

Moot Court Team 2

Laura Fasoli
Raphael Fries
Mario Gasser
Maude Willener

EINSCHREIBEN

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

14. April 2014

KLAGEANTWORT

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG

Aarethalstrasse 105, CH-3052 Zollikofen, Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 9

gegen

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22, D-70173 Stuttgart, Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 2

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Beklagten unterbreiten wir dem Schiedsgericht fristgerecht die Klageantwort mit den folgenden

Rechtsbegehren

1. *Auf die Klage sei nicht einzutreten;*
2. *Eventualiter sei sie abzuweisen;*
3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.*

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Materialienverzeichnis	X
Judikaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XII
Vorbemerkungen	XV
A. Prozessualer Teil	1
I. Schiedsklausel der AGB (B-1) als Vertragsbestandteil	1
II. Formgültigkeit der Schiedsklausel in den AGB (B-1) i.S.v. Art. 178 Abs. 1 IPRG.....	2
III. Vorrang der Schiedsklausel der AGB (B-1)	3
B. Materieller Teil	5
I. Keine Gewährleistungspflicht der Beklagten.....	5
1. Kein Konstruktionsmangel.....	5
2. Kein Benutzerdokumentationsmangel.....	6
3. Keine Ausübung des Nachbesserungsrechts i.S.v. Art. 17.3 (K-1).....	7
3.1. Eventualiter: Kein echter Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR....	7
3.2. Subeventualiter: Nichtvorliegen einer gültigen Prüf- und Rügeobliegenheit	9
4. Haftungsausschlussgründe	10
4.1. Unangemessener Gebrauch durch Klägerin i.S.v. Art. 17.4 (K-1)	10
4.1.1. Unangemessener Gebrauch durch manipulierte Trommelbremse	11
4.1.2. Unangemessener Gebrauch durch "mangelhaftes" Verriegelungssystem.....	11
4.1.3. Unangemessener Gebrauch durch Benutzung von Zentralgetriebe II.....	13
4.2. Keine Anerkennung der Gewährleistungspflicht i.S.v. Art. 17.3 (K-1).....	13
4.3. Verstrichene Garantiefrist i.S.v. Art. 15 (K-1).....	15
II. Eventualiter: Kein Anspruch aus Sachgewährleistung i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR.....	16
III. Keine Schadenersatzpflicht aus Auftrag i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR.....	16
IV. Haftungsausschluss i.S.v. Art. 17.9 (K-1).....	18
V. Kein Anspruch aus Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR / Art. 17.3 (K-1).....	18

1. Keine Anwendung von Art. 17.3 (K-1).....	18
2. Eventualiter: Keine Reparatur i.S.v. Art. 17.3 (K-1).....	19
3. Subeventualiter: Exkulpation der Beklagten	20
C. Gesamtfazit.....	20

Literaturverzeichnis

- BERGER BERNHARD/
KELLERHALS FRANZ International and domestic arbitration in Switzerland, 2nd ed.,
Bern 2010 (*zit.*: BERGER/KELLERHALS, N xx)
[Rz 13]
- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne
Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (*zit.*: BUCHER, S. xx)
[Rz 77]
- BUOL MARTINA Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung,
Diss. Fribourg, Zürich 1996 (*zit.*: BUOL, N xx)
[Rz 70]
- CHAIX FRANÇOIS Le contrat de sous-traitance en droit suisse, limites du prin-
cipe de la relativité des conventions, Diss. Genf 1995
(*zit.*: CHAIX, S. xx)
[Rz 35]
- 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
(*zit.*: BK OR-FELLMANN, Art. xx N xx)
[Rz 66]
- GAUCH PETER Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
(*zit.*: GAUCH, N xx)
[Rz 29, 31, 38, 39]

- GAUCH PETER/ SCHLUEP
WALTER R./ SCHMID JÖRG/
EMMENEGGER SUSAN
Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,
9. Aufl., Zürich 2008
(*zit.*: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N xx)
[Rz 20]
- GIGER HANS
Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedin-
gungen, in: Hans Giger/Walter R. Schluep (Hrsg.), Schriften-
reihe zum Konsumentenschutzrecht, Band XII, Zürich 1983
(*zit.*: GIGER, S. xx)
[Rz 3]
- HONSELL HEINRICH
Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl.,
Bern 2010 (*zit.*: HONSELL, S. xx)
[Rz 64]
- HONSELL HEINRICH/
VOGT NEDIM PETER/
WIEGAND WOLFGANG
(HRSG.)
Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR) mit
PrHG und PauRG, 5. Aufl., Basel 2011
(*zit.*: BSK OR I-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 10, 29, 31]
- HUGUENIN CLAIRE
Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil,
Zürich/Basel/Genf 2012 (*zit.*: HUGUENIN, N xx)
[Rz 5, 16, 31, 34]
- JOLIDON PIERRE
Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, Bern 1984
(*zit.*: JOLIDON, Art. xx S. xx)
[Rz 13]
- KÄSER ANDREAS
Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei Kauf- und
Werkvertrag, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2000
(*zit.*: KÄSER, S. xx)
[Rz 31]

- KOLLER ALFRED Haftung für Werkmängel, St. Gallen 1998
(*zit.*: KOLLER, S. xx)
[Rz 21]
- KRAMER ERNST A./
SCHMIDLIN BRUNO Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band
VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmun-
gen. 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizeri-
sche Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR,
Bern 1986 (*zit.*: BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. xx N xx)
[Rz 10, 35]
- MEDICUS DIETER Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg 2010
(*zit.*: MEDICUS, N xx)
[Rz 3]
- PERRIG ROMAN Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugäng-
lichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von All-
gemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu
einem Swiss Code of Best Practice, Diss. Basel, Basel 2011
(*zit.*: PERRIG, S. xx)
[Rz 3, 10]
- POUDRET JEAN-FRANÇOIS/
BESSON SÉBASTIEN Comparative law of international arbitration, 2nd ed.,
London/Zurich 2007 (*zit.*: POUDRET/BESSON, N xx)
[Rz 13]
- SAXER RAINER Der Subunternehmer und sein Vertrag, Diss. Fribourg,
Zürich 1999 (*zit.*: SAXER, S. xx)
[Rz 35]

- SCHMID JÖRG/
STÖCKLI HUBERT Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil,
Zürich/Basel/Genf 2010 (*zit.*: SCHMID/STÖCKLI, N xx)
[Rz 31]
- JÄGGI PETER/
GAUCH PETER (HRSG.) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V Band:
Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung
(Art. 1-529 OR), Teilband V 1b (Art. 18 OR), 3. Aufl.,
Zürich 1980 (*zit.*: ZK 1b-BEARBEITERIN, Art. xx N xx)
[Rz 35]
- SCHWENZER INGEBORG Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil,
6. Aufl., Bern 2009 (*zit.*: SCHWENZER, N xx)
[Rz 2, 62]
- SIEGENTHALER THOMAS Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen nach
schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichti-
gung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins
Schweizerischer Maschinen-Industrieller (VSM),
Diss. Zürich 2010 (*zit.*: SIEGENTHALER, N xx)
[Rz 27]
- TERCIER PIERRE/
FAVRE PASCALE G. Les contrats spéciaux, 4^e éd., Zürich/Basel/Genf 2009
(*zit.*: TERCIER/FAVRE/BEARBEITER, N xx)
[Rz 29]
- TRACHSEL HERIBERT Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln,
Die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte
Gewährleistung, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2000
(*zit.*: TRACHSEL, N xx)
[Rz 41]

WEBER ROLF H.

Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 6. Teilband: Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113 OR, Bern 2002 (*zit.*: BK OR-WEBER, Art. xx N xx)
[Rz 32, 35]

WOLF MANFRED/

AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., München 2013

LINDACHER WALTER F./

(*zit.*: AGB-BEARBEITER, § xx N xx)

PFEIFFER THOMAS

[Rz 5]

WOLF MANFRED/

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012

NEUNER JÖRG

(*zit.*: WOLF/NEUNER, § xx N xx)

[Rz 3]

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 10. November 1982, BB1 1983 Band I, S. 263-519

[Rz 8]

Judikaturverzeichnis

BGE 91 I 11	[Rz 5]
BGE 96 II 7	[Rz 32, 35]
BGE 100 II 200	[Rz 2, 3]
BGE 107 II 172	[Rz 29, 39]
BGE 118 II 142	[Rz 31]
BGE 121 III 38	[Rz 8]
BGE 121 III 495	[Rz 13]
BGE 124 III 456	[Rz 27]
BGE 131 III 115	[Rz 43]
BGer 4P.230/2000 v. 7.2.2001	[Rz 8]
BGer 4C.258/2001 v. 5.9.2002	[Rz 45]
BGer 4A_252/2010 v. 25.11.2010	[Rz 29]
HGer ZH, ZR 1990 Band 89, Nr. 93 S. 217ff, Beschluss und Urteil des Zürcher Handelsgerichts vom 18.12.1990	[Rz 32]

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
Bst.	Buchstabe
BT	Besonderer Teil
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CH	Schweiz
c/o	care of
D	Deutschland
Dis.	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
ed.	edition
éd.	édition
e.V.	eingetragener Verein
f./ff.	und folgende

h.L.	herrschende Lehre
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KS	Klageschrift
MECC	Middle East Cement Company
N	Note(n)
Nr.	Nummer
NYÜ	Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (SR 0.277.12)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend der Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PauRG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen (SR 944.3)
PrHG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftpflicht (SR 221.112.944)
Pt	Punkt
Rz	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Rechtssammlung
u.a.	unter anderem
v.	vom
vgl.	vergleiche

z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZH	Zürich
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

Vorbemerkungen

In erster Linie orientiert sich der Aufbau der vorliegenden Klageantwortschrift an den zu behandelnden Streitfragen. Einleitend wird im prozessualen Teil die Zuständigkeit des Schiedsgerichts mit Sitz in Zürich verneint (A.). Zur Vereinfachung der Übersicht wird dabei der Systematik in Punkt A. III. der gegnerischen Klageschrift gefolgt. Im materiellen Teil wird eingangs auf die werkvertraglichen Rügepunkte eingegangen (I.). Dabei wird ebenfalls der Systematik der klägerischen Schrift im Punkt B. gefolgt. Die Thematik der Abnahme wurde in der Klageantwortschrift allerdings der Verständlichkeit halber nach hinten verschoben. Falls das Schiedsgericht den Ausführungen nicht folgen sollte, wird anschliessend das Vorliegen eines Kaufvertrags und das Nichtvorliegen eines Mangels geltend gemacht (II.). Alsdann wird die auftragsrechtliche Schadenersatzpflicht widerlegt (III.), welche die Klägerin in Punkt C. anbringt. Sodann wird ein neues Kapitel zum Haftungsausschluss eingefügt (IV.), da sich dieses über sämtliche vertragliche Beziehungen der Parteien ausdehnt. Abschliessend wird das Bestehen eines Anspruchs auf Konventionalstrafe, den die Klägerin in Punkt D. propagiert, bestritten (V.).

A. Prozessualer Teil

I. Schiedsklausel der AGB (B-1) als Vertragsbestandteil

- 1 Die Klägerin bringt in Rz 17f. der Klageschrift (nachfolgend „KS“) vor, dass die Schiedsklausel der AGB (B-1) nicht Vertragsbestandteil des Einzelvertrags CDAG GETR-002-2008 vom 16.11.2006 (nachfolgend „Einzelvertrag“), basierend auf dem Rahmenvertrag CDAG GETR-01-2008 („nachfolgend „Rahmenvertrag“), wurde. Grund sei die Unmöglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB (B-1) und damit von der darin enthaltenen Schiedsklausel in zumutbarer Weise vor bzw. bei Vertragsschluss.
- 2 Damit AGB Vertragsbestandteil werden, muss der Verwender die Gegenpartei auf die AGB hinweisen und diese muss die Möglichkeit haben, den Inhalt zur Kenntnis zu nehmen (BGE 100 II 200 E. 5d S. 209f.). Im unternehmerischen Geschäftsverkehr gelten geringere Anforderungen an die Zugänglichmachung (SCHWENZER, N 45.05). Ein solches Verhältnis liegt in casu vor, da beide Parteien offensichtlich gewerblich tätige Aktiengesellschaften sind.
- 3 Die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB muss zumutbar sein (vgl. BGE 100 II 200 E. 5d S. 209f.). In Anlehnung an das deutsche Recht können im unternehmerischen Geschäftsverkehr die Anforderungen an den Verwender betreffend Zumutbarkeit der Kenntnisnahme milder beurteilt werden (MEDICUS, N 414). Gleichzeitig sind die Anforderungen an die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme durch die Gegenpartei strenger zu betrachten (WOLF/NEUNER, § 47 N 37). Der Unternehmer muss die AGB nicht aus eigenem Antrieb der Gegenpartei vorlegen; die unternehmerisch tätige Vertragspartei muss sich Kenntnis über den Inhalt aus eigener Initiative verschaffen (PERRIG, S. 297; sinngemäss GIGER, S. 52).
- 4 Die Ausführungen der Klägerin in Rz 17f. KS, die Kenntnisnahme vom Inhalt müsse ohne Mitwirkung der Beklagten möglich sein, sind demnach unrichtig. Eine Nachfrage durch die Klägerin ist eben gerade erforderlich. Es lässt sich demzufolge kein Fehlverhalten der Beklagten aufzeigen. Die Klägerin hat gemäss Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 7 die Aushändigung der AGB verlangt, welche ihr sodann am 17.2.2008 von der Beklagten per E-Mail ausgehändigt wurden. Die Beklagte ist somit ihrer Pflicht, die AGB bei Verlangen durch die Beklagte in geeigneter Weise zugänglich zu machen, nachgekommen. Durch die Versendung der AGB per E-Mail hatte die Klägerin die Möglichkeit, in zumutbarer Weise vom Inhalt und somit von der Schiedsklausel Kenntnis zu nehmen. Den Umstand, dass die Klägerin erst nach Vertragsschluss in den Besitz der AGB gelangte, *hat nicht die Beklagte zu vertreten*. Es war die Entscheidung der Klägerin, K-2 vor Erhalt der AGB zu unterschreiben und zurück zu senden.
- 5 Ein Verzicht auf die Kenntnisnahme liegt vor, wenn die Gegenpartei widerspruchslos den Vertrag abschliesst, ohne die AGB einzufordern, obschon sie um den Einbeziehungswillen des Verwenders weiss oder wissen muss (ABG-PFEIFFER, § 305 N 132). In diesem Sinne

kann von einem Verzicht auf Kenntnisnahme des Inhalts vor Vertragsschluss seitens der Klägerin gesprochen werden. Gibt eine Partei ihr Einverständnis zu den ABG der Gegenseite, ohne dass sie den Inhalt zur Kenntnis genommen oder verstanden hat, liegt eine Globalübernahme vor (HUGUENIN, N 233). Wer einen Vertrag unterschreibt, den er nicht gelesen oder verstanden hat, muss ihn grundsätzlich trotzdem *gegen sich gelten lassen* (BGE 91 I 11 E. 3b) S. 16). Dieser Grundsatz gilt für Geschäftsleute vorbehaltlos, auch wenn die umstrittene Klausel eine Gerichtsstandsvereinbarung darstellt (BGE 91 I 11 E. 3b) S. 16). Im vorliegenden Fall handelt es sich offensichtlich um geschäftsgewandte Parteien, denn beide Aktiengesellschaften sind oft mit Vertragsabschlüssen konfrontiert. Demnach wurde die Schiedsklausel in den AGB verbindlich, auch wenn sie von der Klägerin global übernommen wurde.

- 6 Weiter gilt es zu beachten, dass die Klägerin aufgrund des ohnehin schon langwierigen Projekts mit der Unterschrift problemlos bis zum Erhalt der AGB hätte zuwarten können. Ausserdem hatte sie nach Erhalt der AGB genügend Zeit, diese zu studieren und hätte sich bei Uneinigkeit mit der Beklagten in Verbindung setzen können. Es folgten allerdings keine Beanstandungen seitens der Klägerin, dass sie mit den AGB nicht einverstanden war.

II. Formgültigkeit der Schiedsklausel in den AGB (B-1) i.S.v. Art. 178 Abs. 1 IPRG

- 7 Die Klägerin führt in Rz 21 KS aus, dass die Schiedsklausel in Art. 18 (B-1) den Formvorschriften von Art. 178 Abs. 1 IPRG (und Art. II (2) NYÜ) nicht entspreche, da sie ihr im Zeitpunkt des Einzelvertragsabschlusses nicht vorgelegen habe.
- 8 Gemäss Botschaft zum IPRG ist Art. 178 IPRG auf die in AGB enthaltenen Schiedsklauseln anwendbar (BB1 1983 Band I S. 462). Das schweizerische Bundesgericht äussert sich zur Formvorschrift von Schiedsklauseln in AGB im Urteil 4P.230/2000 E. 2. a) vom 7.2.2001 folgendermassen: „*Gemäss Art. 178 Abs. 1 IPRG hat die Schiedsvereinbarung schriftlich [...] in einer [...] Form der Übermittlung zu erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Dieser Nachweis erfordert nicht, dass die Schiedsklausel in den von den Parteien ausgetauschten Vertragsdokumenten selbst enthalten ist. Vielmehr genügt zum Nachweis der Schiedsklausel durch Text, dass in solchen Dokumenten darauf verwiesen wird. Der Verweis braucht die Schiedsklausel nicht ausdrücklich zu nennen, sondern kann auch als Globalverweis ein Dokument einbeziehen, welches eine solche Klausel enthält.*“ Nach den Ausführungen des BGer ist somit lediglich die Unterschrift auf dem Hauptvertrag erforderlich, welcher den Verweis auf die AGB beinhaltet (BGE 121 III 38 E. 3 S. 44f.).
- 9 Die Schiedsklausel liegt im vorliegenden Fall in schriftlicher Form in Art. 18 (B-1) vor. K-2 als Bestandteil des Einzelvertrags *verweist deutlich* auf die Einbeziehung von B-1. Wie erwähnt (vgl. Rz 4), hatte die Klägerin die Möglichkeit, sich in zumutbarer Weise Kenntnis vom Inhalt der AGB (B-1) und damit auch von der Existenz und dem Inhalt der Schiedsver-

einbarung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verschaffen. K-2 wurde von Herrn Alfred Weil, dem Vertreter der Klägerin, unterschrieben. Der Leistungsschein (K-3) als zweiter Bestandteil des Einzelvertrags wurde vom Vertreter der Beklagten, Herrn Peter von Wickembrock, unterschrieben. Die Schiedsklausel entspricht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Schriftlichkeit nach Art. 178 Abs. 1 IPRG und ist somit als formgültig zu erachten.

III. Vorrang der Schiedsklausel der AGB (B-1)

- 10 Der klägerischen Ansicht, der übereinstimmende Wille zur Übernahme sei nicht feststellbar (Rz 23 KS), kann nicht Rechnung getragen werden. Für die *Geltung von AGB als Vertragsbestandteil* ist bei einer Übernahme Konsens nach Art. 1 OR erforderlich (BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 52; PERRIG, S. 32). Diese Abrede der Einbeziehung kann nach Art. 1 Abs. 2 OR ausdrücklich oder konkludent erfolgen (BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1, N 188; 192).
- 11 Durch die Unterzeichnung des Bestellscheins (K-1) seitens der Klägerin wurden die AGB *zumindest in konkludenter Weise – wenn nicht sogar ausdrücklich –* i.S.v. Art. 1 Abs. 2 OR übernommen. Der Sinn und Zweck des Bestellscheins der Beklagten ist es u.a., mittels fettgedrucktem, gut sichtbarem Hinweis am Seitende auf die AGB aufmerksam zu machen. Mithin wurde der Wille geäußert, einen Vertrag über die Lieferung und Leistung von zwei Zentralgetrieben abzuschliessen und dabei dem Rahmenvertrag vorgehende AGB mitsamt Schiedsklausel auf allfällige Streitigkeiten bzgl. des Einzelvertrags anzuwenden.
- 12 *Eventualiter*: Sollte das Schiedsgericht der klägerischen Meinung folgen, es sei kein subjektiver Wille bezüglich Übernahme nachzuweisen, so ist darauf zu berufen, dass auch die objektivierte Auslegung zu einem Vorrang der Schiedsklausel in den AGB führt.
- 13 Im Zweifel gilt der Grundsatz *ius posterior derogat priori* (BGE 121 III 495 E.5a S. 496; BERGER/KELLERHALS, N 476). Nach dem Grundsatz der Autonomie der Schiedsklausel, kann jene in einem später abgeschlossenen Vertrag auch dann vollständige Geltung erlangen, wenn der Vertrag einen früher geschlossenen lediglich ergänzt (BERGER/KELLERHALS, N 24). Ist die Schiedsklausel in einem Rahmenvertrag enthalten, so gilt sie durch Verweis auch für die spätere Einzelleistung (BERGER/KELLERHALS, N 477). Wird hingegen aber im Vertrag über eine Einzelleistung, wenn auch eventuell irrtümlich, eine andere Schiedsvereinbarung aufgenommen, greift der Grundsatz *ius posterior derogat priori* und die jüngere Vereinbarung hebt die ältere in Bezug auf die Einzelleistung auf (JOLIDON, Art. 4 N 24; POUURET/BESSON, N 313).
- 14 Obwohl die AGB für eine unbestimmte Anzahl von Verträgen gelten und vorformuliert sind, wurde durch die klägerische Unterzeichnung am 16.8.2008 die AGB-Geltung bestätigt. Entgegen der klägerischen Ansicht bestünde eine Verletzung des Vertrauensprinzips, ginge eine ältere Abrede zwischen den Parteien einer jüngeren spezifischeren Abrede vor. Zudem hat die Beklagte wie bereits erwähnt auf dem Bestellschein K-2 deutlich den Hinweis auf die Ver-

bindlichkeit der AGB vermerkt. Der Hinweis ist auch bei nur flüchtiger Durchsicht aufgrund der Hervorhebung klar erkennbar. Wäre die Klägerin mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen, hätte sie bei allfälligen Zweifeln nicht unterzeichnen oder zumindest Zugang zu den AGB der Beklagten suchen sollen. Zudem wurden der Beklagten nach Vertragsschluss die AGB zugesandt (B-3), wobei die Klägerin spätestens zu diesem Zeitpunkt ihr Interesse an der Abänderung der Streitschlichtungsweise hätte entgegenbringen sollen. In casu greift entgegen der klägerischen Ansicht (Rz 28 KS) der Grundsatz *ius posterior derogat priori*, da im Einzelvertrag in B-1 deutlich eine Schiedsvereinbarung aufgenommen wurde.

- 15 Konträr zur Ansicht der Klägerin (Rz 27 KS) behauptet die Beklagte keinesfalls, dass die Klägerin den Einzelvertrag vorformuliert habe. Im Gegenteil stützt sie sich darauf, dass sie der Klägerin am 2.11.2008 die Offerte unterbreitete und dabei den Hinweis auf ihre AGB deutlich machen konnte. Die Klägerin bestätigte diese Annahme mittels Unterzeichnung.
- 16 Dass der Rahmenvertrag den Zweck einer Basis einer vertrauensvollen Geschäftsbeziehung innehat (vgl. Präambel K-1), sieht die Klägerin in Rz 25 KS zu Recht. Dies wird auch in keiner Weise bestritten und ändert ebenfalls nichts an der Einbeziehung der AGB der Beklagten in den Vertrag, da dadurch für die spezifische Einzelleistung neue vertragliche Abmachungen gelten und der Rahmenvertrag immer noch als Gerüst für alle übrigen Regelungen besteht. Entgegen der klägerischen Ansicht (Rz 26 KS) liegt keineswegs ein Verstoss gegen Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. ZGB vor, wenn die Parteien übereinstimmend AGB in den Einzelvertrag einbeziehen. Dass die AGB einseitig eingebracht wurden, ist unerheblich, da die Klägerin den Vertrag unterzeichnete, somit ihre Zustimmung dazu gab und nach Art. 1.3 AGB (B-1) Gegenseitigkeit entstand. Vielmehr wäre es ein Verstoss gegen den Grundsatz *ius posterior derogat priori*, wenn die AGB mitsamt Klausel nicht gelten würden. Vertragsparteien können aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bzw. der Änderungsfreiheit einen bestehenden Vertrag modifizieren (HUGUENIN, N 639). Aufgrund dieser Änderungsfreiheit würde auch eine Rahmenvertragsänderung keinen Verstoss gegen Treu und Glauben nach sich ziehen, wie die klägerische Seite in Rz 28 KS zu behaupten versucht, da in K-1 nirgends erwähnt ist, dass individuell spätere Abreden nicht getroffen werden dürfen.
- 17 In Rz 25 KS weist die Klägerin zusätzlich auf Art. 1.3 AGB (B-1) hin. Dieser besagt, dass entgegenstehende schriftliche Vereinbarungen im Vertrag im Einzelfall der vollumfänglichen Anerkennung durch die Vertragspartnerin vorbehalten sind. Die Bezeichnung „im Vertrag“ wird dabei nicht näher spezifiziert. Aufgrund derselben Wortwahl in Art. 1.4 AGB (B-1) muss der Einzelvertrag gemeint sein, da die Klägerin beim Abschluss des Einzelvertrags die AGB i.S.v. Art. 1.4 AGB (B-1) schriftlich anerkannte. In Art. 1.3 AGB (B-1) ist somit mit der Bezeichnung „im Vertrag“ in konnexer Weise nicht der Rahmenvertrag, sondern die

Vereinbarung des Einzelvertrags gemeint. In jenem wurde nichts Gegenteiliges bezüglich der Schlichtungsweise im Streitfall vereinbart, sodass die AGB volle Geltung erlangen.

- 18 Auf die Klage ist gemäss obigen Ausführungen nicht einzutreten, da nach Art. 18 AGB (B-1) das Dreier-Schiedsgericht der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) mit Sitz in München zuständig ist.

B. Materieller Teil

I. Keine Gewährleistungspflicht der Beklagten

- 19 Die Beklagte trifft keine Gewährleistungspflicht, da keine Mängel vorlagen (1./2.) und die Klägerin das Nachbesserungsrecht nicht ausführte (3.). Zudem liegt ein unangemessener Gebrauch nach Art. 17.4 (K-1) vor (4.1). Die Beklagte hat die Gewährleistungspflicht nicht nach Art. 17.3 (K-1) anerkannt (4.2) und die Garantiefrist nach Art. 13.2.2 (K-1) ist verstrichen (4.3). Ferner kann die Beklagte nach Art. 17.9 (K-1) die Haftung von sich weisen (IV.). Folglich muss die Beklagte entgegen klägerischer Auffassungen in Rz 83ff. KS die Reparaturkosten (inkl. Kranmiete) nicht übernehmen. Eine Nichtleistung trotz Möglichkeit durch die Beklagte bzw. Verzug, wie die Klägerin in Rz 89f. KS ausführt, konnte demnach nicht eintreten.

1. Kein Konstruktionsmangel

- 20 In materieller Hinsicht ist der Rahmenvertrag lediglich als Richtlinie für eine Vielzahl von darauffolgenden Projekten entworfen worden. Die konkreten Vertragsdetails, wie vorliegend die spezifischen Modalitäten der Werkleistung für die Ausgestaltung des Werks auszusehen haben, werden durch den Bestellschein und den Leistungsschein definiert (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1099).
- 21 Im Leistungsschein bzw. dem dazugehörigen Anhang I sind die detaillierten Baupläne und Skizzen der Zentralgetriebe aufgeführt und der Klägerin übergeben worden (Bst. F. K-4). Das fertiggestellte Werk weicht dabei nicht von den vereinbarten Leistungsdetails ab (KOLLER, S. 36f.). Das Ölsystem wurde gemäss Vertrag korrekt verbaut. Ein Konstruktionsmangel aufgrund Abweichung vom Vertrag liegt folglich nicht vor.
- 22 Die Klägerin führt in Rz 42 KS aus, das Werk entspreche nicht den anerkannten Regeln der Technik i.S.v. Art. 5.3ff. (K-1). Es stimmt zwar, dass die Beklagte im Jahre 2008 mit der Entwicklung einer neuen Ölspritzeinrichtung begann. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch keine einsatzfähige, neue Ölspritzeinrichtung vorhanden. Deshalb hätten solche unsicheren, sich noch im Entwicklungsstadium befindenden Resultate nicht in die ebenfalls ins Jahr 2008 fallende Vertragsgestaltung und Herstellung einfließen können und dürfen.
- 23 Zudem ist die Tatsache, dass die Notwendigkeit eines solchen Einbaus der Beklagten nie bekannt war, viel entscheidender. Dass die Beklagte von den häufigen Stromausfällen in dieser Region wissen musste, trifft nicht zu. Saudi Arabien ist weder ein Entwicklungs- noch

ein Schwellenland, sodass die Infrastruktur bzw. Stromversorgung gewährleistet sein sollte. Die Klägerin als Zementwerkkonstrukteurin, welche jederzeit vom Stromfluss abhängig war, hätte aufgrund ihrer bereits längeren Tätigkeit in dieser Region die Beklagte auf die unsichere Stromversorgung hinweisen müssen.

- 24 Die Klägerin erwähnt in Rz 43 KS, dass die Beklagte den angeblichen „Fehler“ zugab. Ein Fehlereingeständnis aus einer nicht verrechneten Position abzuleiten ist wiederum eine weit hergeholte Behauptung. Ebenso kann die Klägerin nicht beweisen, dass die MECC nicht von der Beklagten auf dieses Upgrade aufmerksam gemacht worden war.
- 25 Die Ölversorgung ist, wie von der Klägerin erwähnt, für das reibungslose Funktionieren der Getriebe von Bedeutung. Unter normalen Bedingungen und korrektem Einbau (siehe unangemessener Gebrauch; Rz 42ff.) – beides nicht im Verantwortungsbereich der Beklagten liegend – wäre es zu keinem Schaden gekommen, wie man auch am Fakt erkennen kann, dass Zentralgetriebe I nicht ausfiel (Pt 7 Einleitungsantwort).
- 26 Die in Rz 44 KS aufgeführte Kausalität der Schäden ist auf die fehlerhafte Benutzung und das Nichtbefolgen der Anweisungen durch die Klägerin zurückzuführen (Pt 23 Einleitungsantwort). Erst dadurch resultierte die ungenügende Ölschmierung beim Gebrauch mit hoher Geschwindigkeit und voller Ladung (Pt 22 Einleitungsantwort). Ohne dieses Fehlverhalten seitens der Klägerin wäre es nie zu den genannten Schäden gekommen. Selbst das besagte Upgrade (Rz 43 KS) hätte bei diesen hauptursächlichen Verfehlungen kein anderes Resultat hervorgebracht.

2. Kein Benutzerdokumentationsmangel

- 27 In Rz 45ff. KS wirft die Klägerin der Beklagten vor, die „Benutzerdokumentation“ sei unvollständig. Hieraus leitet sie einen Werkmangel ab, da die Dokumentation die Benutzung der Maschine verunmögliche. Die Klägerin stützt sich hier wohl auf das ihr übergebene Bedienungshandbuch gemäss Bst. F. Ziff. 2 Anhang I (K-4). Ein Bedienungshandbuch hat zum Zweck, das Funktionieren und Bedienen der Maschine zu beschreiben (SIEGENTHALER, N 38). Vorliegend hat die Klägerin sich nicht an das Vorgehen gemäss Bedienungshandbuch gehalten (vgl. Pt 23f. Einleitungsantwort). Dies war im Übrigen auch das Problem bei den zwei anderen von der Klägerin erwähnten Projekten (vgl. K-11), weshalb auch die Verweisung der Klägerin in Rz 46 KS unbeachtlich ist. Die Klägerin hat entgegen der Anleitung das Zentralgetriebe mithilfe des Haupt- oder Nebenmotors betrieben, ohne dass es mit genügend Schmieröl versorgt werden konnte bzw. die Ölbetriebspumpe angestellt war. Bei *Nichtbefolgung* des Bedienungshandbuchs, wie vorliegend erfolgt, und dadurch entstandenem Schaden, kann nicht erwartet werden, dass das Handbuch hierfür eine Lösung zur Verfügung stellt. Jenes hätte seinen oben genannten Zweck bei *ordnungsgemässer Anwendung gänzlich erfüllt*

und ist folglich nicht mangelhaft. Schon gar nicht aber verunmöglicht das Handbuch die Benutzung der Maschine. Eine solche Verunmöglichung wäre beispielsweise der Fall, wenn es gar nicht mitgeliefert worden oder in einer Fremdsprache verfasst worden wäre (vgl. BGE 124 III 456, E. 4. d) aa), S. 462), was in casu wohl unstreitig nicht geschah.

3. Keine Ausübung des Nachbesserungsrechts i.S.v. Art. 17.3 (K-1)

28 Die Klägerin führt in Rz 52 KS aus, dass eine rechtzeitige Rüge stattgefunden habe, da die MECC berechtigt sei, diese vorzubringen. Gemäss Wortlaut von Art. 17.3 (K-1) hat die „*Auftraggeberin*“ (Klägerin) die „*Auftragnehmerin*“ (Beklagte) über Mängel während der Garantiezeit zu informieren. Nach dieser Information hat die Auftragnehmerin innert sieben Tagen Personal zur Mangelbehebung bereitzustellen. Diese Bestimmung regelt die *Rügeobliegenheit*, die gleichzeitig der *Ausübung des Nachbesserungsrechts* entspricht. Mit anderen Worten steht gemäss Art. 17.3 (K-1) *ausschliesslich der Klägerin die Ausübung des Nachbesserungsrechts zu*. Die MECC als ledigliche Leistungsempfängerin war somit hierzu nicht berechtigt. Die Berechtigung fehlte des Weiteren auch aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter, wie ihn die Klägerin in Rz 52 i.V.m. 35ff. KS annimmt, da nach dem Wortlaut von Art. 17.3 (K-1) einzig die Auftraggeberin bzw. die Klägerin rüge- und nachbesserungsberechtigt ist.

29 Die Klägerin rügte nach eigenen Angaben (Rz 52 KS) die angeblichen Mängel erstmals persönlich am 11.1.2013 mittels Einleitungsanzeige (Pt 23 Einleitungsanzeige). Ob dieser Punkt als Rüge qualifiziert werden kann, ist fraglich. Jene erfolgte ohnehin erkennbar zu spät, hat doch eine Rüge laut Art. 367 Abs. 1 OR (analog Art. 201 Abs. 1 OR) unmittelbar nach Entdeckung des versteckten Mangels zu erfolgen (BSK OR I-ZINDEL/PULVER Art. 370 N 15; BGE 107 II 172 E.1.a S. 175). Die Anzeige hat nach den konkreten Umständen zu erfolgen (GAUCH, N 2180), was für viele Situationen zwischen sieben und zehn Tagen der Fall ist (BSK OR I-ZINDEL/PULVER Art. 370 N 16; BGer 4A_252/2010 E. 6.4). Die Rügelast *versteckter Mängel* – wie sie die Klägerin qualifiziert – setzt nach Art. 370 Abs. 3 OR mit der Entdeckung des Mangels, und somit mit Vorliegen von Gewissheit, ein (TERCIER/FAVRE/CARRON, N 4526). Frau Amélie Amonn war die *vor Ort* zuständige Projektleiterin. Mithin konnte der Produktionsausfall der Klägerin nicht entgehen, weshalb sie bereits am 8.7.2011 Gewissheit über das Vorliegen eines Mangels erhielt. Durch die zu spät erfolgte Rüge wurde der Mangel i.S.v. Art. 370 Abs. 3 OR genehmigt und das Recht auf Ausübung der Gestaltungsrechte verwirkt, sodass die Nachbesserung nicht mehr gefordert werden kann.

3.1. Eventualiter: Kein echter Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR

30 Falls das Schiedsgericht bei der Auslegung von Art. 17.3 (K-1) zu einem anderen Ergebnis gelangen sollte, ist die MECC dessen ungeachtet nicht rüge- und nachbesserungsberechtigt, da entgegen der Ansicht der Klägerin kein echter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt.

- 31 Die Klägerin bringt in Rz 52 i.V.m. Rz 35ff. KS vor, dass der MECC ein Forderungsrecht aufgrund eines echten Vertrags zugunsten Dritter zustehe. Dabei muss zunächst zwischen der Rügeobliegenheit bzw. dem Recht, eine Rüge zu erheben und dem Recht, das Nachbesserungsrecht auszuüben und dann zu fordern *unterschieden* werden. Die Rüge ist lediglich eine *Obliegenheit* und verhindert die Verwirkung der Ausübung der Gestaltungsrechte (SCHMID/STÖCKLI, N 355; KÄSER, S. 44). Die Rüge- und Prüfobliegenheit an sich können im Drittparteienverhältnis vom Dritten auch ohne Zustehen eines Forderungsrechts hervorgebracht werden, da sie einfache Willenserklärungen darstellen, welche der Leistungsempfänger erheben können muss (BSK OR I-ZINDEL/PULVER, Art. 368 N 12). Die Beklagte bestreitet bei dieser Ansicht die Tatsache also *nicht*, dass der MECC kein Rüge- und Prüfrecht zustand, sondern dass ihr das Recht zur Ausübung der Nachbesserung und der damit zusammenhängenden Forderung nicht zustehen kann. Grundsätzlich sind nach Art. 164 OR alle Forderungen abtretbar, wobei der Dritte durch Verfügungsvertrag die Stellung des Gläubigers einnimmt (HUGUENIN, N 1322). Das BGer und die h.L. sprechen sich zudem für eine Abtretbarkeit des Nachbesserungsrechts aus (BGE 118 II 142 E.1.b S. 145, GAUCH, N 2443). In casu ist eine Zession der Klägerin an die MECC nicht ersichtlich, da die MECC nicht mittels Verfügungsvertrag in die Gläubigerstellung der Klägerin gegenüber der Beklagten eintrat. Die MECC jedoch forderte trotzdem die Nachbesserung, indem sie die Begutachtung durch einen Servicetechniker der Beklagten und die Beseitigung des Schadens verlangte (K-10).
- 32 Ob nun dem Dritten ein Forderungsrecht aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter zusteht, ist gemäss Art. 112 Abs. 2 OR primär nach dem Willen der Vertragsparteien zu ermitteln. Dieser kann im Vertragswerk als Willenskundgabe selber enthalten sein (vgl. BGE 96 II 79 E.8.b S. 95). Ferner ist das Verhalten nach Vertragsschluss zu untersuchen (ZR 1990, Nr. 93 S. 222; KRAUSKOPF, N 913f.). Jenes Verhalten ist aufgrund der Erklärungen der Parteien – auch unbeteiligter Dritter – zu beurteilen (BK OR-WEBER, Art. 112 N 45).
- 33 Im Vertragswerk (K-1, K-2, K-3) sind keinerlei Stellen ersichtlich, welche gemäss Wortlaut einen echten Vertrag zugunsten Dritter vorsehen. Die Klägerin begründet das Vorliegen eines solchen Vertrags jedoch, indem sie in Rz 36 KS angibt, dass die gewährte Garantiefrist (Art. 17.2 K-1) und der Terminplan (Anhang II K-4) ein ebensolches Forderungsrecht gewähren. Eine Einführung einer Garantiefrist (Art. 17.2 K-1) ins Vertragswerk begründet allerdings keineswegs ein Forderungsrecht. Der Dritte kann sich immerhin bei Vorliegen eines echten Vertrags zugunsten Dritter auf diese Garantiefrist berufen, was aber für sich alleine noch lange nicht ein solches Verhältnis begründen kann. Auch der Terminplan (Anhang II K-4) liefert keinerlei Tatsachen, die auf ein selbständiges Forderungsrecht des Dritten hindeuten, sondern schildert lediglich den Ablauf der Herstellung und Lieferung des Werks sowie dessen

Montage, Inbetriebnahme und Abnahme. Es ist auch kein spezifisches Verhaltensmuster der Klägerin zu erkennen, welches die MECC derart begünstigen würde.

- 34 Des Weiteren stellt die Beklagte ihre Annahme, dass die MECC ein selbständiges Forderungsrecht besitzt, auf der Tatsache ab, dass die Beklagte auf die Aufforderung zur Mangelbehebung durch die MECC einging (K-10). Die Beklagte ging aber nur auf die Forderung seitens der MECC (K-10) ein, da sie von einem *separaten* Vertragsschluss ausging (Pt 26 Einleitungsantwort). Sie erklärte in ihrem Schreiben an die MECC (K-11), dass es sich keinesfalls um eine unentgeltliche Mängelbehebung aufgrund des Einzelvertrags (i.V.m. Art. 17 K-1) zwischen der Klägerin und Beklagten handelt, da die Gewährleistung aufgrund Verschuldens der Klägerin ausgeschlossen sein könnte. Ausserdem hat die Beklagte der MECC eine Offertstellung unterbreitet, welche dann am 1.8.2011 von der MECC bestätigt wurde. Die Klägerin wurde folglich aufgrund der *Relativität der Schuldverhältnisse* (HUGUENIN, N 88; vgl. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 44ff.) zu keinem Zeitpunkt Vertragspartei des neu geschlossenen Vertrags (siehe Pt 26 Einleitungsantwort). Der Reparaturvorgang ist als einzelner, vom Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten *unabhängiger Vertrag* zu qualifizieren. Der Umstand, dass die Beklagte die Mangelbeseitigung auf Anfrage der MECC vornahm, stellt kein Indiz für ein eigenständiges Forderungsrecht dar.
- 35 Dem Dritten kann dann ein eigenständiges Forderungsrecht zugestanden werden, wenn Zweck und Natur des Vertrags ein solches vorsehen (BGE 96 II 79 E.8.b) c) S. 94f.). Vor allem Verträge, die einem Versorgungs- und Sicherungszweck dienen, wie beispielsweise Unterhalts- oder Alimenteverträge (KRAUSKOPF, N 944, 933), sind als Verträge zugunsten Dritter zu qualifizieren (BK OR-WEBER, Art. 112 N 57). Die Beweislast liegt bei demjenigen der sich auf Übung beruft (ZK 1b-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 522). In casu handelt es sich um einen Subunternehmervertrag, der offensichtlich *keinem* Versorgungszweck dient, wonach sich auch kein Forderungsrecht des Dritten ergibt. Im Bereich des Subunternehmervertrags ist jedoch ohnehin keine solche *einschlägige Übung* bekannt (CHAIX, S. 221), die dem Besteller ein unmittelbares Forderungsrecht gegenüber dem Subunternehmer einräumt (SAXER, S. 24).
- 36 Vorliegend ist aus dem Einzel- wie auch dem Rahmenvertrag sowie dem Verhalten der Parteien keine Einbeziehung der MECC ersichtlich. Die MECC ist lediglich die Leistungsempfängerin der zwei Zentralgetriebe. Sie war demnach nicht befugt, die Nachbesserung zu verlangen, sondern nur aufgrund der Vertragsfreiheit einen separaten Vertrag abzuschliessen.
- 3.2. Subeventualiter: Nichtvorliegen einer gültigen Prüf- und Rügeobliegenheit**
- 37 Sollte das Schiedsgericht zur Ansicht gelangen, es bestehe ein echter Vertrag zugunsten Dritter, so ist die gültige Ausübung der Prüf- und Rügeobliegenheit durch die Klägerin bzw. die MECC zu verneinen.

- 38 In Rz 48 KS stützt sich die Klägerin auf die Abnahme im Sinne einer gemeinsamen Prüfpflicht i.S.v. Art. 13.2f. (K-1). Eine gemeinsame Prüfung des Werks auf dessen Beschaffenheit hin kann zwar vertraglich vereinbart werden, ist aber von der Abnahme im Sinne von Art. 370 OR zu unterscheiden (GAUCH, N 97; 2467). Es wurde in Art. 13.2f. (K-1) nicht vereinbart, dass das Werk gemeinsam geprüft werden muss. Die dort behandelte Abnahme entspricht der Abnahme i.S.v. Art. 370 OR und nicht der Prüfbliedenheit nach Art. 367 Abs. 1 OR. Zudem spricht sich die Klägerin in besagter Rz 48 KS in Widerspruch zu Rz 72 KS dafür aus, dass der Endtestlauf nicht gemeinsam erfolgen muss. Die Prüfbliedenheit ist aus folgendem Grund nicht gründlich erfüllt worden. Gemäss der Ansicht der Klägerin konnte jene die angeblichen Mängel nicht entdecken, da sie keine spezifischen Fachkenntnisse innehat. Von einer Zementwerkkonstrukteurin kann jedoch erwartet werden, dass sie bei einem Bau eines Zementwerks genauestens die Überprüfung und Übersicht ausübt. Es trifft die Klägerin deshalb entgegen ihrer Ansicht *keine reduzierte Prüfbliedenheit*.
- 39 Entgegen der klägerischen Ansicht in Rz 50 KS ist der Konstruktionsmangel auch *nicht genügend substantiiert* worden, da der MECC als Zementwerkbetreiberin bessere Kenntnisse für eine *substantiiertere Rüge* zugerechnet werden können, als sie mittels K-10 aufzeigte. Bei versteckten Mängeln muss die Rüge genauso sachgerecht substantiiert sein, wie bei offenen, womit die Mängel *genau anzugeben* sind (BGE 107 II 172 E.1.a S. 175; GAUCH, N 2126). Die MECC hat mit dem Schreiben in K-10 den angeblichen Mangel ungenügend beschrieben und substantiiert. Es wurden lediglich die Umstände der Einstellung des Zementwerks Nr. II und die Spekulation der mangelhaften Ölschmierung als mögliche Ursache für den Schadenfall festgehalten. Des Weiteren hätte der angebliche Benutzerdokumentationsmangel (Rz 50 KS) von der Klägerin gerügt werden müssen. Eine solche Rüge fand jedoch nie statt.

4. Haftungsausschlussgründe

4.1. Unangemessener Gebrauch durch Klägerin i.S.v. Art. 17.4 (K-1)

- 40 Wie nachfolgend dargelegt wird, liegen drei Ausschlussgründe i.S.v. Art. 17.4 (K-1) vor. Da diese *unabhängig voneinander* und somit alternativ bestehen, schliesst jeder dieser Gründe eine allfällige Haftung der Beklagten aus.
- 41 Die Klägerin hält in Rz 63 KS fest, dass sie lediglich wegen „unsachgemässe[m] Gebrauch“ haftet, wenn sie auch eine subjektive Vorwerfbarkeit trifft. Dies ist in zweierlei Hinsicht unrichtig. Vereinbart wurde in Art. 17.4 (K-1), dass die Haftung der Beklagten bereits bei unangemessenem und nicht erst bei unsachgemäßem Gebrauch durch die Klägerin ausgeschlossen wird. Es ist somit bei der Beurteilung des fehlbaren Verhaltens generell ein niedriger Massstab anzuwenden. Ferner muss keine subjektive Vorwerfbarkeit vorliegen. Die Klägerin erkennt richtig, dass sich Art. 17.4 (K-1) nicht mit Art. 369 OR deckt. Allerdings macht dies

keinen Unterschied bzgl. der subjektiven Vorwerfbarkeit, denn die von der Klägerin erwähnte Aufzählung in Art. 4.1 (K-1) weicht im Sinngehalt und im Umfang nicht wesentlich von den in Art. 365 OR genannten Fällen ab. Insbesondere wird auch in Art. 4.1 (K-1) eine Verantwortlichkeit für Werkstoffe, die nicht von der Beklagten geliefert werden, begründet. Ob Art. 17.4 (K-1) ein Verschulden voraussetzt oder nicht, kann offen bleiben, denn die Haftung der Beklagten entfällt *laut Art. 17.9 (K-1)*, wenn die Klägerin ihre Pflichten nicht erfüllt (vgl. Rz 69f.). Nach dieser Bestimmung ist keine subjektive Vorwerfbarkeit vorausgesetzt. Analog Art. 369 OR (siehe dazu TRACHSEL, N 180) reicht ein Einfluss aus der Sphäre der Klägerin, der den Schaden verursacht, um die Haftung der Beklagten entfallen zu lassen.

4.1.1. Unangemessener Gebrauch durch manipulierte Trommelbremse

- 42 Die Klägerin führt in Rz 64ff. KS aus, sie hätte das Zentralgetriebe II i.S.v. Art. 17.4 (K-1) nicht unangemessen betrieben, insbesondere nicht durch eine Manipulation der Trommelbremse. Auch dies ist unzutreffend, denn wie die Klägerin selber zugibt (Rz 100 KS), ist die Beklagte bzgl. der Thematik der Zementgetriebe fachkundig. Wer, wenn nicht das fachkundige Personal der Beklagten kann eine Schadensanalyse durchführen und so die Ursache eines Mangels beweisen? Die Analyse ergab, dass die Manipulation der Trommelbremse kausal für die entstandenen Mängel war (Pt 22f. Einleitungsantwort). Ergo hat die Klägerin das Getriebe unangemessen gebraucht und muss laut Art. 17.4 (K-1) die Reparaturkosten selber tragen.
- 43 Ferner kann sich die Klägerin auch nicht durch rechtmässiges Alternativverhalten exkulpieren, denn besteht auch nur eine *Möglichkeit*, dass der Schaden bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt durch die Schädigerin nicht eingetreten wäre, ist eine Haftungsbefreiung ausgeschlossen (BGE 131 III 115, E. 3.3, S. 120). In casu besteht sogar eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden nicht eingetreten wäre, hätte die Klägerin die Trommelbremse nicht manipuliert. Hierfür muss die Sachlage allerdings isoliert betrachtet werden, was die Klägerin verkennt, denn neben der manipulierten Trommelbremse bestehen *weitere, davon unabhängige* und ebenfalls je kausale Schädigungshandlungen (vgl. Rz 44ff.). Gäbe es neben der Bremsmanipulation keine anderen Verfehlungen, hätte der Schadenseintritt durch angemessenen Gebrauch der Bremse vermieden werden können.

4.1.2. Unangemessener Gebrauch durch "mangelhaftes" Verriegelungssystem

- 44 Die Klägerin bringt in Rz 67 KS vor, dass der Beklagten eine Anzeigepflicht (Art. 365 Abs. 3 OR analog) betreffend Mängel an den von ihr selbst beschafften Werkstoffen (in casu das Verriegelungssystem) zukommt. Sie stützt ihre Annahme u.a. darauf, dass das Werk nach Ablieferung wegen noch fehlender Montage des Verriegelungssystems nicht vollendet war und somit die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die Mängel am Verriegelungssystem anzuzeigen. Im Anhang I (K-4) sind unter B. die technischen Spezifikationen der

Zentralgetriebe mit Zubehör aufgelistet, welche gemäss Werkvertragsrecht (vgl. Rz 31ff. KS) durch die Beklagte herzustellen und abzuliefern waren. Die Klägerin war laut Verfahrensbeschluss Nr. 2 Ziff. 12 dafür verantwortlich, das Verriegelungssystem bereitzustellen. Die Herstellung des Getriebes ist folglich mit der Ablieferung beendet und keineswegs als unvollendet zu betrachten, weil das Verriegelungssystem noch nicht montiert wurde.

- 45 Die analoge Anwendung von Art. 365 Abs. 3 OR, wie sie das BGer in E. 2.1 des Urteils 4C.258/2001 v. 5.9.2002 ausführt, kommt zum Tragen, wenn der Unternehmer *nach Abschluss* seiner Arbeiten an einem bereits bestehenden Werk erkennt bzw. hätte erkennen müssen, dass im Bereich der Vorarbeiten konstruktive Mängel entstanden sind. Es ist zu erwähnen, dass der vorliegende Fall sich besonders in einem Punkt von diesem unterscheidet: Es lag keinesfalls ein Mangel vor Herstellung bzw. Ablieferung des Werks vor. Beim Verriegelungssystem handelt es sich um eine Komponente, welche *nach der Herstellung* im Montageverfahren eingebaut wurde. Die Beklagte hatte demzufolge keine Anzeigepflicht und die analoge Anwendung von Art. 365 Abs. 3 OR ist zu verneinen.
- 46 Weiter führt die Klägerin aus (Rz 68 KS), dass die Beklagte das Verriegelungssystem hätte untersuchen müssen, weil die Klägerin für dessen Bereitstellung verantwortlich war. Ein Verweis, dass dieses funktionieren muss (K-8), würde nicht reichen. Die Klägerin begründet keineswegs, wieso die Beklagte zu einer Überprüfung verpflichtet gewesen wäre. Die Beklagte kann davon ausgehen, dass die Klägerin ein mangelfreies System bereitstellt und zwar gerade dann, wenn diese entgegen Abrede einen Dritten engagiert. Dennoch war eine Inspektion durch die Beklagte vor dem Kalttestlauf vorgesehen. Diese wurde aber durch das eilige und unerlaubte Verhalten der Klägerin verhindert (B-5). Eine Überprüfung konnte also erst nach dem Kalttestlauf durchgeführt werden. Allein der Verweis, dass dieses System einwandfrei funktionieren muss, reicht vollständig, wenn er überhaupt notwendig ist. Denn es ist offensichtlich, dass das System fehlerfrei funktionieren muss, damit es seinen Zweck erfüllt.
- 47 Gemäss Ausführungen der Klägerin in Rz 68 KS hätte Herr Stephan Fallet zudem das System am 15.9.2010 testen müssen, womit die Beklagte die Mangelhaftigkeit hätte erkennen können. Gerade eine solche Überprüfung durch die Beklagte hat am 15.9.2010 stattgefunden. Nachdem Herr Fallet bemerkte, dass die Klägerin die Getriebe trotz Verbot bewegt und den Kalttestlauf durchgeführt hatte, begutachtete er jene (B-5). Dabei entdeckte er lediglich Probleme am Motor. Komplikationen mit dem Verriegelungssystem waren nicht ersichtlich. Auch die, wie es scheint, problemlose Durchführung des Kalttestlaufs durch die Klägerin bestätigte die Annahme, dass keine weiteren Untersuchungen des Systems notwendig waren.
- 48 Folglich lag es in der Hand der Klägerin, ein funktionierendes Verriegelungssystem zu besorgen und dieses in richtiger Weise zu montieren. Die Beklagte ist ihren Prüfpflichten

nachgekommen und konnte den Mangel auf keine Weise verhindern. Die Klägerin ist somit für die Mangelhaftigkeit des Verriegelungssystems verantwortlich.

4.1.3. Unangemessener Gebrauch durch Benutzung von Zentralgetriebe II

- 49 Die Klägerin erwähnt in Rz 69 KS, dass es keine konkreten Anhaltspunkte geben würde, dass das Zentralgetriebe II bereits betrieben wurde. Aus dem Schriftverkehr der Beklagten (B-4) ist klar herauszulesen, dass eine solche verfrühte Benutzung durch die Klägerin stattgefunden hatte. Als langjährige und erfahrene Kennerin dieser Zentraltriebtypen versteht die Beklagte die Mechanik, wodurch sie das Problem und die Ursache dieser Situation sofort erkannte. Als Sicherheitsmassnahme händigte die Beklagte eine Liste der zu erledigenden Arbeiten mit Hinweis auf ein striktes Verbot der Benutzung der Getriebe in Abwesenheit der Beklagten aus (K-8).
- 50 Die Behauptung (Rz 69 KS), dass Schäden beim Transport von Stuttgart nach Dammam eingetreten seien, ist abzulehnen, da es keinerlei Hinweise oder Anzeichen dafür gibt.
- 51 Wie die Klägerin in Rz 70 KS ausführt, war ihre selbständige Durchführung des Kalttestlaufs unsachgemäss. Die klägerische Rechtfertigung der verspäteten Ankunft von Herrn Fallet misslingt. Denn einerseits ist eine Verspätung von zwei Tagen bei einem derart langfristigen Projekt und wichtigen Schritt der Montage zu verkraften und sollte nicht zu übereifrigem Aktionismus führen. Andererseits stehen mittels Mobiltelefonen und Internet (E-Mail-Verkehr) rapide Kommunikationsmöglichkeiten zur Verfügung. Eine Anfrage seitens der Klägerin, wann die Beklagte eintrifft und ob man den Kalttestlauf starten könne, wäre für die Klägerin zumutbar und auch ihrer selbst zugegebenen angeblichen Unkenntnis wegen nötig gewesen.
- 52 In Rz 71 KS behauptet die Klägerin, dass die Beklagte für die Durchführung des Kalttestlaufs verantwortlich sei. Die Beklagte hatte jedoch lediglich eine Überwachungs- und Kontrollfunktion im ganzen Montage- und Inbetriebnahmeprozess inne.
- 53 Die Klägerin erkennt in Rz 72 KS korrekt, dass der Endtestlauf auch ohne die Beklagte durchgeführt werden kann, was wiederum im Widerspruch zur klägerischen Ausführung in Rz 48 KS steht (vgl. Rz 38).
- 54 Die Klägerin bringt in Rz 75 KS vor, dass angeblich makellose Deutschkenntnisse der Mitarbeiter vorlagen. Es kann jedoch nicht von einer Person (Herr Sami Al-Dschabir) auf alle Beteiligten am Montage- und Inbetriebnahmeprozess geschlossen werden. Zudem waren die mangelhaften Deutschkenntnisse lediglich für den schleppenden Fortgang der Montagearbeiten (Pt 15 Einleitungsantwort) und nicht für einen unangemessenen Gebrauch massgebend.

4.2. Keine Anerkennung der Gewährleistungspflicht i.S.v. Art. 17.3 (K-1)

- 55 In Rz 76 KS bringt die Klägerin vor, dass eine Anerkennung der Gewährleistungspflicht fingiert würde, sofern die Beklagte nicht innert sieben Tagen nach Information über den

Mangel durch die Klägerin fachkundiges Personal zur Behebung desselben bereitstellt. Infolgedessen führt sie in Rz 77 KS aus, dass die Beklagte aufgrund des Eintreffens des Ingenieurs nach zehn Tagen den Mangel anerkannt hat.

- 56 Gemäss Wortlaut von Art. 17.5 (K-1) darf die Auftraggeberin (Klägerin) das Verhalten der Auftragnehmerin (Beklagte) als Anerkennung des Bestehens eines Mangels erachten, wenn die Beklagte der Aufforderung zur Behebung eines Mangels nicht innert sieben Tagen nachkommt. Diese Aufforderung erfordert, anders als die Klägerin annimmt, nicht unbedingt zugleich, fachkundiges Personal nach Art. 17.3 (K-1) vor Ort bereitzustellen. Die Beklagte antwortete innerhalb von zwei Tagen auf das Schreiben der MECC und sicherte zu, dass in wenigen Tagen ein Ingenieur vor Ort sein wird. Das Schreiben der Beklagten enthielt zudem die möglichen Ursachen des Problems und die Einladung, eine Offerte zu erstellen. Zugleich teilte die Beklagte der MECC ihr Anliegen mit, dass das Problem bald möglichst behoben werde und der Betrieb schnellst möglich wieder aufgenommen werden kann. All das deutet klar darauf hin, dass sich die Beklagte mit der Angelegenheit auseinandersetzte und dabei war, weitere Vorkehrungen zur Lösung des Problems zu treffen. Zudem ist zu beachten, dass die Reise des Fachpersonals und dessen Vorbereitung auf den Arbeitseinsatz einige Zeit beanspruchte. Die Beklagte ist also der Aufforderung i.S.v. Art. 17.5 (K-1) rechtzeitig nachgekommen.
- 57 Der Zweck von Art. 17.5 (K-1) ist es, der Auftraggeberin eine schnelle Handlungsmöglichkeit zu gewähren, sofern die Auftragnehmerin ihre Verpflichtungen nicht wahrnimmt. Die Auftraggeberin kann in solch einem Fall selber Handlungen ergreifen, um den Mangel zu beheben. Die Auftragnehmerin muss dann die Kosten übernehmen, weil die Auftraggeberin gemäss Wortlaut von Art. 17.5 (K-1) deren Nichthandeln als Anerkennung des Mangels erachten darf. *Erachten dürfen* heisst, dass eine Anerkennung nicht zwingend anzunehmen ist. Im Kontext des zweiten Satzes des Art. 17.5 (K-1) soll die Auftraggeberin genau dann, und nur dann, eine Anerkennung annehmen dürfen, wenn diese aufgrund des Verhaltens der Auftragnehmerin gezwungen ist, selber Handlungen vorzunehmen. Die Klägerin wusste nichts vom Ausfall des Zentralgetriebes und nahm demzufolge keine Handlungen vor. Ferner informierte die MECC die Beklagte und nicht, wie Art. 17.5 (K-1) vorsieht, die Klägerin über den Ausfall (K-11). Die Klägerin hat somit nicht von einer Anerkennung des Mangels auszugehen.
- 58 Ausserdem ging die Beklagte von Beginn an davon aus, dass kein Mangel im Sinne der Gewährleistung vorliegt (K-11) und daher die Anwendung von Art. 17.5 (K-1) ohnehin nicht in Frage kommt. Folglich liegt keine Anerkennung der Beklagten nach Art. 17.5 (K-1) vor.
- 59 In Rz 79 KS bringt die Klägerin vor, dass die Beklagte die Mangelhaftung anerkannte, indem sie die Ölspritzeinrichtung in der Rechnung (K-14) nicht aufführte. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 24), kann die Nichterwähnung der Ölspritzeinrichtung in der Rechnung keineswegs als

konkludente Anerkennung des Mangels durch die Beklagte gedeutet werden. Die Beklagte ist also nicht zur Gewährleistung verpflichtet. Demzufolge schloss die Beklagte mit der MECC einen neuen, unabhängigen Vertrag zur Vornahme der Reparatur.

4.3. Verstrichene Garantiefrist i.S.v. Art. 15 (K-1)

- 60 Die Klägerin führt aus (Rz 54 KS), dass die in Art. 13.2 (K-1) genannten Punkte alternativ vorliegen müssen. Das Abnahmezertifikat gilt jedoch lediglich als *Bestätigung*. Die beiden Punkte unter 13.2.1 und 13.2.2 sind dann *alternativ* massgebend für eine erfolgte Abnahme.
- 61 Die Klägerin stützt ihre Argumentation, dass eine Abnahme nicht stattgefunden hätte, (Rz 56ff. KS) gänzlich darauf, dass die Beklagte beim Endtestlauf hätte anwesend sein sollen. Dies wurde allerdings nie vereinbart. Laut unmissverständlichem Wortlaut des Anhangs II Terminplanung Ziff. 4 (K-4) ist der technische Service der Beklagten auf die relevanten Zeitabschnitte im Terminplan begrenzt. Dies sind einzig und allein die *Montage- und Inbetriebnahmephase*, wie an mehreren Orten festgehalten wurde (Pt Installation (K-3); Bst. E Ziff. 3 (K-4)). Die Testläufe sind vom Personal der *Klägerin* durchzuführen (Pt Leistungstest (K-3)) und wurden deshalb im Terminplan in der Periode zeitlich *nach* der Inbetriebnahme und von dieser getrennt festgelegt. Für einen erfolgreichen Ausgang des für die Abnahme relevanten Endtestlaufes ist *die Anwesenheit der Beklagten demnach irrelevant*. Die erforderliche Erfüllung aller Leistungsgarantien i.S.v. Art. 13.2.1 (K-1) ist erfolgt, da dies für die letzte Zahlung Voraussetzung ist, eine solche auch getätigt wurde (B-6) und ferner keine Mängel beanstandet wurden. Die Abnahme fand somit am 26.12.2010 statt. Die Klägerin hätte ab diesem Zeitpunkt zwölf Monate Zeit gehabt, allfällige Mängel zu rügen (Art. 17.2 (K-1)), *tat dies aber erst am 11.1.2013*. Die Rüge der MECC vom 8.7.2011 ist mangels Befugnis (vgl. Rz 28) und Substantiierung (vgl. Rz 39) nicht beachtlich. *Die Klägerin verwirkte somit ihren Anspruch auf Gewährleistung*.
- 62 Eine Resolutivbedingung i.S.v. Art. 154 OR würde einen Vertrag auflösen, sobald die Bedingung eintritt. Da erstens mit dem (positiven oder negativen) Ausgang des Leistungstests *kein bestehendes Rechtsgeschäft* dahinfällt (SCHWENZER, N 11.05), ist eine Berufung darauf, wie in Rz 56 KS, in casu nicht möglich. Zweitens stellt der Ausgang des Leistungstests auch generell keine Bedingung im Rechtssinne der Art. 151ff. OR dar. Dies auch wenn das Ereignis für die Parteien subjektiv ungewiss ist, denn das (Nicht-)Funktionieren der Anlage ist objektiv feststehend (SCHWENZER, N 11.02). Weil keine Bedingung vorliegt, kommt auch Art. 156 OR nicht zu Anwendung. Fehlfunktionen werden demnach keine fingiert.
- 63 *Eventualiter*: Auch bei der Ansicht, dass tatsächlich eine Bedingung i.S.v. Art. 151ff. OR vorliegt, kann diese nicht als eingetreten erachtet werden, wenn die Beklagte den Testlauf

nicht begleitete. Dies, da die *Klägerin* für die Durchführung der Testläufe vorgesehen war (vgl. Rz 61) und folglich in der Lage sein musste, *Fehlfunktionen selber zu entdecken*.

II. Eventualiter: Kein Anspruch aus Sachgewährleistung i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR

64 Gemäss Art. 5.1 (K-1) können die geschuldeten Leistungen u.a. Kauf- oder Werkvertragsrecht enthalten. Die Klägerin subsumiert in Rz 32f. KS die Lieferung zweier Zentralgetriebe unter Werkvertragsrecht mit der Begründung, die Arbeitsleistung der Beklagten überwiege die Eigentumsübertragung. Worauf sie diese Annahme stützt, wird nicht klar, hat sie doch keine Einsicht in die Betriebsabläufe der Beklagten, um deren Arbeitsleistung einzuschätzen. Richtig ist, dass zwischen individueller und serienmässiger Herstellung unterschieden werden muss (HONSELL, S. 282). Die Beklagte wurde mit der Lieferung zweier Getriebe beauftragt, die mit einer Typennummer versehen sind. Dabei wurden an den serienmässig hergestellten Grundelementen konkrete Anpassungen gemacht (Ziff. 5 Verfahrensbeschluss Nr. 2). Diese Anpassungen werden sich wohl darauf beschränkt haben, das Getriebe zur Anlage passgenau zu fertigen und nicht etwa ein neues Getriebe zu entwickeln, da ja ein bestimmter Typ bestellt wurde. Folglich kann nicht von einer individuellen Herstellung die Rede sein, weshalb bzgl. des vorgeworfenen Konstruktionsmangels Kaufvertragsrecht zur Anwendung kommt.

65 Laut Art. 197 Abs. 1 OR ist die Kaufsache mangelhaft, wenn ihr Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder erheblich gemindert ist. Dies ist in casu nicht der Fall, denn beide Getriebe waren gebrauchstauglich und entsprachen der Bestellung. Dass der Strom ausfällt, konnte die Beklagte nicht wissen (vgl. Rz 23). Ohnehin hätte die Klägerin als erfahrene Zementwerkkonstrukteurin, die offensichtlich nicht zum ersten Mal ein Getriebe bestellt, vor dem Kauf einschätzen können und auch müssen, ob vorliegender Getriebe-Typ für Ain Dar geeignet ist oder nicht. Die Beklagte jedenfalls hat ihre kaufvertragliche Pflicht zur Beschaffung zweier gebrauchstauglicher und somit mangelfreier Getriebe erfüllt und kann sich mithin von jeglicher Haftung befreien.

III. Keine Schadenersatzpflicht aus Auftrag i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR

66 Die Klägerin bringt in Rz 94f. KS vor, die Beklagte hätte gegen die gesetzliche und vertragliche Sorgfaltspflicht verstossen, indem sie Pflichten delegierte. Woraus die Klägerin sogleich eine Sorgfaltspflichtverletzung aus der Delegation einfacher Aufgaben ableitet, wird nicht klar. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass der Beizug eines Erfüllungsgehilfen stets zulässig ist, wenn dabei untergeordnete Aufgaben übertragen werden (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 529). Zudem sehen Art. 398 Abs. 3 und Art. 399 OR explizit vor, dass Dritte den Auftrag ausführen können. Die Beklagte hatte die Befugnis i.S.v. Art. 399 Abs. 2 OR zur Übertragung auf die Klägerin bzw. MECC, weil die *Klägerin selbst* zur Arbeitserledigung angehalten wurde (vgl. K-8), und sie somit die Übertragung der Aufga-

ben auf sie selbst in der Hand hatte. Indem sie die übertragenen Aufgaben ausführte bzw. nicht insistierte, gab sie der Beklagten die Ermächtigung zur Übertragung. Aus diesem Grund, welcher im Übrigen nicht hervorgebracht wurde, kann sich die Klägerin auch nicht auf Art. 3.4 (K-1) stützen, denn durch ihre konkludente Genehmigung der Auftragsübertragung wurde bzgl. der Leistungserbringung eine einvernehmliche Vertragsänderung vollzogen. Weiter dient Art. 3.4 (K-1) dem Schutz der Klägerin. Da sie nun die übertragenen Aufgaben in der Hand hatte, bedarf sie auch keines Schutzes mehr.

- 67 Die Klägerin macht weiter geltend (Rz 96 KS), die Beklagte hätte eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen, indem die Montage und die Testläufe nicht überwacht wurden. Dem kann nicht gefolgt werden, denn bis zum, nach Terminplan vorgesehenen, Abschlusszeitpunkt der Montagephase (Mitte August 2010) war die Beklagte vor Ort. Am 17.8.2010 reiste Herr Fallet zurück nach Deutschland, da ein Ende der Montagephase nicht absehbar war. Dieses Vorgehen war für alle Beteiligten insbesondere aus ökonomischer Sicht völlig legitim und effizient. Die Beklagte hat mittels geschäftlichem Entgegenkommen die Betreuung sogar noch indirekt fortgeführt, indem sie der Klägerin diverse Unterlagen zur Verfügung stellte (vgl. K-8 und B-4). Auch die Pflicht der Beklagten, die Inbetriebnahmephase zu betreuen, wurde erfüllt. Wie die Klägerin selber ausführt (Pt 18 Einleitungsanzeige), begann diese (verspätet) Mitte September. Die Beklagte stellte zeitgleich Personal zur Verfügung (B-5). Diese Phase dauerte gemäss Terminplan bis Mitte Oktober und begrenzte die Servicepflicht der Beklagten (Rz 61). Eine allfällige Abwesenheit der Beklagten in diesem Zeitraum wurde von der Klägerin nicht beanstandet. Auch war die Beklagte nicht verpflichtet, an den Testläufen anwesend zu sein (Rz 61). Folglich hat die Beklagte aufgrund von Abwesenheiten keine Pflicht verletzt.
- 68 In Rz 97 KS wird geltend gemacht, die Beklagte habe ihre auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht verletzt, indem sie die Klägerin ungenügend benachrichtigte. Ob eine Information an die Klägerin seitens der Beklagten stattgefunden hat oder nicht, ist mangels Beweisen nicht objektiv feststellbar. Des Weiteren stützt sich die Klägerin fälschlicherweise auf Art. 7.2 (K-1). Dabei verkennt sie, dass sich Art. 7 (K-1) ausschliesslich auf den Terminplan i.S.v. Anhang II (K-4) bezieht. Laut Art. 7.2 (K-1) besteht seitens der Beklagten eine Unterrichtungspflicht, die sich auf „den plangemässen Fortgang der Arbeiten und die termingerechte Fertigstellung“ bezieht, also *lediglich auf zeitliche Verzögerungen*. Die Unterrichtungspflicht endet demnach mit der termingerechten Fertigstellung des Werks, welche entsprechend besagtem Terminplan *Ende 2010* erreicht wurde. Die Beklagte erfüllte in diesem Zeitraum alle ihre Pflichten, insbesondere unterrichtete sie die Klägerin darüber, dass der Terminplan aktualisiert werden musste (K-5). Die in Rz 97 KS geltend gemachten Vorwürfe sind folglich unbeachtlich, da sie sich auf Ereignisse im *Sommer 2011* beziehen.

IV. Haftungsausschluss i.S.v. Art. 17.9 (K-1)

69 Die Klägerin führt in Rz 78 KS aus, die Beklagte sei nicht befugt, die Haftung für entstandene Schäden von sich zu weisen und Herrn Fallets Anweisung (K-8) sei eine einseitige Vertragsänderung. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden, denn die Parteien haben in Art. 17.9 (K-1) einvernehmlich vereinbart, dass die Haftung und Verantwortlichkeit der Beklagten für Leistungsgarantien u.a. nur gültig ist, wenn die Bedienungs- und Prüfverfahren zu jeder Zeit den Spezifikationen und Anweisungen der Beklagten entsprechen. Herr Fallet hat in seinem Schreiben (K-8) diesen vereinbarten Haftungsausschluss sogar nochmals wohlwollend der Klägerin in Erinnerung gerufen, um den Eintritt genau jener Situation zu verhindern. Trotzdem wurden beide Getriebe in Abwesenheit der Beklagten bewegt (vgl. B-5). Die Klägerin hat sich dadurch nachweislich der Anweisung, wie das Bedienungsverfahren abzulaufen habe, widersetzt. Sie tat dies sogar noch ein zweites Mal, als sie sich nicht an das Benutzerhandbuch hielt (vgl. Rz 27). Überdies erfüllte die Klägerin ihre Verpflichtungen i.S.v. Art 17.9 (K-1) nicht, da das Verriegelungssystem, dessen Beschaffung in ihrer Verantwortung lag, mangelhaft war (vgl. Rz 44ff.). *Jeder der genannten drei Fälle lässt die allfällige Haftung der Beklagten vollständig wegfallen.*

70 Art. 17.9 (K-1) hält der Schranke von Art. 100 Abs. 1 OR stand, denn die Haftung für Absicht oder Grobfahrlässigkeit wurde nicht ausgeschlossen. Auch liegt keine allgemeine Vertragschranke vor, weil es im Machtbereich der Klägerin lag, das Getriebe zum Laufen zu bringen, womit die Sittenwidrigkeit, welche ein unbestimmtes Risiko oder ein Ausliefern an die Gegenpartei beinhalten müsste, ausscheidet. Genauso liegt weder Rechtsmissbrauch noch ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung vor (zum Ganzen: BUOL, N 321ff.).

V. Kein Anspruch aus Konventionalstrafe i.S.v. Art. 160 Abs. 2 OR / Art. 17.3 (K-1)

71 Der Rahmenvertrag und somit die darin vereinbarte Konventionalstrafe kommen nicht zur Anwendung (1.). Auch wenn das Schiedsgericht eine andere Ansicht vertreten sollte, ist der Anspruch auf Anwendung der Konventionalstrafe zu verneinen, da keine Reparatur i.S.v. Art 17.3 (K-1) vorliegt (2.) und die Beklagte kein Verschulden trifft (3.).

1. Keine Anwendung von Art. 17.3 (K-1)

72 Die Vertragsstrafe nach Art. 17.3 (K-1) ist anwendbar, wenn die Beklagte im Rahmen der Gewährleistungserfüllung nach Art. 17 (K-1) die Reparatur aufgrund eigenen Verschuldens innerhalb von drei Wochen nicht vornimmt. Wie oben erläutert (vgl. Rz 19ff.), hat die Beklagte *keine* Pflicht zur Erfüllung einer Gewährleistung. Die Reparaturleistung an die MECC ist als ein separater Reparaturvertrag zwischen der MECC und der Beklagten zu qualifizieren (vgl. Rz 34). Dieser steht in keiner Verbindung zu K-1 bzw. zu Art. 17 (K-1), weshalb die Vertragsstrafe nach Art. 17.3 (K-1) keineswegs Anwendung findet.

2. Eventualiter: Keine Reparatur i.S.v. Art. 17.3 (K-1)

- 73 Laut Ausführungen der Klägerin in Rz 109 KS stellt der Einbau der Ölspritzeinrichtung eine Reparatur i.S.v. Art. 17.3 (K-1) dar, da diese den Primärmangel behebe. Dem ist nicht zu entsprechen. Der Einbau der Ölspritzeinrichtung war ein Upgrade (vgl. Rz 20ff.). Es handelte sich dabei um das Hinzufügen eines komplett neuen Bestandteils.
- 74 In Rz 110 KS bringt die Klägerin vor, dass nie eine Reparatur vorliegen würde, wenn jegliche Handlungen, bei denen Komponenten ausgewechselt werden, als *Auswechslung* qualifiziert würden. Eine Reparatur kann aber genau dann vorliegen, wenn eine Komponente nicht ausgewechselt werden muss, um eine solche in den mängelfreien Zustand zu versetzen bzw. den Defekt der Komponente zu beheben. Eine *Reparatur* nach Art. 17.3 (K.1) liegt also genau dann vor, wenn keine *Auswechslung* notwendig ist.
- 75 Gemäss Wortlaut von Art. 17.3 (K-1) muss die Auftragnehmerin die *Reparatur* innerhalb von drei Wochen vornehmen, ansonsten kann die Auftraggeberin eine Vertragsstrafe geltend machen. Das *Auswechsln von Material* wird in Art. 17.3 (K-1) ebenfalls genannt und zwar unter dem Gesichtspunkt der Anerkennung der Gewährleistungspflicht. Die *Auswechslung* fällt aber gemäss Wortlaut nicht unter die Vertragsstrafe. Wäre auch die *Auswechslung* für die Geltendmachung der Konventionalstrafe massgebend, wäre diese explizit genannt worden, wie das bei der *Reparatur* geschehen ist. Die Vertragsstrafe nach Art. 17.3 (K-1) bezweckt, dass die Auftragnehmerin die Reparatur so schnell wie möglich vornimmt. Dies kann innerhalb von drei Wochen verlangt werden, da diese das Werk erstellte, mit der Materie vertraut ist und ohne externe Hilfe das Werk wieder in den mängelfreien Zustand versetzen kann. Wurde aber eine Komponente so stark beschädigt, dass diese durch eine Reparatur nicht wieder instand gesetzt werden kann und eine *Auswechslung* notwendig ist, so ist nach allgemeiner Erfahrung eine dreiwöchige Frist zu kurz berechnet. Die Auftragnehmerin ist bei der *Auswechslung* auf externe Mitwirkung angewiesen. Die Beklagte hat nicht zwingend alle Bestandteile auf Lager und muss deshalb von einer externen Unternehmung beliefert werden.
- 76 In Rz 111 KS bringt die Klägerin vor, dass *Reparaturen* nebst *Auswechslungen* vorlagen. Dem ist zwar nicht direkt zu widersprechen, es bedeutet aber, dass das Zentralgetriebe II erst wieder mangelfrei geliefert werden konnte, als die wesentlichen Bestandteile ausgewechselt wurden. Die Lieferungsverzögerung war schlussendlich auf die *Auswechslung* bedeutender Teile zurückzuführen. Die Reparatur der Teile, welche nicht ausgewechselt werden mussten, war in casu nicht massgebend. Demnach handelte sich bei der Leistung der Beklagten im Wesentlichen um eine *Auswechslung*. Die Frist von drei Wochen war nicht einzuhalten.

3. Subeventualiter: Exkulpation der Beklagten

- 77 Die Klägerin führt in Rz 115 KS aus, dass durch die Nennung eines Exkulpationsgrundes kein Verschulden der Beklagte notwendig sei, um die Vertragsstrafe geltend zu machen. Die Konventionalstrafe kann nur gefordert werden, wenn den Schuldner ein Verschulden trifft, ausser die Parteien haben etwas anderes vereinbart (Art. 163 Abs. 2 OR). Ist die Leistung aber durch einen in der Person des Schuldners eingetretenen Zufall unmöglich geworden, so kann die Strafe nicht gefordert werden; ansonsten würde diese ihren Strafcharakter verlieren und eine Erfolgsgarantie-Leistung darstellen (BUCHER, S. 527). Die Einführung des Art. 14.2 (K-1), welcher eine Exkulpation bei Vorliegen höherer Gewalt vorsieht, bezweckt nur den Strafcharakter der Vertragsstrafe zu realisieren und bedingt keineswegs das Verschulden weg.
- 78 In Rz 116f. KS bringt die Klägerin vor, ein Verschulden der Beklagten liege vor, da diese auch für die Lieferschwierigkeiten von Dritten einzustehen habe. Die Klägerin stützt dies darauf, dass die Beklagte schon im Voraus Ersatzteile für eine mögliche spätere Reparatur hätte beschaffen müssen und aufgrund ihrer Erfahrung die Lieferschwierigkeiten hätte antizipieren können. Dem kann keineswegs gefolgt werden. Die Beklagte kann nicht ahnen, dass eine Reparatur notwendig ist und welche Teile auszuwechseln sind. Es wäre unverhältnismässig zu verlangen, dass sie jegliche Ersatzteile schon vorbestellt. Die Kosten und der administrative Aufwand wären zu gross. Des Weiteren würden bei einer Auswechslung nicht alle bestellten Teile verwendet, weshalb jegliche umsonst produziert und bestellt worden wären.
- 79 Die Klägerin führt weiter aus, dass die Beklagte nach den Inspektionsarbeiten die Teile hätte bestellen können und sie deshalb die Bestellung nicht rechtzeitig vorgenommen habe. Die Klägerin zeigt keinerlei Tatsachen auf, welche beweisen, wann die Beklagte die Bestellung vorgenommen hat und dass die Aufgabe jener Bestellung zu spät erfolgt ist.
- 80 Es ist mithin weder erkennbar, dass die Beklagte die Teile hätte vorbestellen sollen, noch dass sie die Bestellung zu spät vorgenommen hatte. Die Beklagte ist ihren Pflichten zeitgerecht nachgekommen. Ein Verschulden der Beklagten ist in casu nicht ersichtlich.

C. Gesamtfazit

- 81 Auf die Klage ist nicht einzutreten, da das Schiedsgericht in München aufgrund Vorrangs der erfolgreich eingebrachten, formgültigen Schiedsklausel in B-1 zuständig ist. Eventualiter ist die Klage abzuweisen, da keine Gewährleistungspflicht und folglich kein Anspruch aus Konventionalstrafe besteht. Ebenso liegt kein Anspruch aus Sachgewährleistung oder Auftrag vor.

Wir ersuchen Sie höflich, den eingangs gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 2