers nötig, welches wie in Art. 97 Abs. 1 OR vermutet wird (BGer 4C.297/2003 vom 20.2.2004, E. 2.2.2).

- 29 Die Klägerin fordert von der Beklagten die Bezahlung der EUR 322'777, da diese Folgekosten des Werkmangels darstellen. Es handelt sich um einen Schaden im Rechtssinne, da bei der Klägerin in dieser Höhe eine unfreiwillige Vermögenseinbusse vorliegt.
- 30 Die Lieferung des mangelbehafteten Werkes stellt eine *conditio sine qua non* für die entstandenen Krankkosten dar, da bei der Lieferung eines einwandfreien Werkes keine Kosten für Aus- und Wiedereinbau angefallen wären. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist ein Mangel an einem Zentralgetriebe überdies geeignet, solche Kosten zu verursachen, weshalb die natürliche und die adäquate Kausalität gegeben ist (vgl. GAUCH, N 1884).
- 31 Das Verschulden der Beklagten wird vermutet und ist zweifelsohne zu bejahen. Es genügt das Vorliegen von Fahrlässigkeit, z.B. in Form einer Sorgfaltspflichtverletzung (Art. 364 Abs. 1 OR), wobei sich der Sorgfaltsmassstab nach den anerkannten Regeln der Technik richtet (TAUSKY, S. 204). Diese müssen nicht durch die Wissenschaft herausgebildet sein, es genügt, dass sie auf praktischer Erfahrung basieren und in den Fachkreisen mit Erfolg angewendet werden (GAUCH, N 846).
- 32 Seit dem Winter 2009/2010 werden, unter anderem auch durch die Beklagte, im Mittleren Osten die Ölspritzeinrichtungen bei Getrieben in modifizierter Weise eingebaut. Dies zeigt, dass sich diesbezüglich der anerkannte Stand des Wissens weiterentwickelt hat und die Modifikation heute zum üblichen Standard gehört. Die Beklagte hätte dies wissen und die Klägerin darauf aufmerksam machen müssen (Art. 365 Abs. 3 OR). Diese Anzeigepflicht ist nicht wahrgenommen worden. Ein Versuch der Exkulpierung mit der Begründung, diese hätte das berufliche Wissen der Feller Gear AG überstiegen, ist klarerweise abzulehnen, da diesfalls ohnehin ein Übernahmeverschulden vorliegen würde (vgl. BGE 93 II 317 E. 2e S. 323 f.).

5.5 Kein Ausschluss der Sachgewährleistung

5.5.1 Fehlen einer Freizeichnung

- 33 Die Gewährleistungspflicht kann sowohl durch Gesetz wie auch durch Vertrag (sog. Freizeichnung) im Rahmen von Art. 100 OR eingeschränkt werden. Die Mängelhaftung wurde aber zu keinem Zeitpunkt vertraglich ausgeschlossen. Art. 13.3 des Rahmenvertrags hält die Verpflichtung zur Mängelhaftung sogar explizit fest.

5.5.2 Keine Genehmigung nach Art. 370 OR

- 34 Durch eine Genehmigungserklärung nach Art. 370 OR wird der Unternehmer einzig von der Mängelhaftung für offene Mängel befreit (BSK OR I-GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Art. 370, N 23). Solch eine Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. I.c. liegt jedoch ein versteckter Mangel vor, welcher somit e contrario nicht von einer vorweggenommenen Genehmigung erfasst ist. Die Ingebrauchnahme bis zur Offenbarung des Mangels am 25. Juli 2011 vermittelt daher keine Genehmigungswirkung, genauso wenig die Rechnungsbegleichung am 2. Januar 2011. Auch die Genehmigungsfiktion nach Art. 370 Abs. 3 OR greift nicht, da der versteckte Mangel, wie geschildert, korrekt gerügt worden ist.

5.5.3 Fehlen von Selbstverschulden des Bestellers (Art. 369 OR)

- 35 Für den vollständigen Haftungsausschluss des Unternehmers gemäss Art. 369 OR ist erforderlich, dass der Schaden einzig und allein durch eine natürlich und adäquat kausal gesetzte Ursache des Bestellers entstanden ist (BRÄNDLI, N 250).
- 36 Das Vorliegen von Selbstverschulden ist zwar durch den Unternehmer zu beweisen (GAUCH, N 1914), kann aber klarerweise verneint werden. Die Klägerin hat keine Weisungen hinsichtlich der Konstruktion des Zentralgetriebes erteilt, da die Beklagte gerade aufgrund ihres Fachwissens beigezogen worden ist. Auch wenn die Beklagte Teile der Spezifikationen als Weisungen verstanden hätte, wäre sie zur Abmahnung verpflichtet gewesen, da einer „führenden Herstellerin und Entwicklerin von Getrieben aller Art“ die Unzweckmässigkeit hätte auffallen müssen. Weil sie die Vertragspartei ist, die über das besondere Fachwissen verfügt, kann sie sich auch nicht aus dieser Pflicht befreien (K-1, Art. 3.3; vgl. auch GAUCH, N 1955).

5.5.3.1 Ablehnung von beschränktem Selbstverschulden

- 37 Auch beschränktes Selbstverschulden des Bestellers kann eine teilweise Entlastung des Unternehmers zur Folge haben (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR). Dies ist der Fall, wenn dem Besteller eine Mitursache für den Mangel zugerechnet werden kann (GAUCH, N 2050). Die Beklagte bringt vor, dass die angeblich fehlerhafte Benutzung der Anlagen durch die Erstbestellerin ohnehin zum eingetretenen Schaden geführt hätte. Für diese Behauptung liegen keinerlei Beweise vor, da die Erkenntnisse einzig aus einer Schadensanalyse der Beklagten stammen, welche mangels Objektivität kein taugliches Beweismittel darstellt.

38 Somit kann festgestellt werden, dass die Schadensursache allein auf den fehlerhaften Einbau der Ölpumpe zurückzuführen ist. Die Verantwortung dafür trägt einzig die Beklagte.

5.5.3.2 Speziell für den Mangelfolgeschaden

39 Die Artikel 369–371 OR kommen in identischer Weise auch auf den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens zur Anwendung (BSK OR I-GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Art. 368, N 73), weshalb auf obige Ausführungen verwiesen werden kann. Ein Selbstverschulden für die Grundlage des Mangelfolgeschadens, nämlich des Mangels an sich, wurde bereits verneint. Auch hinsichtlich des Mangelfolgeschadens kann ein Verschulden der Klägerin verneint werden, weil sie keine adäquat kausale Ursache für die Krankkosten gesetzt hat. Die Kranmiete hat ohne jegliche Beteiligung ihrerseits stattgefunden. Eine solche Kranmiete wäre ohnehin nötig gewesen, eine kostengünstigere Alternative stand nicht zur Verfügung.

5.5.4 Kein Verjährungseintritt

40 Den Parteien steht es offen, die Verjährungsfristen für die Gewährleistungspflicht vertraglich zu verkürzen (GAUCH, N 2493). Von dieser Möglichkeit wurde in Art. 17.2 des Rahmenvertrages Gebrauch gemacht, indem eine Frist von 12 Monaten ab Abnahme oder 36 Monaten ab Ablieferung vorgesehen wurde. Da wie erwähnt keine Abnahme stattgefunden hat, ist die dreijährige Frist ab dem Ablieferungszeitpunkt am 2. Februar 2010 einschlägig. Durch die Einreichung der Einleitungsanzeige am 11. Januar 2013 ist die Frist somit gewahrt.

6. Eventualbegründung: Anspruch aus Treuepflichtverletzung

41 Da die geschlossenen Verträge, anders als reine Werkverträge, ein Element der Dauerhaftigkeit aufweisen, kann das Vorliegen einer Treuepflicht nicht per se verneint werden. Vielmehr rechtfertigt sich eine Auslegung des Vertrags unter Berücksichtigung von Werkvertrags- und Auftragsrecht, wobei man sich stets am hypothetischen Parteiwillen orientieren muss.

6.1 Treuepflicht im Werkvertragsrecht

42 Zwar ist beim Werkvertrag keine gesetzliche Treuepflicht vorgesehen, es gilt nach Art. 2 Abs. 1 ZGB aber gleichwohl die berechtigten Interessen der Gegenpartei in guten Treuen zu wahren (HUGUENIN, N 3147). Ausdruck dieser Treuepflicht ist u.a. die gesetzlich geregelte Sorgfaltspflicht (GAUCH, N 820). Weiter können verschiedene Aufklärungs- und Hinweispflichten abgeleitet werden, die nicht durch Art. 365 Abs. 3 OR und Art. 369 OR abgedeckt sind. Sol-

che Nebenpflichten aus Treu und Glauben bedürfen keiner expliziten Übernahme in den Vertrag, sondern sind diesem immanent (BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2, N 16).

6.2 Treuepflicht im Auftragsrecht (Art. 398 Abs. 2 OR)

- 43 Angesichts der Fremdnützigkeit des Auftragsverhältnisses ist der Auftragnehmer verpflichtet, seine eigenen Interessen denen des Auftraggebers unterzuordnen (z.B. darf nicht das eigene Verdienstinteresse vorangestellt werden; WERRO, N 505). Generell ist alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte (BK OR FELLMANN, Art. 398, N 24). Zentral sind dabei die Aufklärungs- und Benachrichtigungspflichten, z.B. bezüglich Unklarheiten oder veränderten Umständen, sodass der Auftraggeber angemessen reagieren kann (BK OR FELLMANN Art. 398, N 171). Weiter ist der Auftragnehmer verpflichtet, Interessenskonflikte zu vermeiden (HUGUENIN, N 3271).
- 44 Konkret liegen hier mehrere Missachtungen der Treuepflicht vor. Einerseits scheinen bereits vor dem totalen Betriebsausfall Probleme mit der Anlage aufgetreten zu sein, wobei gegenüber der MECC auch die mangelhafte Ölzufuhr als mögliche Ursache angeführt worden ist (vgl. K-10). Über diesen Umstand hat die Beklagte ihre Vertragspartnerin nie informiert, wozu sie vertraglich aber verpflichtet gewesen wäre (K-1, Art. 7.2). Andererseits wäre Feller Gear AG verpflichtet gewesen, die Klägerin über den geplanten Abschluss eines Reparaturvertrages zu informieren, da die Klägerin dadurch in ihren eigenen berechtigten Interessen auf Ausübung der Mängelrechte verletzt ist. Nach der Mängelrüge durch die MECC hätte die Beklagte die vertraglichen Bindungen zur Klägerin respektieren müssen, da sie durch eine Direktinteraktion mit der Erstbestellerin einen Interessenkonflikt zwischen sämtlichen Beteiligten geschaffen hat. Stattdessen war die Beklagte einzig von dem in Aussicht gestellten Reparaturwerklohn getrieben.

6.3 Voraussetzungen von Art. 97 Abs. 1 OR

- 45 Für eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 Abs. 1 OR ist eine Vertragsverletzung erforderlich, welche hier in Form eines Verstosses gegen die Treuepflicht gegeben ist. Die Beklagte war sich der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien vollkommen bewusst. Sie war einzig der Klägerin zur Mangelbehebung verpflichtet, diese wiederum gegenüber der Erstbestellerin. In den Verträgen gibt es keine Anhaltspunkte für eine Direktverantwortung gegenüber der MECC (z.B. echter Vertrag zugunsten Dritter). Weiter ist ein Schaden nötig, welcher sich hier in einer positiven Vermögenseinbusse in der Höhe von EUR 767'000 manifestiert.

- 46 Die Vertragsverletzung muss für diesen Schadenseintritt natürlich kausal sein, sprich eine *conditio sine qua non* darstellen. Bei korrekter Information bezüglich des bevorstehenden Reparaturvertrages und Respektierung der vertraglichen Beziehungen, hätte die Klägerin selbst ihr Recht auf unentgeltliche Nachbesserung geltend gemacht, wodurch der Reparaturvertrag inkl. der verursachten Kosten unterblieben wäre.
- 47 Durch das Einmischen in eine vertragliche Beziehung und die Ausführung einer Ersatzvorname in Bezug auf die Nachbesserungspflicht der Klägerin gegenüber MECC, ist es nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zudem klar vorhersehbar, dass die angefallenen Kosten der nachbesserungspflichtigen Klägerin in Rechnung gestellt bzw. verrechnet werden (vgl. BGer 4C.222/2004 vom 14.9.2004, E. 3). Da dieses vertragswidrige Verhalten ausserhalb des Machtbereichs der Klägerin steht, findet keine Unterbrechung dieses Kausalzusammenhangs durch Selbstverschulden statt.
- 48 Das Verschulden der Beklagten wird gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet und ist im vorliegenden Fall klarerweise zu bejahen. Verschulden bedeutet Vorwerfbarkeit, wobei bereits Fahrlässigkeit für die Haftungsbegründung ausreichend ist. Die Beklagte hat im vorliegenden Fall mindestens eventualvorsätzlich gehandelt, da sie sich durch den Abschluss eines Reparaturvertrages einen Extragewinn versprochen hat, anstatt von der Klägerin in die Pflicht genommen zu werden. Mit den Folgen dieses Handelns hat sie sich angesichts der Vorhersehbarkeit schlicht abgefunden. Eine Haftungsreduktion via Art. 99 Abs. 2 OR kommt keinesfalls in Frage, da einzig und allein eigennützig gehandelt worden ist.

6.4 Keine Ausschlussgründe

6.4.1 Fehlen einer Freizeichnung

- 49 Grundsätzlich kann durch die Privatautonomie auch hier eine vertragliche Haftungsbeschränkung im Rahmen von Art. 100 OR vereinbart werden. Der Disposition der Parteien unterliegen aber nur die Verschuldensgrade der leichten und mittleren Fahrlässigkeit (BSK OR I-WIEGAND, Art. 100, N 4). In den vorliegenden Verträgen findet sich keine Klausel zur Haftungsbeschränkung für den Fall eines Treuebruchs. Die Beklagte handelt zudem mindestens eventualvorsätzlich, weshalb ein Haftungsausschluss ohnehin nicht in Frage kommt.

6.4.2 Kein Verjährungseintritt

- 50 Da für die übergeordnete Treuepflicht im Werkvertrag keine gesetzliche Verjährungsregelung festgehalten ist, greifen die Fristen von Art. 127 OR. Auch die Verjährung für Schadenersatzansprüche aus der auftragsrechtlichen Treuepflichtverletzung richtet sich nach der zehnjährigen Frist von Art. 127 OR (BSK OR I-WEBER, Art. 398, N 33), wobei für den Beginn der Verjährung grundsätzlich Art. 130 OR einschlägig ist. I.c. ist die Schadensfolge der Treuepflichtverletzung erst am 18. Mai 2012 im Vermögen der Klägerin eingetreten, wodurch diese Kenntnis vom Treuebruch erhalten hat. Die Frist ist durch die Klageeinreichung am 11. Januar 2013 gewahrt.
- 51 Die Klägerin hat also, gestützt auf die Treuepflicht i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR, einen Anspruch auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses in der Höhe von EUR 767'000.

7. Eventualbegründung: Anspruch aus der Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR)

- 52 Die auftragsrechtliche Hauptpflicht der Beklagten besteht in der Überwachung, Begleitung und Unterstützung bei der Montage und Inbetriebnahme der Zentralgetriebe (sog. „technischer Service“). Dadurch hat sie sich verpflichtet, die ihr übertragenen Geschäfte im Interesse der Klägerin zu besorgen, wobei kein Erfolg geschuldet ist, dieser aber angestrebt werden muss (HUGUENIN, N 3247). Eine wesentliche Nebenpflicht im Rahmen von auftragsrechtlichen Vertragsverhältnissen ist eine umfassende Sorgfaltspflicht, wobei hier Anwendungsfall der Schlechterfüllung relevant ist.

7.1 Sorgfaltspflichtverletzung

- 53 Die Sorgfaltspflicht konkretisiert die Vertragserfüllung im Sinne eines Qualitätsmassstabes, welcher sich an objektivierten Kriterien orientiert. Es gilt zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte stets als führendes Unternehmen ihrer Branche ausgegeben hat, weshalb dieses erhöhte Fachwissen auch vom Konsens des Vertragsschlusses umfasst ist. Daher gilt es einen strengeren berufsspezifischen Sorgfaltsmassstab zu beachten (CHK-C. GEHRER/G. GIGER, Art. 398, N 9 f.; vgl. HONSELL, S. 328).
- 54 Der zuständige Ingenieur (Hr. Fallet) zeigte sich vor Ort sehr passiv und reiste am 16. August 2010 sogar mitten in den Montagearbeiten ab, ohne dies mit der Projektleiterin der Klägerin (Frau Amonn) abgesprochen zu haben. Dies steht klar im Widerspruch zur Verpflichtung aus

K-4, lit. E Ziff. 3, wonach Vollzeitingenieure zur Verfügung zu stellen sind. Trotz sofortiger Anforderung eines Ersatzingenieurs kam die Beklagte dieser Pflicht erst 3 Wochen später nach, weshalb wichtige Schritte (u.a. ein Kalttestlauf) in Abwesenheit der Beklagten durchgeführt werden mussten. Dessen war sich die Feller Gear AG bewusst, da man sie auf das Bevorstehen des Testlaufs aufmerksam gemacht hatte (K-9). Ausserdem hätte die Beklagte im Wissen um die Stromproblematik bei der Überwachung der Montage speziell auf Unregelmässigkeiten in diesem Zusammenhang achten und hinweisen müssen. Offenbar sind den Ingenieuren auch im Vorfeld des Schadens Abweichungen aufgefallen (vgl. K-10, Abschnitt 2), die nötigen Reaktionen sind aber unterblieben. Die Klägerin war hinsichtlich der Möglichkeit einer Ölunterversorgung nicht sensibilisiert worden, selbst die Betriebsanleitung hat keine einschlägigen Hinweise enthalten (Einleitungsanzeige, Ziff. 23).

7.2 Weitere Voraussetzungen nach Art. 97 Abs. 1 OR

- 55 Für das Vorliegen eines Schadens kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.
- 56 Die Pflichtverletzung muss natürlich und adäquat kausal für den Schadenseintritt gewesen sein. Hätte eine korrekte Serviceleistung unter Einhaltung der einschlägigen Standards (vgl. K-1, Art. 5.3) stattgefunden, hätte die Mangelhaftigkeit des Werkes frühzeitig erkannt werden können, wodurch der eingetretene Schaden vermeidbar gewesen wäre. Durch eine derart mangelhafte Überwachung ist überdies nach dem natürlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ein Schadenseintritt höchstwahrscheinlich.
- 57 Das Verschulden wird vermutet und ist klar gegeben. Auch hier greift ein objektivierter Massstab, wobei eine Verschärfung für Spezialisten wie die Feller Gear AG angebracht ist (BSK OR I-WEBER, Art. 398, N 27; SJZ 77 (1981) 28). Anders als bei der Beurteilung der Vertragsverletzung dürfen hier auch subjektive Umstände des Beauftragten miteinbezogen werden (CHK-C. GEHRER/G. GIGER, OR 398, N 15). Jedem korrekt handelnden Auftragnehmer wäre es möglich und zumutbar gewesen, bei den ersten Anzeichen einer Störung die Problemursache abzuklären und die nötigen Vorkehrungen zu treffen. Die dauernde Anwesenheit eines Ingenieurs war mehr als zumutbar, da sämtliche Arbeitsstunden durch die Klägerin abgegolten worden wären (vgl. K-4, lit. E, Ziff. 7).

7.3 Kein Ausschluss des Anspruchs

- 58 Eine Freizeichnung im Rahmen von Art. 100 und 101 OR in Bezug auf den Vorwerfbarkeitsmassstab wäre auch hier möglich, ist aber aus den Verträgen nicht ersichtlich. Da hier mindestens grobe Fahrlässigkeit vorliegt, wäre eine Freizeichnung ohnehin unbeachtlich. Die Ansprüche aus Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR verjähren gemäss Art. 127 OR nach 10 Jahren, wobei diese Frist nicht durch Parteiabrede abgeändert werden kann (Art. 129 OR). Somit ist die Verjährungsabrede von K-1, Art. 17.2 in Bezug auf den Auftrag unwirksam. Ab Juli 2010 wurden die Dienstleistungen des technischen Services durchgeführt, die Frist ist also durch die Einleitungsanzeige vom 11. Januar 2013 problemlos gewahrt.
- 59 Somit kann die Klägerin ihren Anspruch auch auf die Grundlage von Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR stützen.

8. Eventualbegründung: Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

- 60 Im Falle einer Ablehnung obiger Anspruchsgrundlagen stützt sich die Klägerin auf Art. 62 OR, da die Beklagte zur unentgeltlichen Nachbesserung verpflichtet gewesen wäre, hierfür aber eine Entlohnung eingefordert hat.

8.1 Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung

- 61 Für die allgemeinen Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts kann auf obige Ausführungen zur Sachgewährleistung verwiesen werden. Von den Nachbesserungskosten sind aber nicht nur die Reparaturkosten (EUR 444'225) umfasst, sondern auch die damit verbundenen Begleitkosten (EUR 322'775). Es handelt sich nicht um einen Mangelfolgeschaden, da die Kosten eng und unverzichtbar mit der Nachbesserung verbunden sind (GAUCH, N 1718).
- 62 Um das Recht auf Nachbesserung geltend machen zu können, muss eine Beseitigung des Mangels auch tatsächlich möglich sein (BRÄNDLI, N 387 ff.). Dies hat hier die Beklagte bereits selber bestätigt, da sie mit der MECC einen Reparaturvertrag abgeschlossen hat. Auch hat sich bereits bei anderen Projekten gezeigt, dass die konzeptionelle Modifikation ein taugliches Mittel zur Behebung der Störung darstellt. Das Vorliegen von sog. Sowieso-Kosten, welche durch die Bestellerin zu tragen wären, kann verneint werden (BRÄNDLI, N 513). Ein Aus- und Wiedereinbau des Zentralgetriebes inkl. dessen Reparatur wäre unterblieben, wenn bereits im ursprünglichen Zeitpunkt ein mangelfreies Getriebe eingebaut worden wäre.

63 Schliesslich dürfen die Kosten der Nachbesserung nicht übermässig sein (Art. 368 Abs. 2 OR), was sich in einem Missverhältnis zum objektiven Verbesserungsinteresse des Bestellers manifestiert. Unbeachtlich hingegen ist das Verhältnis zwischen Vergütung und Verbesserungskosten (BGE 111 II 173 E. 5 S. 174). Da das unreparierte Werk jegliche Gebrauchstauglichkeit vermissen lässt, sind die Reparaturkosten keinesfalls als übermässig zu taxieren.

8.2 Kein Ausschluss des Rechts auf Nachbesserung

64 Für den Ausschluss des Rechts auf Nachbesserung gelten die gleichen Regeln wie beim Minderungsrecht, weshalb auf die Randziffern 33 ff. verwiesen werden kann.

8.3 Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung

65 Eine Bereicherung kann in Form einer Vermögenszunahme oder einer Ersparnis von Ausgaben auftreten. Die Beklagte fordert wie dargelegt eine Vergütung für ihre Nachbesserungsarbeiten, wodurch ihre Aktiven zunehmen. Da die Werkeigentümerin in Saudi-Arabien die Kranmiete bezahlt, spart sie zusätzlich Ausgaben, zu denen sie aus ihrer Pflicht zur Mängelbehebung verpflichtet gewesen wäre (Ersparnisbereicherung). Somit ist ihr tatsächlicher Vermögensstand durch das bereichernde Ereignis höher, als er es ohne dieses wäre (Differenztheorie; HUGUENIN, N 1776). Bei der Klägerin ist spiegelbildlich dazu eine Entreicherung gegeben, da ihre saudi-arabische Vertragspartnerin die an die Beklagte getätigten Zahlungen mit dem geschuldeten Werklohn verrechnet hat. Somit kann ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Be- und Entreicherung bejaht werden (vgl. BGE 129 III 646 E. 4.2 S. 652).

66 Die Entreicherung bei der Klägerin entsteht indirekt durch die Rechnungsstellung der Beklagten, weshalb von einer Eingriffskondiktion auszugehen ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist solch ein Eingriff bei jeder Verletzung fremder subjektiver Rechte ungerechtfertigt, sofern kein Rechtfertigungsgrund besteht (Widerrechtlichkeitstheorie; HUGUENIN, N 1798). Durch das Handeln der Beklagten ist die Klägerin indirekt in ihrem Vermögen geschädigt, wofür weder die Verträge noch das Gesetz eine Rechtfertigung vorsehen.

8.4 Kein Ausschluss des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung

8.4.1 Kondiktionssperren

67 Die Kondiktionssperren gem. Art. 63 Abs. 1 und 2 OR sowie Art. 66 OR greifen bei Eingriffskondiktionen nicht, da gerade keine bewusste Zuwendung durch den Entreicherten vorliegt (CHK-A. C. HAHN, OR 63, N 3; HUGUENIN, N 1813).

8.4.2 Verjährung (Art. 67 Abs. 1 OR)

- 68 Die einjährige relative Frist beginnt, sobald der Bereicherungsgläubiger genügende Kenntnis von seinem Anspruch hat, sodass eine gerichtliche Geltendmachung zumutbar scheint (vgl. BGE 127 III 421 E. 4b S. 427). Die absolute zehnjährige Frist beginnt mit der Eingriffshandlung des Bereicherungsschuldners zu laufen (BSK OR I-HUWILER, Art. 67, N 3).
- 69 Die relative Frist beginnt am 18. Mai 2012 mit der Verrechnungserklärung durch die MECC zu laufen als die Klägerin erstmals Kenntnis von ihrem Anspruch erhält. Die absolute Verjährungsfrist beginnt mit der Rechnungsstellung durch die Beklagte am 15. Februar 2012 (vgl. K-13), welche einen mittelbaren Eingriff in das klägerische Vermögen darstellt. Beide Fristen sind durch die Einleitungsanzeige vom 11. Januar 2013 gewahrt.
- 70 Die Klägerin wäre also zur unentgeltlichen Nachbesserung verpflichtet gewesen. Da sie sich dafür eine Vergütung bezahlen liess, ist sie ungerechtfertigt bereichert i.S.v. Art. 62 OR.

9. Eventualbegründung: Anspruch aus unechter bösgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR)

9.1 Objektive Voraussetzungen

- 71 Bei der unechten GoA besorgt der „Geschäftsführer“ ein fremdes Geschäft in eigenem Interesse. Im Gegensatz zur echten GoA wird egoistisch gehandelt, da die Vorteile des Handelns nicht primär dem „Geschäftsherrn“ zufließen sollen (HUGUENIN, N 2154). Gemäss der vom Bundesgericht vertretenen Eingriffstheorie liegt ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre bei jeder widerrechtlichen Verletzung subjektiver Rechte vor (BGE 129 III 422 E. 4 S. 424 f.). Nach der Zuweisungstheorie muss das betroffene Recht dem Berechtigten aber zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesen sein (HUGUENIN, N 2167).
- 72 Im vertraglichen Geflecht war eine direkte Interaktion zwischen Beklagter und MECC, wie bereits erläutert, nie vorgesehen. Dies war der Beklagten aufgrund ihrer Subunternehmerposition auch bekannt. Bei der Reparatur handelt es sich um ein fremdes Geschäft, da ohne Rücksprache in die klägerische Nachbesserungsverpflichtung gegenüber der MECC eingegriffen wurde. Da die Feller Gear AG dabei lediglich einen eigenen Vorteil anstrebte (Reparaturwerklohn), handelte sie egoistisch, weshalb eine unechte GoA vorliegt.

73 Aufgrund des egoistischen Aspekts der Geschäftsanmassung ist die Widerrechtlichkeit per se bereits gegeben. Rechtfertigungsgründe können aber gesetzlich oder vertraglich vorgesehen werden (HUGUENIN, N 2174 f.). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da wie erläutert auch nichts auf einen echten Vertrag zugunsten eines Dritten hindeutet.

74 Weiter muss die Feller Gear AG einen Nutzen erzielen, welcher kausal zum Eingriff in die Rechtssphäre der Cementra Design AG ist und eigentlich letzterer gebühren würde (HOFSTETTER, S. 270). Durch die Rechnungsstellung erhält die Beklagte einen Vermögensvorteil in der Höhe von EUR 444'250. Da sie bei korrekter Einhaltung der Vertragskette zur Übernahme der Krankkosten verpflichtet gewesen wäre (K-1, Art. 17.3), bleibt ihr Vermögen zudem vor einer Verminderung in der Höhe von EUR 322'775 verschont (vgl. CHK-C. HUGUENIN/R. M. JENNY, OR 423, N 14).

9.2 Subjektive Voraussetzungen

75 In subjektiver Hinsicht wird die Bösgläubigkeit des Geschäftsführers gefordert. Dies ist gegeben, wenn er weiss oder wissen muss, dass er ohne Rechtfertigungsgrund in eine fremde Rechtssphäre eingreift, um sich selbst oder einem Dritten die daraus resultierenden Vorteile zu verschaffen (BSK OR I-WEBER, Art. 423, N 7). Die Feller Gear AG hat den Reparaturvertrag im Hinblick auf die Bezahlung eigennützig abgeschlossen, im Wissen darum, dass sie die Nachbesserung bei Respektierung der vertraglichen Beziehungen unentgeltlich hätte erfüllen müssen. Diese Pflicht wurde mindestens eventualvorsätzlich umgangen, weshalb auch ein allfälliges Verschulden zu bejahen ist (vgl. CHK-C. HUGUENIN/R. M. JENNY, OR 423, N 11).

9.3 Rechtsfolgen

76 Der Geschäftsführer hat den ganzen Nutzen (Bruttogewinn abzüglich Aufwendungen) aus dem Geschäft herauszugeben (BGE 126 III 69 E 2a S. 72). Die Beklagte hat Vermögensvorteile in der Gesamthöhe von EUR 767'000 erhalten. Da die Krankkosten durch die MECC getragen wurden, sind der Beklagten keine abziehbaren Aufwendungen entstanden, weshalb sie den vollen Betrag an die Klägerin herauszugeben hat.

9.4 Kein Ausschluss des Anspruchs aus unechter bösgläubiger GoA

9.4.1. Geltendmachung trotz Vorliegen eines Vertrages

77 Die Ausführung von Nachbesserungsarbeiten ohne Verlangen des Bestellers stellt eine Überschreitung der vertraglichen Kompetenzen dar, da dem Unternehmer kein Recht auf

Nachbesserung zusteht (HONSELL, S. 298). Bei solchen Kompetenzüberschreitungen bejaht die Rechtsprechung die Anwendbarkeit von Art. 423 OR (exemplarisch BGE 126 III 69 E. 2b S. 72 f.). Das vertragsbrüchige Verhalten stellt hier zugleich eine bösgläubige Eigengeschäftsführung dar (HUGUENIN, N 2201).

9.4.2 Keine Verjährung

- 78 Aufgrund ihrer deliktischen Natur verjähren Ansprüche aus Art. 423 Abs. 1 OR ein Jahr nach Kenntnis des Geschäftsführers und der Gewinnerzielung (Art. 60 Abs. 1 OR; CHK-C. HUGUENIN/R.M. JENNY, OR 423, N 22; exemplarisch BGE 126 III 382 E. 4b S. 387). Bei gleichzeitigem Vorliegen einer Vertragsverletzung soll aber die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR gelten (SCHMID, recht 4 (2008), S. 208). Da i.c. eine Vertragsverletzung vorliegt, greift die zehnjährige Verjährungsfrist, wobei aber auch die einjährige Frist gewahrt wäre. Am 18. Mai 2012 hat die Klägerin Kenntnis der Geschäftsführung und der Gewinnerzielung erhalten, am 11. Januar 2013 ist die Einleitungsanzeige eingereicht worden.

10 Geltendmachung der Konventionalstrafe

10.1 Gültige Strafabrede

- 79 Art. 14.1 des Rahmenvertrags sieht für den Fall, dass die Beklagte in Verzug gerät, eine Vertragsstrafe vor. Gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrags wird eine Vertragsstrafe auch im Falle der Gewährleistung geschuldet, wenn die Reparatur durch die Beklagte nicht innerhalb einer Frist von drei Wochen ausgeführt wird. Art. 14.3 auferlegt der Beklagten eine Vertragsstrafe von 0.5% des Gesamtvertragspreises für jede vollendete Woche im Verzug, wobei die Gesamtsumme gemäss Art. 17.3 auf 3% des Gesamtvertragspreises begrenzt ist.

10.2 Eintritt der Bedingung

- 80 Beim Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe handelt es sich um einen suspensiv bedingten und von einem Nichterfüllungstatbestand abhängigen Anspruch. Der Tatbestand des Verzugs ist geeignet, die Fälligkeit der Konventionalstrafe auszulösen, sofern die Parteien dies vereinbart haben (KOLLER, § 81, N 28).
- 81 Gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrags gerät die Beklagte in Verzug, sobald die Dreiwochenfrist abgelaufen ist. Die Beklagte benötigt für die Reparatur des Zentralgetriebes II knapp sieben Monate. Sie fällt somit in Verzug und lässt so die Bedingung für den Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe eintreten.

10.3 Verschulden

- 82 Gemäss Art. 163 Abs. 2 OR muss der Schuldner die zu späte Erfüllung zu vertreten haben (KOLLER, § 81, N 31). Die Beweislast für fehlendes Verschulden trägt, analog zu Art. 97 Abs. 1 OR, der Schuldner der Konventionalstrafe (BGer 4C.36/2005 vom 24.6.2005, E. 3.2; HUGUENIN, N 1262). Das Verschulden für die oben dargelegte Verspätung liegt bei der Beklagten, welche den Schadensfall von Beginn an nicht ordnungsgemäss bearbeitet hat.
- 83 Nach Art. 17.3 des Rahmenvertrags war die Beklagte verpflichtet, innerhalb von sieben Tagen zur Schadensbeurteilung fachkundiges Personal nach Saudi-Arabien zu entsenden. Der zuständige Servicetechniker der Beklagten nahm seine Arbeit allerdings erst am 18. Juli 2011 auf und somit erst zehn Tage nach der schriftlichen Anzeige des Defekts (K-10). Für die Klägerin wird evident, dass der anstehenden Reparatur seitens der Beklagten keine hohe Priorität zugemessen wird.
- 84 In Ziff. 27 ihrer Einleitungsantwort argumentiert die Beklagte, dass wesentliche Bestandteile des Getriebes gar nicht repariert werden konnten, sondern ersetzt werden mussten, was zur Folge hatte, dass das Getriebe mit zwei Kränen auszubauen war. Die Beklagte bringt also vor, dass man das Ersetzen mangelhafter Teile nicht unter den Begriff der Reparatur fassen kann. Sowohl für die Klägerin als auch für die MECC ist es irrelevant, welche Massnahmen getroffen werden müssen, damit das Zentralgetriebe II wieder funktionstüchtig ist. Es kann nicht Sinn der Konventionalstrafe sein nur einzelne Arbeitsschritte, die zur Wiederinstandsetzung der Anlage notwendig sind, zu erfassen. Vielmehr soll die Konventionalstrafe ein geeignetes Mittel sein, um eine schnellst mögliche Wiederinbetriebnahme des Werks zu garantieren (vgl. BGE 135 III 433 E. 3.1 S. 437). In Art. 17.3 des Rahmenvertrags ist zudem festgehalten, dass die Beklagte für „Reparatur und Auswechslung des Materials“ verantwortlich ist. Die Beklagte kann also keinesfalls mit dem Argument, dass Teile ersetzt werden mussten, erfolgreich die Fälligkeit der Konventionalstrafe bestreiten.
- 85 Weiter gelingt es der Beklagten nicht, sich mit Hinweis auf die langen Lieferfristen für Ersatzteile (Einleitungsantwort, Ziff. 27) zu exkulpieren. Die Beklagte ist nach eigenen Angaben ein „erfahrenes Ingenieurunternehmen auf dem Gebiet der Antriebstechnik“ (Präambel Leistungsschein, K-3) und somit sehr wohl in der Lage, Lieferfristen für Ersatzmaterial zu kalkulieren. Sie hat mit Unterzeichnung des Rahmenvertrags anerkannt, dass eine Wiederin-

standsetzung des Getriebes innert drei Wochen möglich ist. Dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Defekts nicht über einen angemessenen Lagerbestand verfügt um eine entsprechende Reparatur vorzunehmen vermag in keiner Weise zu rechtfertigen, weshalb die Reparatur nicht fristgemäss erledigt wurde.

10.4 Pflichterfüllung der Cementra Design AG

86 Art. 17.9 des Rahmenvertrags hält fest, dass allfällige Ansprüche gegen die Beklagte nur geltend gemacht werden können, wenn die Auftraggeberin ihre Verpflichtungen rechtzeitig und vollständig erfüllt. Die Klägerin muss sich diesbezüglich nichts vorwerfen lassen. Insbesondere wurden bei Errichtung und Betrieb der Anlage die Anweisungen der Beklagten befolgt.

10.5 Vermutung der Kumulation

87 Wurde eine Konventionalstrafe zur Sicherung der Erfüllungszeit verabredet, so kann der Gläubiger gemäss Art. 160 Abs. 2 OR sowohl die Strafe als auch die Erfüllung der Hauptverpflichtung fordern. Dies gilt soweit, als dass der Gläubiger nicht ausdrücklich auf die Leistung verzichtet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt (BSK OR I-EHRAT, Art. 160, N 21).

88 Vorliegend hält die Beklagte die Frist nicht ein, innert der sie die Reparatur hätte durchführen müssen. Obwohl die Wiederinstandsetzung des Zentralgetriebes II mittlerweile vollzogen ist, steht der Klägerin die Konventionalstrafe zu. Insbesondere wurde die Erfüllung nicht vorbehaltlos angenommen. Die Konventionalstrafe basiert auf dem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten. Dass die MECC die Rechnung für die Reparatur zahlt, bedeutet keine Annahme der verspäteten Wiederinstandsetzung durch die Klägerin. Die Begleichung dieser Rechnung basiert auf dem Reparaturauftrag zwischen der MECC und der Beklagten und vermag es nicht, eine Annahme des reparierten Zentralgetriebes vermuten zu lassen. Einen Schaden muss die Klägerin gemäss Art. 161 Abs. 1 OR nicht nachweisen, da die Pflicht zur Leistung einer Konventionalstrafe keinen Schaden voraussetzt (BSK OR I-EHRAT, Art. 161, N 4).

89 Da alle Voraussetzungen zur Fälligkeit der Konventionalstrafe erfüllt sind, ist die Beklagte zur Zahlung von EUR 108'000.00 an die Klägerin zu verpflichten.

90 Mit vorzüglicher Hochachtung, Moot Court Team 10