

Moot Court Team 4

Patrik Dudar

Reda Elhanafy

Benjamin Enz

Yasmin Perez Sanchez

Einschreiben

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

Bleicherweg 5

Postfach 3058

CH-8022 Zürich

18. 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 7

gegen

Feller Gear AG

Hirschstrasse 22

D-70173 Stuttgart

Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team 4

Sehr geehrte Frau Präsidentin

Sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir, unter Einhaltung der vom Schiedsgericht angesetzten Fristen, folgende

Rechtsbegehren:

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Kommentare	V
Lehrbücher.....	VI
Entscheidverzeichnis	VIII
Publizierte Entscheide des Bundesgerichts	VIII
Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts	VIII
Abkürzungsverzeichnis	IX
I. Formelles	1
A. Gehörige Vollmacht liegt vor	1
B. Anwendbares Recht	1
C. Das schweizerische Schiedsgericht ist nicht zuständig	1
1. Gültigkeit der Schiedsklausel des Art. 23 RV	1
2. Gültigkeit der Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB	1
3. Vorrang der Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB vor der Klausel in Art. 23.1 RV	1
4. Integration der AGB in den EV	2
5. Die AGB wurden nicht durch eine Globalübernahme in den EV übernommen	3
6. Eventualiter: Art. 18.1 AGB ist keine ungewöhnliche Klausel für den Fall, dass sich die Klägerin auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen hätte	3
7. Eventualiter: Die AGB stellen einen Antrag zu einer Vertragsänderung des RV dar, welchen die Klägerin stillschweigend angenommen hat	4
8. Fazit: Die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB ist anwendbar und das schweizerische Schiedsgericht ist unzuständig.....	5
II. Materielles	5
A. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährleistung aus Art. 17 RV	5
1. Kein Vorliegen eines Werkmangels.....	5
a) Kein Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft.....	5
b) Kein Fehlen von vorausgesetzten Eigenschaften	7
2. Der Anspruch auf Gewährleistung ist aufgrund der Genehmigung des Werkes nach Art. 370 Abs. 2 OR verwirkt	8
3. Der Gewährleistungsanspruch ist gem. Art. 17.2 RV verjährt.....	9
4. Einrede des Haftungsausschlusses durch die Beklagte nach Art. 17.9 RV	10
5. Eventualiter: Kein Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens gem. Art. 368 Abs. 2 OR mangels Kausalität.....	11

B. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung gem. Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 i.V.m Art. 398 Abs. 2 OR	12
1. Die Beklagte unterliegt keiner Sorgfaltspflichtverletzung	13
2. Das Handeln der Beklagten war nicht kausal für den Schaden der Klägerin.....	16
3. Die Beklagte handelte nicht schuldhaft.....	17
4. Einrede der Verwirkung der Ansprüche der Klägerin.....	18
C. Die Beklagte unterliegt keiner Konventionalstrafe nach Art. 14.3 i.V.m. Art. 17.3 RV i.H.v. EUR 108'000.00	18
1. Keine Anwendung von Art. 17.3 RV mangels Vorliegens eines Mangels	18
2. Eventualiter: Keine Ausübung des Nachbesserungsrechts durch die Klägerin.....	18
3. Eventualiter: Reparatur richtet sich auf den Mangel, nicht auf den Schaden.....	19
4. Subeventualiter: Antrag der Beklagten auf richterliche Herabsetzung der Konventionalstrafe gem. Art. 163 Abs. 3 OR auf 10%.....	20

Literaturverzeichnis

Kommentare

BK OR-KRAMER

Zitiert in Rz. 9

MEIER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. IV, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986

BK OR-FELLMANN

Zitiert in Rz. 74, 82

HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. IV, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 4. Auflage, Bern 1992

BSK OR-BUCHER

Zitiert in Rz. 15

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

CR CO-CHAPPUIS

Zitiert in Rz. 35

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.),
Commentaire romand, Code des obligations I,
art. 1-529 CO, 2. Auflage, Basel 2012

ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI

Zitiert in Rz. 15

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER JÖRG
(Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivil-
recht (Zürcher Kommentar), Bd. V/1a, Art. 1-17
OR, 3. Auflage, Zürich 1973

Lehrbücher

DERENDINGER

Zitiert in Rz. 66

DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die
nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags,
2. nachgeführte Auflage, Freiburg 1990

FURRER/MÜLLER-CHEN

Zitiert in Rz. 9

FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS,
Obligationenrecht Allgemeiner Teil,
Zürich/Basel/Genf 2008

GAUCH

Zitiert in Rz. 23, 41, 44, 88

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

GUHL/KOLLER

Zitiert in Rz. 9

GUHL THEO/KOLLER ALFRED, Das Schweizeri-
sche Obligationenrecht, mit Einschluss des Han-
dels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Zürich
2000

HUGUENIN

Zitiert in Rz. 11, 15, 19, 43

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allge-
meiner und Besonderer Teil, Zürich 2012

KOLLER

Zitiert in Rz. 11

KOLLER ALFRED, Schweizerisches
Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage,
Bern 2009

LOCHER

Zitiert in Rz. 66

LOCHER CHRISTOPH, Die Bauleitung, in:

STÖCKLI HUBERT/SIEGENTHALER THOMAS

(Hrsg.), Die Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Zürich/Basel/Genf 2013

SCHUMACHER

Zitiert in Rz. 66

SCHUMACHER RAINER, Die Haftung des Archi-

tekten aus Vertrag, in: GAUCH PETER/TERCIER

PIERRE (Hrsg.), Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, 3. Auflage, Freiburg 1995

SOGO

Zitiert in Rz. 16

SOGO MIGUEL, Schiedsgerichtsbarkeit, in:

MEIER ISAAK (Hrsg.), Schweizerisches Zivilpro-

zessrecht, eine kritische Darstellung aus Sicht

von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010

Entscheidungsverzeichnis

Publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGE 63 II 180	Zitiert in Rz. 41
BGE 77 II 154 E. 4	Zitiert in Rz. 9
BGE 82 II 142 E. 3	Zitiert in Rz. 95
BGE 91 II 372 E. 11	Zitiert in Rz. 95
BGE 105 II 200 E. 6a	Zitiert in Rz. 95
BGE 109 II 452 E. 5a	Zitiert in Rz. 15
BGE 114 II 264 E. 1a	Zitiert in Rz. 95
BGE 115 II 62 E. 3a	Zitiert in Rz. 82
BGE 115 II 456 E. 4	Zitiert in Rz. 44
BGE 115 V 22 E. 3a	Zitiert in Rz. 42
BGE 119 II 429 E. 3b	Zitiert in Rz. 42
BGE 121 III 358 E. 5	Zitiert in Rz. 80
BGE 124 III 155 E. 3d	Zitiert in Rz. 80
BGE 125 III 263 E. 4b	Zitiert in Rz. 7

Nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts

BGer 4C.149/2001 vom 19.12.2001 E. 5	Zitiert in Rz. 37
BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003 E. 3.1	Zitiert in Rz. 9
BGer 4C.82/2004 vom 3.5.2004 E. 2.3	Zitiert in Rz. 41
BGer 4C.346/2003 vom 26.10.2004 E. 4.1.1	Zitiert in Rz. 37
BGer 4C.346/2003 vom 26.10.2004 E. 4.2.1	Zitiert in Rz. 89
BGer 4C.106/2005 vom 7.10.2005 E. 3.3	Zitiert in Rz. 92
BGer 4C.106/2005 vom 7.10.2005 E. 5.2	Zitiert in Rz. 54
BGer 4C.427/2005 vom 4.5.2006 E. 2.1	Zitiert in Rz. 11
BGer 4C.421/2006 vom 4.4.2007 E. 5.2	Zitiert in Rz. 37
BGer 4A.51/2007 vom 11.9.2007 E. 4.5	Zitiert in Rz. 41
BGer 4C.360/2004 vom 19.1.2005 E. 5.2	Zitiert in Rz. 95

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
BGE	Entscheide der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
Bst.	Buchstabe
bzgl.	bezüglich
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
E-Antw.	Einleitungsantwort
E-Anz.	Einleitungsanzeige
EV	Einzelvertrag CDAG GETR-002-2008
f. / ff.	folgende Seite(n)
gem.	gemäss
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
IBA-Regeln	IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vom 29. Mai 2010
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (SR 291)
i.H.v.	in Höhe von
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
MECC	Middle East Cement Company
N	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
RepV	Reparaturvertrag
RV	Rahmenvertrag CDAG GETR-01-2008
Rz.	Randziffer
S.	Seite

s.	siehe
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Swiss Rules	Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012
vgl.	vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar

I. Formelles

- 1 Die Beklagte wird im Folgenden darlegen, dass das Schiedsgericht mit Sitz in Zürich für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht zuständig sei, weil die Parteien vereinbart haben, alle Streitigkeiten nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. entscheiden zu lassen.

A. Gehörige Vollmacht liegt vor

- 2 Das unterzeichnende Moot Court Team 4 ist gehörig bevollmächtigt.

B. Anwendbares Recht

- 3 Gem. Ziff. 6 des Konstituierungsbeschlusses und des Verfahrensbeschlusses Nr. 1 richtet sich das Schiedsverfahren nach Kapitel 12 des IPRG und der Swiss Rules of International Arbitration vom Juni 2012 (nachfolgend Swiss Rules). Bezüglich Fragen zur Anordnung in der Beweisaufnahme wird das Schiedsgericht die IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit 2010 (nachfolgend IBA Rules) berücksichtigen, ohne an diese gebunden zu sein.

C. Das schweizerische Schiedsgericht ist nicht zuständig

1. Gültigkeit der Schiedsklausel des Art. 23 RV

Zu Rz. 4-7 und Rz. 15 der Klageschrift (nachfolgend «Zu Rz. ...»)

- 4 Die Beklagte bestreitet nicht, mit der Klägerin in Art. 23 RV eine gültige Schiedsklausel vereinbart zu haben, in welcher das schweizerische Schiedsgericht in Zürich für zuständig erklärt wurde. Sie macht hingegen geltend, dass die Schiedsklausel in Art. 23.1 RV hinter die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB zurücktritt.

2. Gültigkeit der Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB

Zu Rz. 7-8 und Rz. 15

- 5 Wie die Klägerin korrekt erkennt, ist die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB formell einwandfrei. Im Folgenden soll dargelegt werden, dass die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB materiell gültig ist, weil bezüglich ihrer Integration in den EV Konsens bestand.

3. Vorrang der Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB vor der Klausel in Art. 23.1 RV

Zu Rz. 11-12

- 6 Die Klägerin argumentiert, dass die Schiedsklausel der AGB auch bei korrektem Einbezug in den EV keine Geltung erlangen würde. Sie begründet dies damit, dass die Regelungen des RV und damit die Schiedsklausel in Art. 23.1 AGB absoluten Vorrang vor den Normen des EV

und der Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB erhalten. Die Klägerin untermauert ihre Aussage mit Art. 1.3 AGB, wonach den AGB entgegenstehende schriftliche Vereinbarungen im Vertrag vorgehen.

- 7 Der Klägerin ist in dem Punkt zuzustimmen, dass bei einem Normenkonflikt innerhalb eines Vertrages eine individuelle Norm Vorrang vor einer entgegenstehenden AGB-Klausel hat (BGE 125 III 263 E. 4b). Wie die Klägerin erkannt hat, ist mit dem Begriff «Vertrag» in Art. 1.3 AGB der EV gemeint. Das Argument der Klägerin, dass die Schiedsklausel in Art. 23.1 RV als Teil des EV angewendet werden soll, ist jedoch aus folgendem Grund zu widerlegen: In Art. 1.1–1.3 RV halten die Parteien fest, dass der RV nur die Rahmenbedingungen der Geschäftsbeziehung regelt und durch einen später abgeschlossenen individuellen EV konkretisiert wird. Daraus kann sich nur ergeben, dass, im Falle einer Abweichung zwischen RV und EV, für das konkrete Projekt der EV als konkreterer Vertrag vorgeht. Folglich geht die neuere Schiedsklausel von Art. 18.1 AGB als Bestandteil des EV der abweichenden älteren und rahmenvertraglichen Schiedsklausel von Art. 23.1 RV vor.
- 8 Da sich im EV selbst keine Norm befindet, welche den AGB entgegensteht, widerspricht Art. 18.1 AGB keiner individuellen Abrede im Vertrag, was gem. Art. 1.3 AGB für einen Rücktritt der Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB notwendig wäre.

4. Integration der AGB in den EV

Zu Rz. 13-15

- 9 Wie bereits dargelegt, würden die AGB als Teil des EV gegenüber den RV vorgehen (vorne Rz. 7-8). Damit die AGB innerhalb eines Vertrages Geltung erlangen, müssen sie in den Vertrag integriert werden (BK OR-KRAMER, Art. 1 N 52). Der Einbezug erfolgt, indem während der Vertragsverhandlungen auf die AGB verwiesen wird (GUHL/KOLLER, § 13 N 50; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 4 N 77). Es ist erforderlich, dass der Empfänger Kenntnis vom Inhalt der AGB erlangt (BGE 77 II 154 E. 4). Dies setzt voraus, dass die AGB vollständig und in lesbarer Form übergeben werden (BK OR-KRAMER, Art. 1 N 207). Die Einwilligung in die AGB erfolgt ausdrücklich oder stillschweigend (BGer 4C.282/2003 E. 3.1).
- 10 Vorliegend wurde die Klägerin auf dem Bestellschein vom 13. November 2008 (**K-2**) auf die AGB hingewiesen. Der Einwand der Klägerin, sie hätte die AGB zum ersten Mal am 17. November 2008 erhalten, ist nicht zu hören. Der Klägerin wurden die AGB, wie sie selber zugibt, auf eigenes Verlangen hin ausgehändigt (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 7). Die Klägerin ist ein erfahrenes und weltweit tätiges Unternehmen (**K-1**, Präambel). Als solches hat sie die AGB vor Vertragsschluss verlangt und ausgehändigt erhalten. Mit den zwölf E-Mails vom 17. November 2008 (**B-2**) wurden der Klägerin mehrere mit dem gemeinsamen

Projekt zusammenhängende Dokumente verschickt. Darunter auch die AGB (**B-3**), welche nochmals elektronisch zugesandt wurden. Folglich hätte die Klägerin die Möglichkeit gehabt, vor Vertragsschluss vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen.

5. Die AGB wurden nicht durch eine Globalübernahme in den EV übernommen

Zu Rz. 16

- 11 Die Klägerin macht geltend, sie habe in die AGB nur durch Globalübernahme eingewilligt. Bei der Globalübernahme wird pauschal in die AGB eingewilligt, ohne die Bestimmungen vorher zu lesen (BGer 4C.427/2005 E 2.1). Es gilt die Vermutung, dass die AGB jeweils global übernommen werden (HUGUENIN, N 618). Werden die AGB jedoch gelesen und zur Kenntnis genommen, liegt entgegen dieser Vermutung eine Vollübernahme vor (KOLLER, § 23 N 23).
- 12 Die Klägerin äussert sich vorliegend in keiner Weise dazu, warum im vorliegenden Fall eine Globalübernahme stattgefunden haben soll. Für die Beklagte ist es daher unverständlich, weshalb sich die Klägerin auf eine Globalübernahme beruft. Wie die Klägerin selber zugibt, war sie es, welche die AGB bei der Beklagten angefragt hat (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 7). Der einzige plausible Grund, weshalb die Klägerin von sich aus nach den AGB der Beklagten fragte, ist, dass sie ein Interesse am Inhalt der AGB hatte. Es macht aus Sicht der Beklagten überhaupt keinen Sinn, fremde AGB zu verlangen, ohne deren Inhalt zur Kenntnis nehmen zu wollen. Das Interesse der Klägerin an den AGB der Beklagten spricht vorliegend für eine Vollübernahme der AGB. Deshalb ist hier entgegen der Vermutung der Globalübernahme von einer Vollübernahme auszugehen. Somit ist das Argument der Klägerin bzgl. der Globalübernahme, nicht zu hören.
- 13 Da keine Globalübernahme vorliegt, könnte sich die Klägerin auch nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen.

6. Eventualiter: Art. 18.1 AGB ist keine ungewöhnliche Klausel für den Fall, dass sich die Klägerin auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen hätte

- 14 Für den Fall, dass das Schiedsgericht zum Schluss kommen sollte, dass die Klägerin die AGB nicht zur Kenntnis genommen hat und folglich eine Globalübernahme vorliegt und sich die Klägerin auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen hätte, soll im Folgenden erläutert werden, weshalb Art. 18.1 AGB keine ungewöhnliche Klausel darstellt.
- 15 Eine ungewöhnliche Klausel darf nicht leichtfertig angenommen werden (ZK ORSCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 499), weil die zustimmende Partei bei der Globalübernahme eine gewisse Unsicherheit bewusst in Kauf nimmt (HUGUENIN, N 620). Die Ungewöhnlich-

keitsregel soll nur vor vollkommen überraschenden Klauseln schützen, welche nicht in den zu den AGB gehörigen Vertrag passen (BSK OR-BUCHER, Art. 1 N 60). Auf die Ungewöhnlichkeit einer AGB-Klausel kann sich nur die schwächere Partei berufen (BGE 109 II 452 E. 5a). Als schwächere Vertragspartei gilt jede Partei, welche gezwungen ist, die AGB der anderen Partei zu akzeptieren, weil sie sonst kaum einen anderen Geschäftspartner findet (BGE 109 II 452 E. 5a).

16 Schiedsklauseln haben besonders im internationalen Handel eine grosse Bedeutung (SOGO, S. 601). Vorliegend geht es um eine Geschäftsbeziehung zwischen zwei international tätigen und erfahrenen Unternehmen. Es ist naheliegend, dass das international tätige Unternehmen wie die Klägerin oder auch die Beklagte in ihren AGB, welche für eine Vielzahl von Verträgen gelten, Klauseln einfügte, welche ihm einen günstigen Gerichtsstand oder eine günstige Schiedsklausel bieten. Folglich ist es nicht überraschend, dass die Beklagte als führende Herstellerin und Entwicklerin von Komponenten der Antriebstechnik in ihren AGB eine Schiedsklausel einbaute, welche ein deutsches Schiedsgericht für zuständig erklärt.

17 Des Weiteren könnte sich die Klägerin nicht darauf berufen, die schwächere Partei gewesen zu sein. Ein Unternehmen, das wie die Klägerin weltweit tätig ist, kennt sich erstens im internationalen Handel aus und weiss um die Bedeutung von Schiedsklauseln in diesem Bereich. Zweitens ist ein Unternehmen wie die Klägerin keine schwache Partei, welche gezwungen wird, einen Vertrag abzuschliessen. Schliesslich ist die Klägerin weltweit tätig und damit nicht zwingend auf eine Geschäftsbeziehung mit der Beklagten angewiesen.

Nach Berücksichtigung der genannten Erwägungen wäre eine ungewöhnliche Klausel zu verneinen, würde sich die Klägerin darauf berufen. Damit ist die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB korrekt in den EV übernommen und auch materiell gültig.

7. Eventualiter: Die AGB stellen einen Antrag zu einer Vertragsänderung des RV dar, welchen die Klägerin stillschweigend angenommen hat

Zu Rz. 13 und 16

18 Sollte das Schiedsgericht zum Schluss gelangen, dass die AGB nicht gültig in den EV übernommen worden sind, sei Folgendes anzufügen.

19 Werden die AGB nach Vertragsabschluss zugesandt, liegt ein Antrag auf Vertragsänderung vor (HUGUENIN, N 615). Damit sind die AGB als Antrag zur Änderung der Bestimmungen des RV für das mit dem EV verbundene Projekt zu interpretieren. Wie bereits erläutert, konnte und musste die Beklagte aufgrund des Verhaltens der Klägerin davon ausgehen, dass Letztere vom Inhalt der AGB Kenntnis genommen hatte (vorne Rz. 11-12). Da die Parteien vorliegend eine langfristige Geschäftsbeziehung aufzubauen planten (**K-1**, Präambel), konnte

und musste die Beklagte das Schweigen der Klägerin nach Treu und Glauben als stillschweigende Annahme der Vertragsänderung werten. Folglich kam es durch das Schweigen der Klägerin zu einer Änderung des RV für das aktuelle Projekt und seinen EV. Damit wird die ältere Schiedsklausel von Art. 23.1 RV durch die neuere Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB ersetzt.

8. *Fazit: Die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB ist anwendbar und das schweizerische Schiedsgericht ist unzuständig*

20 Die AGB der Beklagten sind anwendbar. Gem. Art. 18.1 AGB sind alle Streitigkeiten, die sich aus einem Vertrag ergeben, auf den die AGB anwendbar sind, nach der DIS endgültig zu entscheiden. Da es sich hierbei unbestrittenermassen um eine solche Streitigkeit handelt, ist das deutsche Schiedsgericht mit Sitz in München zuständig. Damit ist das schweizerische Schiedsgericht mit Sitz in Zürich für die Klage nicht zuständig.

II. Materielles

A. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährleistung aus Art. 17 RV

1. *Kein Vorliegen eines Werkmangels*

a) Kein Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft

Zu Rz. 27-28

21 Die Klägerin geht davon aus, dass das Zentralgetriebe II nicht dem in Art. 5 RV vereinbarten aktuellen Stand der Branche und Technik entspreche, da die Beklagte es unterlassen habe, die neu konzipierte Ölspritzeinrichtung einzubauen.

22 Die Klägerin verkennt, dass sich diese vertragliche Vereinbarung vorliegend nicht auf das abgelieferte Werk bezieht, sondern auf die vereinbarte Leistung in Form der Erstellung der Anlage. Art. 5.5 RV bestimmt, dass Leistungen dem Stand der Technik entsprechen müssen. Was unter Leistungen im Sinne dieses Vertragswerks zu verstehen ist, wird in Art. 5.1 RV abschliessend geregelt. Leistungen sind die Erstellung, Bereitstellung und Ablieferung von Ergebnissen und Resultaten. Der Vorwurf der Klägerin bzgl. der fehlenden Ölspritzeinrichtung bezieht sich chronologisch und systematisch betrachtet auf den Zeitraum der im Einzelvertrag vereinbarten Spezifikation der Anlagen (**K-3**; **K-4 B.**). Der Vertragspunkt Spezifikation beinhaltet die faktische Umsetzung der vereinbarten Voraussetzungen, erstreckt sich also über den Zeitraum von der technischen Planung bis hin zur Herstellung der Anlagen. Sie ist daher die vertraglich vereinbarte Leistung in Gestalt der Erstellung der Anlagen gem. Art. 5.1 RV. Folglich muss gem. Art. 5.5 RV die Erstellung, also Planung und Herstellung,

der Anlagen dem Stand der Technik entsprechen, nicht das vollendete Werk im Zeitpunkt der Ablieferung.

- 23 Die Erstellung entspricht grammatikalisch betrachtet dann dem Stand der Technik, wenn die technische Planung unter Verwendung und Einbezug aller zu dieser Zeit effektiv als richtig anerkannten und praktisch bewährten zur Verfügung stehenden technischen Regeln erfolgt und die Herstellungsprozesse dem aktuellen technischen Knowhow der Branche entsprechen (GAUCH, N 842 ff.). Dies ergibt sich ebenfalls aus Treu und Glauben, da jeder Besteller ein wesentliches Interesse daran hat, dass der Unternehmer für die Erstellung seines Werkes ausschliesslich die wissenschaftlich neuste und praktisch bewährte Technik gem. dem Stand der Branche zur Zeit des Vertragsschlusses verwendet. Darauf lässt der Umstand schliessen, dass ein Unternehmer bei der Verwendung der zwar wissenschaftlich neusten, aber praktisch (noch) nicht bewährten Technik verpflichtet ist, den Besteller über das damit verbundene Risiko zu informieren und seine vertragliche Einwilligung einzuholen (GAUCH, N 848).
- 24 Die Beklagte schloss die technische Planung der Anlagen am 16. Januar 2009 ab und begann daraufhin mit deren Herstellung. Die von der Beklagten im Jahre 2008 designte Ölspritzeinrichtung wurde bei ähnlichen Projekten frühestens am kalendarischen Winterbeginn des Jahres 2009, am 21. Dezember 2009, in andere Anlagen eingebaut (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 1). Daraus lässt sich ableiten, dass die technische Planungsphase dieser Anlagen frühestens am 21. Juli 2009 begonnen hat (fünf Monate vor dem Herstellungsbeginn). Dementsprechend war diese Ölspritzeinrichtung erst zu dieser Zeit genügend ausgetestet, um den Anforderungen der praktischen Bewährung standhalten zu können. Zwischen dem Ende der technischen Planung des Getriebes II und dem frühesten Beginn der technischen Planphase der Anlagen mit dieser Ölspritzeinrichtung liegen sechs Monate, in denen sich diese Ölspritzeinrichtung noch in einer Testphase befand und ihre möglichen Risiken und deren effektive Funktionstauglichkeit noch nicht adäquat eingeschätzt werden konnten.
- 25 Wie die Klägerin richtig feststellt, wurde diese spezielle Ölspritzeinrichtung nicht als notwendige Spezifikation im EV vereinbart, und zwar deshalb, weil sie die Klägerin nicht dem Risiko einer neu designten, aber nicht praktisch bewährten Ölspritzeinrichtung aussetzen wollte, sondern die Sicherheit der Anlage durch ein praktisch bewährtes und anerkanntes Ölsystem bewahren mochte, welches dem damaligen Stand der Technik und Branche entsprach. Es gibt auch keine Hinweise darauf, dass mit der Beklagten vergleichbare Unternehmen zu dieser Zeit eine solche spezielle Ölspritzeinrichtung bereits verwendet hätten. Die Beklagte hätte keinerlei Gründe dafür gehabt, die spezielle Ölspritzeinrichtung nicht einzubauen, wenn sie zu diesem Zeitpunkt bereits praktisch bewährt gewesen wäre. Dies zeigt sich darin, dass sie

im Zuge der Reparatur vom Getriebe II die spezielle Öspritzeinrichtung unentgeltlich als Upgrade eingebaut hatte, damit das Getriebe auf den neuen Stand der Technik gebracht werden konnte. Die Beklagte war von Anfang an daran interessiert, der Klägerin beste Leistungen zu erbringen, da ihr Ziel eine langjährige Geschäftsbeziehung mit jener war (RV, Präambel).

26 Die Erstellung der Anlage entsprach somit dem Stand der Technik i.S.v. Art. 5.5 RV. Es liegt, entgegen der Behauptung der Klägerin, kein Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft vor.

b) Kein Fehlen von vorausgesetzten Eigenschaften

Zu Rz. 29-32

27 Die Klägerin ist der Auffassung, dass das Getriebe II für die Bedingungen in Saudi-Arabien nicht zum Gebrauch tauglich war, da das vorhandene Ölschmierungs-system bei einem der häufigen Stromausfälle das Getriebe nicht genügend ölen konnte.

28 Die Klägerin verkennt, dass das Getriebe II bei richtiger Bedienung dazu imstande war, das Zementwerk II trotz der häufigen Stromausfälle zu betreiben. Bei der Befolgung der Anweisungen in der Bedienungsanleitung, dass das Getriebe nur mithilfe des Hauptmotors oder des Nebenantriebmotors gestartet oder betrieben werden darf und dass es nur mit einer gewissen Maximalgeschwindigkeit bei einer gewissen Ladung betrieben werden darf, wäre die genügende Ölschmierung ohne weiteres gewährleistet gewesen. Darüber hinaus hatten auch Mängel am Verriegelungssystem, für welches die Klägerin verantwortlich war (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 12), zu einer ungenügenden Ölschmierung beigetragen (**E-Antw.**, N 22-24).

29 Die Beklagte lieferte zwei Getriebe, welche aus zwei identischen Sets bestanden (**E-Antw.**, N 7; **K-2**; **K-3**) und welche für den gleichen Zweck, nämlich das Betreiben zweier identischer Zementwerke am selben Betriebsort und somit unter denselben Bedingungen, zum Einsatz kamen. Das Getriebe I betrieb das Zementwerk I durchgehend einwandfrei. Es gab trotz der häufigen Stromausfälle nie Anzeichen für eine ungenügende Ölschmierung oder dergleichen. Aus dem Umstand, dass das Getriebe I mit dem Getriebe II identisch und folglich mit demselben Ölsystem ausgestattet ist und denselben Zweck unter den gleichen Bedingungen durchgehend erfolgreich erfüllt, lässt sich eindeutig schliessen, dass die mangelnde Ölversorgung im Getriebe II auf eine fehlerhafte Bedienung zurückzuführen ist. Das Getriebe I war folglich zum Gebrauch zu den Bedingungen in Saudi-Arabien tauglich. Somit ist es unmöglich, dass das Getriebe II nicht gebrauchstauglich war.

30 Die Gebrauchstauglichkeit vom Getriebe II war demgemäss gänzlich vorhanden. Es liegt kein Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft und somit kein Mangel vor.

2. *Der Anspruch auf Gewährleistung ist aufgrund der Genehmigung des Werkes nach Art. 370 Abs. 2 OR verwirkt*

31 Wenn das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass das Getriebe II mangelhaft sei, stünden der Klägerin dennoch keine Mängelrechte zu, da diese nach Art. 370 Abs. 2 OR verwirkt sind.

Zu Rz. 33-37

32 Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte die Mängelrüge akzeptiert hat, obwohl sie nicht durch die Beklagte, sondern die MECC erfolgt ist. Sie argumentiert, die MECC weise auf die Gewährleistung gem. RV hin und berufe sich explizit auf die Garantiezeit (**K-10**; **K-11**)

33 Die Klägerin verkennt einerseits, dass nach klarem Wortlaut von Art. 17.3 RV die Mängelrüge durch die Klägerin erfolgen muss. Sie begründet nicht, warum von diesem klaren Wortlaut abgewichen werden soll. Fakt ist, dass die MECC keine Vertragspartei des RV ist und dieser nur inter partes Wirkung entfaltet. Folglich kann die Mängelrüge, welche durch die MECC erfolgte, vertraglich nicht gerechtfertigt werden. Andererseits teilte die Beklagte der MECC mit (**K-11**), dass sie ihr baldmöglichst eine entsprechende Offerte zukommen lasse.

34 Es bestehen weiter keine Anhaltspunkte in den Korrespondenzen zwischen der Klägerin und der Beklagten für das Vorliegen einer Willenserklärung, wonach Dritte, vorliegend also die MECC, selbständig die Erfüllung der Gewährleistungsansprüche zu fordern berechtigt wären. Zudem fehlt es an einer entsprechenden Übung, sodass es an den Voraussetzungen für einen echten Vertrag zugunsten Dritter fehlt (Art. 112 Abs. 2 OR).

35 Zumal die MECC in eigenem und nicht im Namen der Klägerin fordert (**K-10**), fällt auch die direkte Stellvertretung i.S.v. Art. 32 Abs. 1 OR ausser Betracht. Demgegenüber handelt der indirekte Stellvertreter (Art. 32 Abs. 3 OR) zwar in eigenem Namen, jedoch auf fremde Rechnung, nämlich auf diejenige des Vertretenden (CR CO-CHAPPUIS, Art. 32 N 24). Um die Vertragswirkung auf den Vertreter zu übertragen, bedürfte es gem. Art. 32 Abs. 3 OR namentlich der Forderungsabtretung gem. Art. 164 ff. OR, die vorliegend nie erfolgte.

36 Es ist festzuhalten, dass die MECC eine allfällige Rüge nicht stellvertretend für die Klägerin getätigt hat. Aus den Akten ergibt sich (**E-Anz.**, N 24; **K-11**), dass die Beklagte einen RepV mit der MECC geschlossen hat, welcher sich auf den Inspektionsbericht von Herrn Senecky und auf eine Vertragsofferte vom 25. Juli 2011 stützt. Wäre die MECC, wie die Klägerin behauptet, von einer Garantiezeit i.S.v. Art. 17.3 RV ausgegangen (**K-10**), hätte sie selbstverständlich niemals den RepV mit der Beklagten geschlossen. Die Klägerin behauptet, dass der RepV gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstosse (Rz. 33), ohne zu substantiieren, inwiefern. Da der RepV weder inhalts- noch sittenwidrig ist und weil im schweizerischen Recht

das Prinzip der Vertragspartnerfreiheit gilt, ist eine solche Behauptung unbegründet und folglich unbeachtlich. Es liegt somit keine Rüge i.S.v. Art. 17.3 RV durch die MECC vor.

- 37 Wie dargelegt, liegt bis heute keine Mängelrüge gem. Art. 17.3 RV und Art. 370 Abs. 1 OR seitens der Klägerin vor. Sie hat den Mangel auch dann nicht gerügt, als sie umfassende Kenntnis über die Einstellung des Zementwerks II erlangte. Daher greift die unwiderlegbare gesetzliche Fiktion der Genehmigung gem. Art. 370 Abs. 2 OR (BGer 4C.346/2003 E. 4.1.1). Als Folge dieser Genehmigung sind sämtliche Mängelrechte der Klägerin (Art. 368 OR) verwirkt (BGer 4C.421/2006 E. 5.2; 4C.149/2001 E. 5).

3. Der Gewährleistungsanspruch ist gem. Art. 17.2 RV verjährt

- 38 Falls das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass das Getriebe II nicht genehmigt wurde, hätte die Klägerin trotzdem keinen Anspruch auf Gewährleistung, weil die Beklagte die Einrede der Verjährung erhebt.

Zu Rz. 49-52

- 39 Die Klägerin behauptet, dass es sich bei den Fristen in Art. 17.2 RV um eine Verwirkungsfrist handle und die Fristen für die Gewährleistungsansprüche nicht abgelaufen seien. Die Klägerin verkennt jedoch, dass es sich bei diesen Fristen um eine Verjährungsfrist handelt und die Mängelrechte nach Art. 17.2 RV verjährt sind.
- 40 Gem. Art. 17.2 RV haftet die Auftragnehmerin während zwölf Monaten nach erfolgter Abnahme, respektive während 36 Monaten nach erfolgter Ablieferung, je nachdem, welches Ereignis früher eintritt. Damit wichen die Parteien vertraglich von der dispositiven Verjährungsfrist i.S.v. Art. 371 Abs. 1 i.V.m. Art. 210 Abs. 1 OR ab.
- 41 Falls die Parteien eine Garantiefrist vereinbaren, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob damit die Rügefrist, die Verjährungsfrist oder eine Rüge- und Verjährungsfrist zugleich vorliegen (GAUCH, N 2517). Im Zweifelsfall ist eine Verjährungsfrist anzunehmen (BGE 63 II 180). Vorliegend wurde in Art. 17.3 RV auf eine Garantiezeit hingewiesen, was durch die systematische Auslegung der Fristen in Art. 17.2 RV hervorgeht. Es ist offenkundig, dass die Parteien nicht die Rügefrist modifizieren wollten, da in der Regel solche Rügefristen sehr kurz bemessen sind (vgl. Art. 201 Abs. 1 OR und Art. 367 Abs. 1 OR). Die h.L. und Praxis des BGer gehen grundsätzlich von einer sieben- bis zehntägigen Rügefrist aus (BGer 4A.51/2007 E. 3.5; BGer 4C.82/2004 E. 2.3). Auch würde eine sehr lange Rügefrist den Sinn dieses Rechtsinstituts aushöhlen. Die Beklagte wäre nicht mehr gehalten, durch ein schnelles Handeln im Hinblick auf eine drohende Haftung die Schadensvergrößerung zu verhindern.
- 42 In Art. 17.8 RV vereinbarten die Parteien, dass die in Art. 17.2 RV vorgesehene Frist bei einer durch die Beklagte verschuldeten Betriebsunterbrechung um diese Dauer verlängert wird.

Dies ist als eine vertraglich vereinbarte Hemmung der Frist zu qualifizieren. Somit ist das Vorliegen einer Verwirkungsfrist unmöglich, da eine solche weder ruhen noch unterbrochen werden kann (BGE 119 II 429 E. 3b; 115 V 22 E. 3a). Art. 17.2 RV ist folglich als eine Verjährungsfrist zu qualifizieren.

43 Des Weiteren sind die übrigen Voraussetzungen für die Erhebung der Verjährungseinrede gegeben (HUGUENIN, N 2224): Die Gewährleistungsansprüche der Klägerin sind weder absolute Rechte noch öffentlich-rechtliche Forderungen. Eine explizite gesetzliche Grundlage, welche diese Forderung unverjährbar macht, liegt nicht vor. Zudem hat die Beklagte auf die Anhebung der Verjährungseinrede nicht verzichtet.

44 Die Ablieferung bedeutet die Übergabe des vollendeten Werkes mit dem Willen der Vertragserfüllung (BGE 115 II 456 E. 4), welche durch eine körperliche Übertragung erfolgt oder durch eine Mitteilung des Bestellers, sobald das Werk auf Grund und Boden des Bestellers errichtet wurde (GAUCH, N 92). Die beiden Getriebe wurden am 2. Februar 2010 im Hafen von Dammam durch die Beklagte abgeliefert (**K-7**).

45 Die Abnahme gilt nach Art. 13.2.1 RV in jedem Fall als erfolgt, falls ein Leistungstest (Endtestlauf) zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt wurden, auch wenn kein von den Parteien unterschriebenes Abnahmezertifikat i.S.v. Art. 13.2 RV vorliegt (**E-Anz.**, N 18). Die Klägerin bestätigt richtigerweise selbst die gültige Abnahme (Rz. 41). Somit erfolgte die rechtlich gültige Abnahme am Tag des Endtestlaufs, am 26. Dezember 2010.

46 Da die Abnahme am 26. Dezember 2010 erfolgte und die Klägerin die Einleitungsanzeige erst am 11.1.2013 einreichte, ist die Verjährungsfrist von zwölf Monaten bereits abgelaufen. Ein anfälliger Anspruch der Klägerin aus Gewährleistung ist durch die Einrede der Verjährung, welche die Beklagte hiermit klar erhebt, nicht mehr gerichtlich durchsetzbar.

4. Einrede des Haftungsausschlusses durch die Beklagte nach Art. 17.9 RV

Zu Rz. 44-48

47 Die Klägerin argumentiert, dass die Freizeichnungsklausel nicht Teil der vertraglichen Vereinbarung der Parteien war und somit einseitig und ungültig ist.

48 Dieser Argumentation ist jedoch nicht zu folgen. Unter Art. 17.9 RV vereinbarten die Parteien, dass die Haftung der Beklagten von der Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen seitens der Klägerin abhängt. Diese Verpflichtungen setzen u.a. voraus, dass die Anlage gem. den Anweisungen der Beklagten errichtet wurde und die Bedienungs- und Prüfverfahren zu jeder Zeit den Spezifikationen der Beklagten entsprechen.

49 Im Schreiben von Herrn Fallet (**K-8**) wurde Frau Amonn, der verantwortlichen Projektleiterin seitens der Klägerin, eine Liste mit 16 Punkten übergeben, die Vorschriften darüber enthielt,

welche Arbeiten vor der Inbetriebnahme zu erledigen und wie diese auszuführen seien. Es handelt sich hiermit um Anweisungen i.S.v. Art. 17.9 RV.

50 Die Beklagte teilte der Klägerin ausdrücklich mit, dass sie jegliche Haftung für Schäden ablehne, welche auf das Starten des Getriebes in Abwesenheit der Beklagten zurückzuführen sind. Folglich lag eine Freizeichnungsklausel vor, welche die Haftung der Beklagten insoweit beschränkte, als ihre Anweisungen bzgl. der Errichtung der Anlagen durch die Klägerin nicht befolgt würden. Die Grundlage für diese Anweisung bildete Art. 17.9 RV – die Freizeichnungsklausel war somit rechtsgültig.

51 Die Klägerin hat den Kalttestlauf am 14. September 2010 in Kenntnis über den Inhalt und die Bedeutung der Anzeige von Herrn Fallet in Abwesenheit der Beklagten durchgeführt. Der Testlauf war in Anbetracht der Lage durch den Besuch von Prinz al-Walid ibn Talal Al Saud nicht gerechtfertigt (**K-9**). Vor allem wäre Herr Fallet am Folgetag wieder in Al Hofuf zurück gewesen (**B-5**). Die Klägerin missachtete somit die Anweisungen der Beklagten und nahm einen möglichen Schadenseintritt in Kauf. Dieses pflichtwidrige Handeln führte kausal zum Schaden der Getriebe (hinten Rz. 54-60).

52 Folglich hat die Klägerin aufgrund des Verstosses gegen die gültige Freizeichnungsklausel nach Art. 17.9 RV keinen Anspruch auf Gewährleistung gem. Art. 17 RV.

5. Eventualiter: Kein Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens gem.

Art. 368 Abs. 2 OR mangels Kausalität

53 Falls das Gericht der Meinung ist, dass die Klägerin die Voraussetzungen der Mängelrechte grundsätzlich erfüllt hat (vorne Rz. 21-52), steht ihr trotzdem kein Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens mangels Kausalitätszusammenhangs zu.

Zu Rz. 59

54 Die Klägerin ist der Auffassung, dass der ihr entstandene Vermögensschaden allein aus dem ins Getriebe II eingebauten Ölsystem resultierte. Wie die Klägerin richtig feststellt, ist die Kausalität eines Mangels für den entstandenen Schaden zu verneinen, wenn der Schaden auch bei einem mängelfreien Werk eingetreten wäre (BGer 4C.106/2005 E. 5.2). Wäre das Zementwerk II von Anfang an mit der speziellen Ölspritzeinrichtung versehen gewesen, wäre der Schaden vorliegend trotzdem entstanden (**E-Antw.**, N 25).

55 Die Schadensanalyse der Beklagten ergab, dass das Getriebe nicht so betrieben wurde wie in der Bedienungsanleitung vorgeschrieben (**E-Antw.**, N 22 f.). Bei zwei anderen Projekten sind ähnliche Probleme aufgetreten, welche ebenfalls auf das Nichtbefolgen der Gebrauchsanleitung zurückzuführen sind. Dort wurden die Getriebe so betrieben, dass bei einem Stopp des Hauptmotors auch der Zufluss von Schmieröl unterbrochen wurde. Dies hatte zur Folge, dass

das Nebengetriebe ohne den nötigen Zufluss von Schmieröl gestartet wurde (**K-11**). Es ist lebensnah, dass auch die Klägerin diesen Fehler beging.

- 56 Das Getriebe wurde zudem mit einer zu hohen Geschwindigkeit betrieben. Dies ist auf eine Manipulation der Trommelbremse und auf Mängel am Verriegelungssystem zurückzuführen, wofür die Klägerin verantwortlich war (**E-Antw.**, N 22 f.; Verfahrensbeschluss Nr. 2, Ziff. 12).
- 57 Das Getriebe II wurde bereits vor dem 6. Juli 2010 bewegt, also bevor das Ölschmier-System mit dem Hauptmotor verbunden war (**B-4**; **E-Antw.**, N 19; **K-11**). Diese Aufgabe erteilte Herr Fallet erst am 16. August 2010 (**K-8**). Daher ist es logisch, dass die Ölversorgung nicht ausreichend war.
- 58 Herr Fallet bemerkte am 15. September 2010, dass das Getriebe aufgrund des Kalttestlaufs vom 14. September 2010, bei welchem die Beklagte nicht eingeladen war (**E-Antw.**, N 17), abermals bewegt wurde (**E-Anz.**, N 17), wodurch die Montage durch die Beklagte in der Position als Expertin noch nicht inspiziert werden konnte, was immens wichtig gewesen wäre, da das Zentralgetriebe nicht ordnungsgemäss zum Motor hin ausgerichtet wurde und deshalb dessen Antriebswelle nicht im magnetischen Zentrum stand. Indem das Getriebe dennoch gestartet wurde, wurde die Ausgangswelle auf das Getriebe gedrückt (**B-5**).
- 59 Das Personal der MECC hat darüber hinaus noch versucht, durch das Starten des Hauptmotors eine verdrehte Zahnkupplung wieder einzurenken, was zu einem Schaden am Nebengetriebe führte (**E-Antw.**, N 18).
- 60 Folglich steht klar fest, dass all diese Unzulänglichkeiten das Getriebe letztendlich in einem solchen Umfang beschädigt haben, dass das Zementwerk II abgeschaltet und das Getriebe ausgebaut und repariert werden musste. Dies lässt sich auch daraus schliessen, dass das identische Getriebe I immer einwandfrei funktioniert hat (vorne Rz. 29). Somit hätte auch der vorzeitige Einbau der speziellen Ölspritzeinrichtung den Schaden nicht verhindern können. Dementsprechend sind die fehlerhaften Handlungen der Klägerin in der Montagephase und nicht das eingebaute Ölsystem für den Schaden kausal.

B. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung gem. Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 i.V.m Art. 398 Abs. 2 OR

Zu Rz. 64

- 61 Die Klägerin hält keinen Anspruch inne aus dem Auftragsrecht mangels Erfüllung der tatbestandsmässigen Voraussetzungen. Namentlich unterliegt die Beklagte keiner Vertragsverletzung, ihr Handeln ist nicht kausal für den Schaden der Klägerin, und die Beklagte trifft kein Verschulden.

1. Die Beklagte unterliegt keiner Sorgfaltspflichtverletzung

Zu Rz. 65-68

- 62 Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie habe sich einer Sorgfaltspflichtverletzung schuldig gemacht, indem die Hilfsperson der Letzteren, Stephan Fallet, seit dem 18. Oktober 2010 knapp drei Wochen während der Montagearbeiten in Al-Hofuf abwesend war. Dabei hätte Herr Fallet gem. der Klägerin unter Berücksichtigung der verspäteten Lieferung der Getriebe von Mitte Juli 2010 bis Ende August 2010 in Al-Hofuf anwesend sein sollen.
- 63 Wie die Klägerin richtig aufführt, war der Ausgangspunkt des Terminplans das Inkrafttreten des EV am 16. November 2008 (Rz. 68). Gem. Nr. 4 des Anhangs II des EV basierte der technische Service der Beklagten auf den relevanten Perioden im Terminplan und war auf diesen begrenzt. Die Beaufsichtigung und Instruktion der Montagearbeiten war für den 20. bis zur Hälfte des 22. Monats nach Inkrafttreten des EV vorgesehen, somit von Anfang Juni 2010 bis Mitte August 2010. Obwohl der Projektplan die Lieferung der Getriebe auf den 17. Dezember 2009 vorsah, hatte die Beklagte gem. Leistungsschein für die Lieferung der Getriebe max. 15 Monate nach Inkrafttreten des Vertrages Zeit, somit bis zum 17. Februar 2010 (**K-3**). Dies wurde auch durch die Klägerin so verstanden und im E-Mail vom 19. September 2009 bestätigt (**K-6**).
- 64 Da die Lieferung der Getriebe durch die Beklagte am 2. Februar 2010 erfolgte, war diese rechtzeitig und somit nicht durch ihr Verschulden verzögert. Aus diesem Grund berücksichtigt die Klägerin bei der Bestimmung von einem Zeitraum von Mitte Juli 2010 bis Ende August 2010 zu Unrecht eine vermeintliche Verzögerung der Lieferung der Anlagen.
- 65 Gem. Art. 3.1 RV organisierte die Beklagte die für die Leistungserbringung erforderlichen Handlungen selbst und eigenverantwortlich. Sie bestimmte die Art, den Ablauf und die Einteilung der Arbeiten. Gem. Art. 3.3 RV hatte die Klägerin die im EV vereinbarten Grundlagen sorgfältig zu prüfen und allfällige Unstimmigkeiten schriftlich zu melden. Der Terminplan begrenzte den technischen Service auf fünf Monate, von Juni 2010 bis Oktober 2010 (EV, Anhang II). Da die Klägerin i.S.v. Art. 3.3 RV keine Unstimmigkeiten meldete oder gegen die Abreden protestierte, waren diese Vertragspunkte für die Parteien verbindlich.
- 66 Bei der Ankunft von Stephan Fallet am 3. Juli 2010 befand sich das Projekt gegenüber dem Terminplan bereits einen Monat in Verzug, und die für die Beklagte relevanten Montagearbeiten konnten erst ab dem 11. Juli 2010 aufgenommen werden (**B-4**, EV Anhang II). Gem. den Einschätzungen der Beklagten hatten sich die Arbeiten bis Mitte Januar 2011, also um zweieinhalb Monate, gegenüber dem Terminplan verzögert (**K-8**); i.S.v. Art. 3.3 RV war die Beklagte daher gehalten, ihren technischen Service neu zu koordinieren. Dabei verlangte es

die Treuepflicht des Auftragnehmers, sich mit den Interessen des Auftraggebers auseinanderzusetzen (DERENDINGER, Rz. 153). Somit musste die Beklagte eine Lösung finden, in welcher sie einen effizienten Service ermöglichte, ohne der Klägerin höhere Kosten aufzuerlegen als bereits vereinbart. Deshalb hatte sie sich auf die im Vertrag angegebene Gesamtdauer des technischen Services von fünf Monaten zu beschränken. Allgemein kann festgehalten werden, dass es nicht die Aufgabe des Projektleiters ist, dauernd auf der Baustelle anwesend zu sein und sämtliche Arbeitsschritte der involvierten Unternehmer permanent zu beaufsichtigen (LOCHER, Rz. 9.78). Dieser ist vielmehr dazu angehalten, die wichtigsten Bauabschnitte, von denen das Gelingen des gesamten Werkes abhängt, zu überwachen und sich nach der Ausführung von deren Ordnungsmässigkeit zu überzeugen (SCHUMACHER, Rz. 506).

- 67 Unter Berücksichtigung dieser Elemente entschied sich die Beklagte, sechs Wochen nach Ankunft von Herrn Fallet ab Mitte August für einen Monat abzureisen. Der Grund für die Wahl dieses Zeitrahmens lag erstens darin, dass die wichtige Anfangsphase der Montagearbeiten mit den elementaren Instruktionen zu diesem Zeitpunkt bereits beendet war. Zweitens standen nun Arbeiten an, welche durch die Klägerin und MECC selbstständig und ohne Hilfe der Beklagten effizient erledigt werden konnten. Ferner erwies sich die für die Montagearbeiten notwendige Kommunikation mit dem Personal vor Ort mangels suffizienter Deutschkenntnisse als mühsam und der Service der Beklagten wurde nur selten genutzt (Bst. E Ziff. 3 EV, **E-Antw.**, N 15).
- 68 Da dem technischen Service nach der sechswöchigen Anfangsphase im Verhältnis zu der späteren Inbetriebnahme der Anlagen und der Anfangsphase der Arbeiten geringere Bedeutung zugesprochen werden musste, lag die Wahl des Zeitpunktes von Mitte August 2010 bis Mitte September 2010 im Interesse der Klägerin und war als kostengünstige und effiziente Lösung gerechtfertigt. Aus diesem Grunde kündigte die Beklagte zeitig ihre temporäre Abreise bis Mitte September an und hinterliess eine Liste mit zu erledigenden Arbeiten für die Klägerin (**K-8**). Die Beklagte entschied sich, ab Mitte September 2010 wieder in Al-Hofuf anwesend zu sein, um die entscheidenden Phasen der Inbetriebnahme der Anlagen zu überwachen und die Werksleute zu instruieren.
- 69 Entgegen den Behauptungen der Klägerin hatte die Beklagte ihre Rückreise bereits zu einem früheren Zeitpunkt angekündigt und diese Information der zuständigen Projektleiterin, Frau Amonn, vor Ort übergeben (**K-8**).
- 70 Da die Montagearbeiten bis Ende Dezember 2010 fortbestanden, dauerten sie insgesamt sechs Monate. Dank der einmonatigen Abwesenheit von Herrn Fallet beschränkte sich der technische Service, wie vertraglich vorgesehen, auf fünf Monate und richtete sich auf die elemen-

tarsten Montageabschnitte. Somit wurden der Klägerin keine zusätzlichen Kosten auferlegt, welche die Beklagte hätte verhindern können. Aufgrund dessen hat das Verhalten von Herrn Fallet nicht gegen den Terminplan verstossen, und er beging mit der einmonatigen Abwesenheit keine vertragliche Sorgfaltspflichtverletzung.

Zu Rz. 69

- 71 Die Klägerin führt weiter auf, dass die Tatsache, dass nach der Rückkehr von Herrn Fallet ein ABB-Techniker die Anlagen im Oktober 2010 inspizieren musste, auf die verletzte Sorgfaltspflicht der Beklagten zurückzuführen ist.
- 72 Die Klägerin verkennt jedoch die Tatsache, dass die Beklagte einen ABB-Techniker zur Überprüfung der Anlagen anforderte, da die Klägerin trotz gegenteiliger Anweisungen der Beklagten die Anlagen während der Abwesenheit von Herrn Fallet betrieben hat (**B-5**). Dadurch entstanden gewisse Unregelmässigkeiten bei den Maschinen, die anschliessend geprüft und beurteilt werden mussten (**B-5**). Diese Inspektion steht nicht im Zusammenhang mit einer vermeintlichen sorgfaltswidrigen Abwesenheit von Herrn Fallet, sondern mit dem durch die Klägerin untersagten Betrieb der Anlagen während seiner Abwesenheit.

Zu Rz. 70-71

- 73 Schliesslich macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe die Weisung der Klägerin missachtet, einen Servicetechniker baldmöglichst vor dem Kalt-Testlauf nach Al-Hofuf zu schicken, und habe somit eine Vertragsverletzung begangen.
- 74 Der Auftraggeber kann wohl Weisungen an den Auftragnehmer erteilen, doch ist er an die Schranken des vereinbarten Auftragsvertrags sowie an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (BK OR-FELLMANN, Art. 397 N 77 ff.).
- 75 Wie vorne dargelegt, wurde der Beklagten vertraglich eine Kompetenz in Bezug auf die Art, den Ablauf und die Einteilung ihrer Arbeiten gem. Art. 3.1 EV eingeräumt (vorne Rz. 65). Da der Vertrag somit eine grosse Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Beklagten in der Einteilung der Arbeiten vorsah und diese auch genügend präzisierte, beschränkte er das Weisungsrecht der Klägerin in diesem Bereich. Die Weisung der Klägerin, welche der Beklagten einseitig eine andere Einteilung ihrer Arbeiten auferlegt hätte, verletzte somit die vertraglich vereinbarte Kompetenz der Beklagten und war deshalb unwirksam.
- 76 Weiterhin widersprach die Weisung der Klägerin dem Grundsatz von Treu und Glauben, da die Klägerin seit der vorzeitigen Ankündigung der Abreise durch Herrn Fallet bis eine Woche nach dessen Abreise keinen Einwand erhoben hat. Die Beklagte vertraute daher darauf, dass die Klägerin mangels Protests mit der temporären Abwesenheit der Beklagten einverstanden war. Somit ist es lebensnah, dass das Personal der Beklagten zum Zeitpunkt, als die Klägerin

um die Rücksendung eines Servicetechnikers ersuchte, bereits in anderen Projekten eingesetzt war und nicht kurzfristig nach Al-Hofuf entsendet werden konnte. Zudem wäre Herr Fallet lediglich drei Wochen später zurückgereist und hätte die Arbeiten kontrolliert, welche durch die Klägerin selber erledigt werden konnten und welche der Hilfe der Beklagten nicht bedurften. Die Beklagte musste somit nicht mit der plötzlichen Weisung der Klägerin rechnen und konnte den Servicetechniker, wie bei der Abreise vereinbart, erst Mitte September zurückschicken.

- 77 Schliesslich kann die Klägerin der Beklagten nicht vorwerfen, die Letztere habe eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen, weil sie am Kalt-Testlauf nicht anwesend war. Gem. Bst. E Ziff. 5 EV durfte der Projektleiter der Beklagten am Kalt-Testlauf teilnehmen. Dies stellte jedoch keine Pflicht dar. Zudem war gem. Art. 11.1 RV vor dem Kalt-Testlauf ein Zertifikat über das Ende der Montage durch die Klägerin auszustellen. Dieses wurde der Beklagten jedoch nie zugestellt, somit konnte sie auf diesen Testlauf nicht mit entsprechendem Personal reagieren.

2. Das Handeln der Beklagten war nicht kausal für den Schaden der Klägerin

Zu Rz. 75-78

- 78 Die Klägerin behauptet, dass der Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre, wenn Herr Fallet während der vereinbarten Zeit in Al-Hofuf anwesend gewesen wäre. Sie begründet dies damit, dass Herr Fallet in diesem Fall aufgrund seiner Fachkenntnisse erkannt hätte, dass die genügende Schmierung der Getriebe durch mögliche Stromausfälle gefährdet ist und dementsprechend diesen Fehler während der Montagezeit behoben hätte.
- 79 Der Klägerin wird Recht gegeben, dass der Schaden mitunter durch mangelnde Ölschmierung verursacht worden ist. Sie verkennt jedoch, dass nicht die unterlassenen Handlungen der Beklagten, sondern das fehlerhafte Handeln der Klägerin und allenfalls der MECC den Defekt an den Getrieben hervorgerufen hat (vorne Rz. 54-60). Der Schaden wäre folglich auch bei der Anwesenheit von Herrn Fallet und der Befolgung der Weisung entstanden.
- 80 Falls das Gericht zum Schluss kommt, der Schaden sei nicht durch die fehlerhafte Bedienung der Maschinen, sondern durch die Stromausfälle entstanden, besteht dennoch kein Kausalzusammenhang zwischen der Abwesenheit von Herrn Fallet sowie der Nichtbefolgung der Weisung und dem eingetretenen Schaden. Es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern eine zusätzliche einmonatige Anwesenheit von Herrn Fallet nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (BGE 124 III 155 E. 3d; BGE 121 III 358 E. 5) zu einer Erkennung der vermeintlichen Problematik der Stromausfälle und deren Behebung geführt hätte. Während der Gesamtdauer des technischen Services von fünf Monaten gab es keine Indizien,

die für eine Problematik bzgl. Stromausfälle sprachen. Mitunter ereigneten sich keine Stromausfälle in dieser Zeit. Ein zusätzlicher Monat technischer Service von Mitte August bis Mitte September 2010 hätte daran nichts geändert. Das Personal der Beklagten führte die Arbeiten stets mit der erforderlichen Sorgfalt aus und stellte sicher, dass sowohl die Montage als auch die Inbetriebnahme der Anlagen den technischen Anforderungen gem. Bst. E Ziff. 3 EV genügten. Die Kausalität ist somit nicht gegeben.

3. Die Beklagte handelte nicht schuldhaft

Zu Rz. 79-81

- 81 Die Klägerin gibt an, das Verhalten von Stephan Fallet ist schuldhaft und ist der Beklagten somit vorwerfbar, da Stephan Fallet in der entscheidenden Phase der Montagearbeiten abgereist ist und die Beklagte die Weisung der Klägerin nicht umgehend befolgt hat.
- 82 Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Wie vorne aufgeführt, handelte die Beklagte im Interesse der Klägerin, als sie den vorgesehenen technischen Service von fünf Monaten auf die wichtigsten Bauabschnitte verteilte, ohne der Klägerin zusätzliche Kosten aufzuerlegen (vorne Rz. 67-70). Entgegen den Behauptungen der Klägerin reiste Herr Fallet nicht in der entscheidenden Phase der Montagearbeiten ab, sondern wählte den Zeitpunkt auf das Ende einer sechswöchigen Anfangsphase, ab welcher die Klägerin die Arbeiten selbstständig und effizient erledigen konnte. Die Getriebe wurden anschliessend bei der Ankunft von Herrn Fallet inspiziert und die Beklagte begleitete die entscheidende Phase der Inbetriebnahme (**B-5; E-Anz.**, N 18). Ein gewissenhafter Beauftragter hätte in der gegebenen Situation nicht anders handeln sollen und können (BGE 115 II 62 E. 3a; BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 463).
- 83 Die Weisung der Klägerin war andererseits vertragswidrig und widersprach dem Grundsatz von Treu und Glauben (vorne Rz. 75-76). Deshalb ging die Beklagte mit der Entsendung von Herrn Fallet nach drei Wochen nicht schuldhaft vor.
- 84 Falls das Gericht davon ausgeht, dass der Schaden durch die Stromausfälle entstanden sei, wären die Beklagte sowie Herr Fallet in den gegebenen Umständen und mangels Indizien beim technischen Service ebenfalls nicht in der Lage gewesen, die Problematik bzgl. Stromausfälle zu erkennen und ihr Verhalten danach zu richten. Auch bei der grösstmöglichen Sorgfalt und ungeachtet des grossen Fachwissens hätten sie den Schaden nicht vermeiden können. Mit den erteilten Instruktionen und der Überwachung der Anlagen taten die Beklagte und Stephan Fallet alles ihr Mögliche, um den Auftragserfolg herbeizuführen und um zu gewährleisten, dass die Montage und Inbetriebnahme der Anlagen den technischen Anforderungen im Sinne von Bst. E Ziff. 3 EV genügten.
- 85 Herr Fallet und die Beklagte haben somit nicht schuldhaft gehandelt.

4. *Einrede der Verwirkung der Ansprüche der Klägerin*

86 Sollten die Ansprüche der Klägerin nach Meinung des Schiedsgerichts dennoch gegeben sein, erhebt die Beklagte die Einrede der Verwirkung ihrer Ansprüche gem. Art. 17.9 erster Spiegelstrich RV.

87 Wie bereits dargelegt (vorne Rz. 50-51), widersetzte sich die Klägerin den Anweisungen der Beklagten und führte mitunter einen Kalt-Testlauf durch (**B-5**). Dieses Handeln war trotz dem Verzug der Arbeiten nicht gerechtfertigt, da Herr Fallet am folgenden Tag in Al-Hofuf wieder einreiste (**B-5**). Wie oben dargelegt, wurde das nötige Zertifikat für den Kalt-Testlauf ebenfalls nicht ausgestellt (vorne Rz. 77). Dieses Handeln und die fehlerhafte Bedienung der Maschinen führten schlussendlich zur Beschädigung der Getriebe (vorne Rz. 78-80). Damit hat sich die Klägerin ihre Ansprüche aus der Vertragshaftung verwirkt.

C. Die Beklagte unterliegt keiner Konventionalstrafe nach

Art. 14.3 i.V.m. Art. 17.3 RV i.H.v. EUR 108'000.00

1. *Keine Anwendung von Art. 17.3 RV mangels Vorliegens eines Mangels*

Zu Rz. 83

88 Die Klägerin geht davon aus, dass Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 RV zur Anwendung gelangt. Art. 17.3 RV ist eine vertragliche Beschränkung der Gewährleistung auf das Mängelrecht der Nachbesserung. Die Mängelrechte des Bestellers haben die Grundvoraussetzung, dass das Werk mangelhaft ist (GAUCH, N 1506). Wie zuvor dargelegt, weist das Getriebe II keinen Mangel auf (vorne Rz. 21-30). Daher ist der gesamte Art. 17 inkl. Art. 17.3 RV nicht anwendbar. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf den Erhalt der Vertragsstrafe aus Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 RV.

2. *Eventualiter: Keine Ausübung des Nachbesserungsrechts durch die Klägerin*

89 Falls das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass das Getriebe II mangelhaft sei, kommt Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 RV trotzdem nicht zur Anwendung. Damit Art. 17.3 RV inkl. der dreiwöchigen Frist überhaupt zur Anwendung gelangt, wird zwingend vorausgesetzt, dass die Klägerin die Beklagte über den Mangel aufklärt und somit ihr Nachbesserungsrecht durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausübt (BGer 4C.346/2003 E. 4.2.1). Eine gültige Ausübung dieses Gestaltungsrechts durch die MECC liegt nicht vor (vorne Rz. 32-37).

Zu Rz. 53-54

90 Die Klägerin behauptet, sie habe das Nachbesserungsrecht gem. Art. 17.3 RV stillschweigend ausgeübt, da die Beklagte die neue Ölspritzeinrichtung unentgeltlich eingebaut habe. Eine

(stillschweigende) Ausübung des Nachbesserungsrechts ist vorliegend unmöglich. Die Klägerin konnte vom Mangel frühestens mit dem Schreiben der MECC vom 18. Mai 2012 Kenntnis erlangt haben (**E-Anz.**, N 29); die Reparatur, inkl. der unentgeltlichen Installation der Ölspritzeinrichtung, war jedoch bereits mit dem Ausstellen der Rechnung vom 15. Februar 2012 beendet (**K-14**). Es war der Klägerin unmöglich, etwas ihr Unbekanntes stillschweigend auszuüben.

- 91 Da die Klägerin das Nachbesserungsrecht nicht geltend gemacht hat, kommt Art. 17.3 i.V.m. Art.14 RV vorliegend nicht zur Anwendung. Die Klägerin kann keine Vertragsstrafe geltend machen.

3. *Eventualiter: Reparatur richtet sich auf den Mangel, nicht auf den Schaden*

- 92 Das Ausüben des Nachbesserungsrechts verpflichtet den Unternehmer zur Mangelbeseitigung (BGer 4C.106/2005 E. 3.3). Die Klägerin bringt als Schaden das Fehlen der speziellen Ölspritzeinrichtung vor (Rz. 27 f.). Gem. Art. 17.3 RV ist die Beklagte somit verpflichtet, diesen Mangel innert drei Wochen zu beseitigen, also die spezielle Ölspritzeinrichtung einzubauen. Vorliegend schloss die Beklagte jedoch mit der MECC einen RepV mit dem Inhalt, alle Schäden des Getriebes II (u.a. das Planetengetriebe, Nebengetriebe, etc.; **K-14**) zu reparieren. Die Installation der neuen Ölspritzeinrichtung wurde nicht effektiv vereinbart, aber von der Beklagten von sich aus zusätzlich und unentgeltlich getätigt. Die Beklagte wäre ohne weiteres in der Lage gewesen, diese innert drei Wochen einzubauen. Ein Transport nach Deutschland wäre dafür nicht nötig gewesen. Die von der Beklagten zu tätigen Reparaturarbeiten waren aber zusätzlich in einem viel grösseren Umfang und konnten zusätzlich aufgrund zu grosser Beschädigung der einzelnen Teile gar nicht erst durchgeführt werden. Daher war die Beklagte auf die Lieferung der neuen Teile angewiesen, was erfahrungsgemäss eine lange Zeit dauern kann, v.a. deswegen, weil es sich bei den Teilen um Spezialanfertigungen handelt, die von verschiedenen Lieferanten bestellt werden müssen und nicht in unbegrenzter Zahl auf dem Weltmarkt vorhanden sind (**E-Antw.**, N 27). Darüber hinaus verursachten die Klägerin und die MECC den Schaden am Getriebe (vorne Rz. 54-60). Es wäre folglich sowieso unbillig, der Beklagten für einen von ihr unverschuldeten Schaden (**E-Antw.**, N 30) eine so kurze Reparaturzeit von nur drei Wochen einzuräumen. Dies ist nicht der Zweck von Art. 17.3 RV.
- 93 Art. 17.3 RV inkl. der dreiwöchigen Reparaturzeit kommt nur in Bezug auf die Beseitigung des Mangels zur Anwendung und nicht auf eine umfassende Reparatur zahlreicher Schäden. Somit muss die Beklagte keine Vertragsstrafe nach Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 RV bezahlen.

4. *Subeventualiter: Antrag der Beklagten auf richterliche Herabsetzung der Konventionalstrafe gem. Art. 163 Abs. 3 OR auf 10%*

- 94 Falls das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass Art. 17.3 RV vorliegend Anwendung findet, stellt die Beklagte einen Antrag auf Herabsetzung der Konventionalstrafe auf 10%.
- 95 Wenn zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Gläubigers ein krasses Missverhältnis besteht, ist die Konventionalstrafe übermässig (BGE 114 II 264 E. 1a). Insbesondere ist dabei die Schwere des Verschuldens zu würdigen (BGE 105 II 200 E. 6a; 91 II 372 E. 11; 82 II 142 E. 3; BGer 4C.360/2004 E. 5.2).
- 96 Trotz des Fehlens der speziellen Ölspritzeinrichtung entstand der Schaden nur durch das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten der Klägerin (vorne Rz. 54-60). Ohne dieses grobe Selbstverschulden (vorne Rz. 54-60) wäre der Schaden nicht entstanden, somit die damit verbundene so langwierige Reparatur gar nie nötig gewesen, und die Beklagte wäre gar nicht erst in Verzug gekommen. Denn die blosser Behebung des Mangels selbst hätte die Beklagte ohne weiteres fristgerecht durchführen können (vorne Rz. 92). Es ist daher krass unbillig, von der Beklagten eine Konventionalstrafe im maximalen Umfang von EUR 108'000.– zu verlangen. Die Beklagte beantragt hiermit eine Herabsetzung der Konventionalstrafe auf den Bruchteil ihres Verschuldens. Da auch das Upgrade den Schaden nicht hätte verhindern können (vorne Rz. 54-60; **E-Antw.**, N 25) und weil die Klägerin ein grobes Selbstverschulden trifft, trägt die Beklagte, wenn überhaupt, nur ein äusserst geringes Verschulden an dem Schaden. In Anbetracht dessen rechtfertigt sich eine Reduktion der Konventionalstrafe auf max. 10%. Die Konventionalstrafe ist folglich auf EUR 10'800.– herabzusetzen.

Wir bitten das Schiedsgericht höflichst, den gestellten Rechtsbegehren nachzukommen.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Moot Court Team 4