

Moot Court Team 7  
Sara Benz  
Sandrina Berli  
Stefan Bösinger  
Ronja Sommerhalder

**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 4

gegen

**Feller Gear AG**  
Hirschstrasse 22  
D-70173 Stuttgart  
Deutschland

**Beklagte**

vertreten durch Moot Court Team 7

Sehr geehrte Frau Präsidentin,  
Sehr geehrte Herren Schiedsrichter

Wir zeigen an, dass uns die Beklagte mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt hat. Diese Eingabe erfolgt innert der vom Gerichtshof angesetzten Frist. Namens und mit Vollmacht der Beklagten stellen wir folgende

### **Rechtsbegehren**

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

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	
<b>Rechtsbegehren</b> .....	<b>II</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>IV</b>
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>VI</b>
<b>I. Prozessuales</b> .....	<b>1</b>
A. Einrede der Unzuständigkeit .....	1
1. Fehlende Zuständigkeit des Schweizerischen Schiedsgerichts .....	1
a) Die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist gegeben .....	1
b) Übernahme von Art. 18 AGB in den Einzelvertrag .....	3
2. Kein Vorrang einer Individualabrede .....	4
B. Fazit Formelles .....	5
<b>II. Materielles</b> .....	<b>5</b>
A. Selbstständiger Reparaturvertrag zwischen der Beklagten und der MECC .....	5
1. Keine Reparatur gemäss Art. 17.3 RV .....	5
2. Keine Vertragsergänzung von Art. 17.3 RV erforderlich .....	6
3. Eventualiter: Reparaturvertrag als Teil des Rahmenvertrags .....	7
B. Fehlen eines Werkmangels.....	8
1. Kein Werkmangel bei Zentralgetriebe II.....	8
2. Anmerkung zu geheimer oder arglistig verschwiegener Mangel .....	10
a) Kein geheimer Mangel .....	10
b) Kein arglistig verschwiegener Mangel .....	10
3. Eventualiter: Kein Ersatz des Mangelfolgeschaden .....	11
a) Ursachen für den Schaden.....	11
b) Fehlendes Verschulden .....	12
C. Keine Verletzung einer werkvertraglichen Sorgfaltspflicht.....	13
D. Eventualiter: Kein Gewährleistungsanspruch gemäss Art. 17 RV .....	13
1. Abnahme des Werkes ist gültig erfolgt .....	13
a) Konkludente Abnahme des Werkes .....	13
b) Fristenablauf .....	14
2. Subeventualiter: Abnahme des Werkes ist nicht gültig erfolgt .....	15
a) Haftungsausschluss gemäss Art. 17.9 RV.....	15
b) Rüge gemäss Art. 17.3 RV .....	16
E. Keine Verletzung einer auftragsrechtlichen Pflicht.....	16
1. Keine Verletzung einer Nebenpflicht .....	17
a) Keine auftragsrechtliche Aufklärungspflicht bezüglich der Stromausfälle .....	17
b) Keine Verletzung der auftragsrechtlichen Aufklärungspflicht .....	17
2. Keine Sorgfaltspflichtverletzung durch die Abwesenheit von Stephan Fallet .....	18
3. Fehlen eines kausalen Schadens .....	18
4. Kein schuldhaftes Verhalten.....	19
F. Keine Konventionalstrafe geschuldet .....	19
1. Unabhängiger Reparaturvertrag .....	19
2. Eventualiter: Keine Anwendung von Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 RV .....	19
a) Kein Mangel nach Art. 17.3 RV .....	19
b) Auslegung des Reparaturbegriffs nach Art. 17.3 RV .....	19
c) Ein Verschulden ist nicht gegeben .....	20
G. Fazit Materielles .....	20

## Literaturverzeichnis

BÜHLER THEODOR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Werkvertrag, Bd. V/2d, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK OR-BÜHLER, Art. X N. X)  
[zit. in Rn. 45, 53, 59]

FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Bd. VI/2/2, Art. 394-406, Bern 1992 (zit. BK OR-FELLMANN, Art. X N. X)  
[zit. in Rn. 80, 81]

FORSTMOSER PETER, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und deutschen Recht, in: MERZ HANS/SCHLUEP WALTER R. (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 99-142 (zit. FORSTMOSER, S. X)  
[zit. in Rn. 4]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH, N. X)  
[zit. in Rn. 28, 35, 36, 37, 45, 49, 51]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. HUGUENIN, N. X)  
[zit. in Rn. 26, 43, 94, 97]

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Allgemeine Einleitung, einschl. Internationales Privatrecht, Bd. V/1a, Art. 1-17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973 (zit. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. X N. X)  
[zit. in Rn. 9, 12]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009 (zit. KOLLER, § X, N. X)  
[zit. in Rn. 12]

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das OR, Bd. VI/1/1, Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER, Art. X N. X)  
[zit. in Rn. 4, 6, 7, 20]

LOCHER CHRISTOPH, Die Bauleitung, in: STÖCKLI HUBERT/SIEGENTHALER THOMAS (Hrsg.), Die Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, Freiburg 1995 (zit. LOCHER, N. X)  
[zit. in Rn. 75, 82]

MIDDENDORF PATRICK, Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Universität Freiburg 2001, Freiburg 2002 (Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz: 209) (zit. MIDDENDORF, N. X)  
[zit. in Rn. 26]

REYMOND CLAUDE, La clause arbitrale par référence, in: Schweizer Beiträge zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Ouvrage publié sous la direction de Claude Reymond et Eugène Bucher à l'occasion du Congrès Intérimaire du International Council for Commercial Arbitration (ICCA), Lausanne/Zürich 1984, S. 85-98 (Schweizer Studien zur Schiedsgerichtsbarkeit: 1) (zit. REYMOND, S. X)  
[zit. in Rn. 14]

SCHUMACHER RAINER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: GAUCH PETER/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1986 (zit. SCHUMACHER, N. X)  
[zit. in Rn. 82]

## **Materialienverzeichnis**

BGE 77 II 154 [zit. in Rn. 4, 12]

BGE 111 II 76 [zit. in Rn. 9]

BGE 100 II 145 [zit. in Rn. 9]

BGE 130 III 417 [zit. in Rn. 10]

BGE 87 II 234 [zit. in Rn. 17]

BGE 108 II 416 [zit. in Rn. 12]

Urteil des Kassationsgerichts Zürich vom 8. April 1976, in: ZR 75 (1976) S. 101 f., N. 30 [zit. in Rn. 13]

BGE 109 Ia 55 [zit. in Rn. 13]

BGE 104 Ia 278 [zit. in Rn. 13]

BGer 4C.282/2003, Urteil des Bundesgerichts vom 15. Dezember 2003 [zit. in Rn. 13]

BGE 129 III 35 [zit. in Rn. 20]

BGE 123 III 204 [zit. in Rn. 20]

BGer 4C.215/2004, Urteil des Bundesgerichts vom 23. November 2004 [zit. in Rn. 21]

Urteil des Obergerichts Schaffhausen vom 19. September 1947, in: SJZ 45 (1949) S. 363, N. 174 [zit. in Rn. 35]

BGer 4A\_428/2007, Urteil des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2008 [zit. in Rn. 37]

BGE 66 II 132 [zit. in Rn. 45]

BGE 89 II 405 [zit. in Rn. 46]

Urteil des Obergerichts Zürich HG 120224 vom 25. März 2013 [zit. in Rn. 59]

Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen BZ.2006.53 vom 8. Juni 2007 [zit. in Rn. 59]

BGE 111 II 471 [zit. in Rn. 70]

BGE 122 III 61 [zit. in Rn. 81]

BGer 4C.217/2005, Urteil des Bundesgerichts vom 20. Februar 2006 [zit. in Rn. 85]

BGE 95 II 433 [zit. in Rn. 94]

## **I. Prozessuales**

### **A. Einrede der Unzuständigkeit**

#### **1. Fehlende Zuständigkeit des Schweizerischen Schiedsgerichts**

- 1 Die Klägerin macht geltend, dass die Einrede der Unzuständigkeit nicht begründet und Art. 23.3 des Rahmenvertrags (nachfolgend „RV“; K-1) anwendbar sei (Klageschrift, N. 2 f.). Diese Behauptungen der Klägerin sind nicht zutreffend. Die Beklagte erhebt zu Recht die Einrede der Unzuständigkeit.
- 2 Wie nachfolgend aufgezeigt wird, haben die Parteien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (nachfolgend „AGB“) mit dem Bestellschein (K-2) ausdrücklich in den Einzelvertrag übernommen. Die AGB der Beklagten enthalten eine für den Einzelvertrag geltende Schiedsklausel in Art. 18 (B-1). Gemäss Art. 18.1 AGB sind *alle* Streitigkeiten aus dem Vertrag nach der Schiedsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) endgültig zu entscheiden. Für die Auslegung des Begriffs „Vertrag“ gemäss Art. 18.1 AGB ist Art. 1 AGB zu konsultieren. Die AGB gelten für alle internationalen Verträge der Beklagten (Art. 1.1). Zudem werden die AGB „mit Abschluss des Vertrages“ anerkannt (Art. 1.3). Wird der vorliegende Kontext, der Abschluss eines Einzelvertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten, berücksichtigt, kann mit „Vertrag“ in Art. 18.1 AGB nur der Einzelvertrag gemeint sein. Dies ergibt sich auch aus der Regelung von Art. 1.4 AGB, die nur dann sinnvoll ist, wenn sie sich auf den Einzelvertrag bezieht, da die AGB nur im Rahmen des Einzelvertrags als Vertragsbestandteil einbezogen werden können.
- 3 Gemäss Art. 18.3 AGB befindet sich der Sitz des Schiedsgerichts für die vorliegende Streitsache in München, weshalb – entgegen der Ansicht der Klägerin (Klageschrift, N. 1) – das 12. Kapitel des IPRG gemäss Art. 176 Abs. 1 IPRG von vornherein nicht anwendbar ist.

#### **a) Die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist gegeben**

- 4 Die Klägerin macht geltend, dass die AGB nicht in den Vertrag integriert und somit auch nicht Vertragsbestandteil geworden seien, da die Klägerin keine Kenntnis von der Existenz bzw. vom Inhalt der AGB nehmen konnte (Klageschrift, N. 7-9). Diese Ansicht ist nicht zutreffend. Eine Übergabe der AGB zu deren Kenntnisnahme – wie die Klägerin mit einem unzutreffenden Verweis auf KRAMER in N. 5 der Klageschrift behauptet – ist gerade nicht notwendig, sondern es reicht aus, dass die *Möglichkeit* zur Kenntnisnahme besteht (BGE 77 II 154 E. 4; FORSTMOSER, S. 115). In Bezug auf Kaufleute – wie vorliegend der Fall – gilt diese Regel unbesehen (FORSTMOSER, ebd.).



- 5 Die Klägerin ist als international tätiges Handelsunternehmen eine geschäftserfahrene Partei, weshalb ihr nur die Möglichkeit zur Kenntnisnahme gegeben werden muss. Die Klägerin hat den Bestellschein am 13. November 2008 (K-2) unterschrieben. Der Leistungsschein wurde hingegen erst am 16. November 2008 (K-3) durch die Beklagte unterschrieben, womit der Einzelvertrag abgeschlossen wurde (vgl. Art. 2.2 RV). Es wäre der Klägerin ohne weiteres zumutbar gewesen, sich in diesen drei Tagen über die AGB der Beklagten zu informieren und diese einzusehen. Mit anderen Worten bestand eine Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB vor Vertragsabschluss, da feststeht, dass die Beklagte der Klägerin ihre AGB auf deren Anfrage hin auch gleich zustellte (Verfahrensbeschluss Nr. 2, N. 7). An der Möglichkeit zur Kenntnisnahme ändert sich – entgegen der Ansicht der Klägerin (Klageschrift, N. 7) – auch nichts, wenn die AGB der Klägerin erst am 17. November 2008 mit weiteren Anhängen zugesandt worden sind (B-2; B-3). Zumal die Klägerin schlicht nicht darlegt, warum sie keine *Möglichkeit* zur Kenntnisnahme gehabt haben soll. Wenn die Klägerin von ihrer Möglichkeit zuvor keinen Gebrauch machte, durfte die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Klägerin ihre Möglichkeit zur Kenntnisnahme nicht wahrnehmen wollte, weshalb sie ihr die AGB auch später zusenden konnte. Da die Beklagte gemäss den obigen Ausführungen rechtlich keine Pflicht zur Übergabe, sondern nur zur Möglichkeit der Kenntnisnahme trifft, hilft es der Klägerin auch nicht, wenn sie Art. 1.2 AGB zitiert, wonach die AGB mit dem Leistungsschein zugestellt werden müssen (Klageschrift, N. 6).
- 6 Fehlt eine Übergabe bei Vertragsabschluss, so müssen die AGB in anderweitiger zumutbarer Weise eingesehen werden können (BK-OR KRAMER, Art. 1 N. 188). Es ist deshalb verfehlt, wenn die Klägerin verlangt, für eine Kenntnisnahme hätten die AGB der Beklagten auf der Vorder- oder Rückseite der AGB abgedruckt werden müssen (Klageschrift, N. 5 und 8).
- 7 Der Einwand der Klägerin, dass der Verweis auf die AGB nicht klar hervorgehoben worden und die Schrift zu klein sei (Klageschrift, N. 6), ist nicht zutreffend. Der Verweis ist durch seine freie Stellung klar und deutlich mit fetter Schrift am unteren Ende der Seite hervorgehoben und kann von einem Leser nicht übersehen werden. Dadurch erfüllt die Beklagte gerade was KRAMER – von der Klägerin in N. 5 der Klageschrift zitiert – fordert, dass der Verweis deutlich hervorgehoben sein muss, damit der Einbezug der AGB in den Vertrag deutlich wird (BK-OR KRAMER, Art. 1 N. 207). Entgegen der Argumentation der Klägerin (Klageantwort, N. 6) ist es irrelevant, dass der Leistungsschein keinen Hinweis auf die AGB enthielt, da der Bestell- und der Leistungsschein zusammen den Einzelvertrag bilden (Art. 2.2 RV). Auch muss der Rahmenvertrag nicht auf die AGB hinweisen (Klageschrift, N. 5), da der Einzelver-

trag den Rahmenvertrag gerade spezifiziert (vgl. Art. 1.2 RV) und deshalb eigene Regeln vorsehen kann.

- 8 Es ist somit festzuhalten, dass die Klägerin eine Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB der Beklagten hatte, weshalb ihre Einwendungen gegen eine Möglichkeit der Kenntnisnahme (Klageschrift, N. 5-9) nicht begründet sind.

#### **b) Übernahme von Art. 18 AGB in den Einzelvertrag**

- 9 Bei dem Verweis auf dem Bestellschein der Beklagten (K-2) handelt es sich um einen ausdrücklichen Verweis. Ein ausdrücklicher Verweis liegt vor, wenn der Vertragstext selbst den vorgeformten Text nicht wiedergibt, sondern einen Verweis auf den anderswo festgehaltenen vorgeformten Inhalt (z.B. auf AGB) enthält (ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N. 451). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht ein ausdrücklicher Verweis auf die AGB einer Partei aus, um diese zum Vertragsinhalt zu erheben (BGE 111 II 76 E. 3a; 100 II 145 E. 3c).
- 10 Kann der tatsächliche und wirkliche Wille der Parteien (vgl. Art. 18 OR) nicht mehr ermittelt werden, sind das Verhalten und die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, wonach eine Erklärung oder ein Verhalten nach Treu und Glauben und unter der Würdigung sämtlicher Umstände zu verstehen ist (BGE 130 III 417 E. 3.2 m.w.H.). Gemäss dem Vertrauensprinzip wird einer Partei der objektive Sinn ihrer Erklärung oder ihres Verhaltens angerechnet, auch wenn diese nicht mit ihrem inneren Willen übereinstimmt (Ebd.).
- 11 Vorliegend war der Hinweis auf die AGB der Beklagten auf dem Bestellschein (K-2) deutlich sichtbar (s.o. Rn. 7) und ausdrücklich dahingehend formuliert, dass mit einer Unterschrift die Geltung der AGB verbindlich werden. Damit hatte die Beklagte ihren Willen zum Ausdruck gebracht, ihre AGB als Teil des Einzelvertrags zu erheben. Die Klägerin hat den Bestellschein (K-2) unterschrieben, weshalb die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen musste und durfte, dass die Klägerin mit ihrer Unterschrift die AGB als Vertragsinhalt akzeptierte. Objektiv betrachtet, kann die Unterschrift der Klägerin nur dahingehend verstanden werden, dass sie sich mit dem Einbezug der AGB der Beklagten in den Einzelvertrag einverstanden erklärte. Wäre die Klägerin mit dem Einbezug der AGB in den Einzelvertrag generell nicht einverstanden gewesen, hätte sie dies der Beklagten explizit *vor* der Unterzeichnung des Bestellscheins mitteilen müssen. Indem sie dies unterliess, durfte die Beklagte – entgegen den Ausführungen der Klägerin (Klageschrift, N. 9) – nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die AGB durch den ausdrücklichen Verweis in den Einzelvertrag übernommen wurden.
- 12 Weiter ist der Grundsatz zu beachten, dass wer einen Vertragstext unterzeichnet, der ausdrücklich auf Beilagen oder AGB verweist, in gleicher Weise gebunden ist, wie wer die Bei-

lagen oder AGB selbst unterschreibt (BGE 108 II 416 E. 1b; 119 II 443 E. 1a). Eine Kenntnisnahme ist beim ausdrücklichen Verweis schlicht nicht erforderlich (ZK ORSCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N. 476; KOLLER, § 23 N. 18). Als geschäftserfahrene Partei muss der Klägerin bewusst gewesen sein, dass durch ihre Unterschrift auf dem Bestellschein die AGB zum Vertragsinhalt des Einzelvertrags werden. Dies gilt, da es „(...) unter Kaufleuten ein selbstverständlicher Grundsatz ist, dass allgemeine Geschäftsbedingungen, auf welche Bezug genommen wird, jeweiligen Vertragsinhalt werden.“ (BGE 77 II 154 E. 4).

- 13 Zudem muss eine geschäftserfahrene Partei bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einer Gerichtsstandsklausel rechnen, weshalb das Vertrauen der Empfängerin in eine globale Zustimmung zu schützen ist (KassGer ZH, in: ZR 75 (1976) S. 101 f. N. 30). Bei einer geschäftserfahrenen Partei ist entscheidend, ob der Vertragspartner in guten Treuen annehmen durfte, sein Kontrahent habe mit der Annahme des Vertrags auch der darin enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung zugestimmt, wobei sich die Geschäftserfahrenheit und die sich daraus ergebende Verbindlichkeit der Klausel nach dem Einzelfall beurteilt (BGE 109 Ia 55 E. 3a; 104 Ia 278 E. 3). Die Grundsätze zu den Gerichtsstandsklauseln sind sinngemäss auch für Schiedsklauseln anwendbar (BGer 4C.282/2003 E. 3.1).
- 14 Vorliegend haben die Parteien bereits einmal eine Schiedsklausel vereinbart (Art. 23 RV), weshalb nicht ersichtlich ist, warum die Schiedsklausel in Art. 18.1 AGB von der Klägerin nicht gewollt sein sollte. Weiter ist bei internationalen Verträgen eine Schiedsklausel, die durch einen Verweis in einen Vertrag aufgenommen wird, Standard und deshalb auch nicht ungewöhnlich (REYMOND, S. 90). Zudem widersprach die Klägerin dem Einbezug der AGB in den Einzelvertrag nicht. Die Klägerin ist eine im internationalen Handel führende Unternehmung, weshalb ihr eine grosse Geschäftserfahrenheit zugerechnet werden muss und sie musste sich deshalb bewusst sein, dass eine Schiedsklausel immer Bestandteil von internationalen Verträgen ist.
- 15 Somit ist die Beklagte in ihrem Vertrauen auf die Erklärung der Klägerin zu schützen, da sie nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass die Klägerin mit der Übernahme der Schiedsklausel einverstanden war.

## **2. Kein Vorrang einer Individualabrede**

- 16 Die Klägerin macht eventualiter geltend, dass die AGB nicht anwendbar seien, da Art. 23.1 RV als individuelle Abrede Vorrang habe (Klageschrift, N. 10-12). Diese Darstellung ist unzutreffend. Wohl trifft es zu, dass gemäss Lehre und Rechtsprechung eine Individualabrede den AGB vorgehen würde, doch vorliegend kommt dieser Grundsatz nicht zur Anwendung.

17 Da die AGB Bestandteil des Einzelvertrags sind und dieser den Rahmenvertrag konkretisiert (vgl. Art. 1.2 RV), gehen die Bestimmungen der AGB als Teil des individuellen Einzelvertrags dem Rahmenvertrag vor. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, dass Kraft Verweisung einbezogene Regeln zum Vertragsinhalt werden, wie wenn sie wörtlich in der Erklärung wiedergegeben worden wären (BGE 87 II 234 E. 1). Da die AGB für alle internationalen Verträge der Beklagten gelten (Art. 1.1), steht die einzelvertragliche Schiedsgerichtsklausel in Art. 18 AGB auf der gleichen Stufe wie die Schiedsklausel von Art. 23 RV, welche auch für alle Verträge anwendbar sein will (Art. 23.1). Zudem ist Art. 18 AGB gegenüber Art. 23 RV spezifischer, da dieser Artikel sich nur auf den Einzelvertrag bezieht und somit der generellen Regel von Art. 23 RV vorgehen muss. Daran ändert auch der Wortlaut von Art. 23.1 RV nichts, der sich für alle aus dem Rahmenvertrag und dessen Einzelverträgen ergebenden Streitigkeiten für anwendbar erklärt. Denn die Parteien sind frei, jederzeit ihre vertraglichen Beziehungen zu modifizieren und neu zu gestalten.

## **B. Fazit Formelles**

18 Das Fazit der Klägerin (Klageschrift, N. 13) wird deshalb bestritten. Nach dem oben Gesagten ist das Schweizerische Schiedsgericht gerade nicht zuständig und es gilt die Schiedsordnung des Deutschen Schiedsgerichts (vgl. Art. 18.1 AGB). Die Einrede der Unzuständigkeit ist somit begründet, da die AGB der Beklagten durch ausdrückliche Verweisung zum Vertragsbestandteil erhoben wurden und gemäss Art. 18 AGB ein deutsches Schiedsgericht zuständig ist. Auf die Klage ist deshalb nicht einzutreten.

## **II. Materielles**

### **A. Selbstständiger Reparaturvertrag zwischen der Beklagten und der MECC**

#### **1. Keine Reparatur gemäss Art. 17.3 RV**

19 Die Klägerin behauptet, ihr stünden aufgrund des Rahmenvertrags Ansprüche zu, da die vorgenommene Reparatur sich unter Art. 17.3 RV subsumieren lasse (Klageschrift, N. 17 und 29). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt gerade keine Reparatur gemäss Art. 17.3 RV vor, sondern ein vom Rahmenvertrag unabhängiger Reparaturvertrag mit der MECC.

20 Die MECC kann ein vom Rahmenvertrag unabhängiger Reparaturvertrag mit der Beklagten abschliessen, anstatt über ihre Lieferantin – die Klägerin – zu gehen. Dies ergibt sich aus den Grundsätzen der Vertragsfreiheit (vgl. Art. 19 Abs. 1 OR; BGE 129 III 35 E. 6.1) und der Relativität von Verträgen (BGE 123 III 204 E. 2f; BK-OR KRAMER, Allg. Einleitung, N. 44).

21 Aufgrund der Vertragsfreiheit verneint das Bundesgericht auch bei einem Generalunternehmervertrag eine direkte vertragliche Bindung zwischen dem Subunternehmer und dem Bau-

herrn und erlaubt, dass diese beiden Parteien miteinander vertragliche Bindungen eingehen können (BGer 4C.215/2004 E. 3.1 m.w.H.). Diese Rechtsprechung ist für den vorliegenden Fall relevant, da hier eine ähnliche Situation wie bei einem Generalunternehmervertrag vorliegt. Gemäss dieser Rechtsprechung muss es sowohl der Beklagten als auch der MECC erlaubt sein, einen selbstständigen Reparaturvertrag abzuschliessen. Dieser Reparaturvertrag ist vom Rahmenvertrag unabhängig, was sich darin zeigt, dass die MECC die Rechnungen gegenüber der Beklagten bezahlte und die Klägerin zu keinem Zeitpunkt in die Reparatur involviert war.

- 22 Zudem kann gemäss dem Grundsatz der Relativität von Verträgen die Klägerin nichts aus dem Reparaturvertrag und die MECC nichts aus dem Rahmenvertrag ableiten. Genauso wenig kann die Verrechnung gegenüber der Beklagten geltend gemacht werden, da diese nur das Vertragsverhältnis zwischen der MECC und der Klägerin betrifft.
- 23 Wie nachfolgend ausführlich dargelegt wird, liegt kein von der Beklagten verschuldeter Werkmangel vor, weshalb auch keine Reparatur gemäss Art. 17.3 RV erfolgt ist und die Beklagte folglich auch nicht den Mangel gegenüber der Klägerin verschweigen oder gar eine Reparatur auf ihre Kosten durch einen Reparaturvertrag mit der MECC verhindern konnte (Klageschrift, N. 20).
- 24 Die Behauptung der Klägerin, es liege eine Reparatur gemäss Art. 17.3 RV vor (Klageschrift, N. 29), ist somit unzutreffend.

## **2. Keine Vertragsergänzung von Art. 17.3 RV erforderlich**

- 25 Die Annahme, dass hinsichtlich der Informationspflicht gemäss Art. 17.3 RV eine Vertragslücke vorliege bzw. eine Vertragsergänzung zu erfolgen habe, ist unzutreffend (Klageschrift, N. 22). Ebenso ist es unzutreffend, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin eine Pflicht zur Information bzw. Aufklärung über den bestrittenen Mangel haben sollte oder gar gegen Treu und Glauben verstosse (Klageschrift, N. 27 bzw. 60 f.). Dies aus folgenden Gründen:
- 26 Das Vertragsrecht kennt keine allgemeine Aufklärungspflicht (HUGUENIN, N. 1543). Ob noch nach Abschluss der Hauptleistungspflichten nachwirkende Vertragspflichten bestehen, bestimmt sich im Streitfall durch Auslegung des Vertrags (MIDDENDORF, N. 18). Fehlt der wirkliche übereinstimmende Wille der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR), so sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und im Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten, wobei die systematische Stellung der auszulegenden Bestimmung im Rahmen des ganzen Vertrags zu berücksichtigen ist (BGE 122 III 426 E. 5).

- 27 Nach dem Wortlaut statuiert Art. 17.3 RV, dass die Klägerin die Beklagte bei Mängeln innerhalb der Garantiezeit zu informieren habe. Durch ihre Nachricht löst die Klägerin die Gewährleistung aus, was sich aus der systematischen Stellung von Art. 17.3 RV in Art. 17 RV mit dem Titel „Gewährleistung“ ergibt. Es wurde folglich nur eine Informationspflicht für die *Klägerin* vereinbart. Die Beklagte durfte und musste Art. 17.3 RV so verstehen, dass sie nur dann von einem Fall der Gewährleistung auszugehen hat, wenn ihr die Klägerin dies anzeigt. Der Umstand, dass nur die Klägerin eine Gewährleistung geltend machen kann und nicht ein Dritter, hat gerade den Sinn und Zweck, die Beklagte vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme zu schützen, wie auch sicherzustellen, dass die Klägerin ihre Gewährleistungsansprüche sicher geltend machen kann. Denn in einem Gewährleistungsfall ist die Beklagte bei Verschulden verpflichtet, die Reparatur auf ihre Kosten vorzunehmen (Art. 17.3 RV), ansonsten die Klägerin (Art. 17.4 RV). Somit irrt sich die Klägerin, wenn sie behauptet, es sei für die Beklagte irrelevant, von wem sie über einen Mangel in Kenntnis gesetzt werde (Klageschrift, N. 28).
- 28 Eine weitergehende Informations- bzw. Aufklärungspflicht ist im Rahmenvertrag nicht ersichtlich und kann auch nicht durch eine Auslegung von Art. 17 RV ermittelt oder durch die geplanten langfristigen Geschäftsbeziehungen begründet werden, wie dies von der Klägerin versucht wird (Klageschrift, N. 24-26). Zudem ist anzumerken, dass wenn eine Aufklärungspflicht nicht vertraglich vereinbart wurde, den Unternehmer keine Pflicht trifft, den Besteller über Mängel zu informieren, von denen er erst nach der Ablieferung erfährt, sofern nicht nach ungeschriebenen Grundsätzen des allgemeinen Deliktrechts vor Gefahren des abgelieferten Werkes gewarnt werden muss (GAUCH, N. 821a).
- 29 Die Klägerin behauptet, die Beklagte würde aus einer Reparatur Profit schlagen (Klageschrift, N. 27). Inwiefern dies der Fall ist, bleibt aber unklar. Es ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte die Reparatur eines Mangels, welchen sie – wie nachfolgend dargelegt – nicht verschuldet hat, kostenlos vornehmen sollte. Immerhin erbringt die Beklagte eine Leistung (Reparatur) und wird dafür entschädigt (Bezahlung).
- 30 Somit ist eine Vertragsergänzung aufgrund der Auslegung von Art. 17.3 RV nicht nötig.

### **3. Eventualiter: Reparaturvertrag als Teil des Rahmenvertrags**

- 31 Auch wenn das Schiedsgericht – entgegen den obigen Ausführungen – den Reparaturvertrag als Teil des Rahmenvertrags und damit als Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten ansieht, ändert dies nichts an der Tatsache, dass die Beklagte nicht für den Schaden aufzukommen hat. Die Beklagte hat bei der Reparatur von Mängeln, die auf unangemessenen Gebrauch durch die Auftraggeberin zurückzuführen sind, nur zu assistieren und nicht die

Kosten zu tragen (Art. 17.4 RV). Da – wie nachfolgend aufgezeigt wird – die Beklagte am Schaden kein Verschulden trifft, kann die Reparatur lediglich im Sinne einer Unterstützung als Spezialistin angesehen werden und keines falls als Schuldanererkennung.

32 Eine Rückforderung der Kosten bleibt ausgeschlossen.

## **B. Fehlen eines Werkmangels**

### **1. Kein Werkmangel bei Zentralgetriebe II**

33 Laut der Klägerin liegt ein Werkmangel vor, da das Zentralgetriebe weder dem besonderen Gebrauchszweck (Klageschrift, N. 31 f.) noch dem aktuellen Stand der Technik (Klageschrift, N. 34) entspricht. Diese Ansicht wird aus folgenden Gründen bestritten:

34 Entgegen N. 32 der Klageschrift weist das Zentralgetriebe II die nötige Betriebsfähigkeit auf, läuft es doch bis zum 8. Juli 2011 ohne grössere Probleme (K-10). Ein weiteres, wohl sehr anschauliches Argument, das für die Gebrauchstauglichkeit spricht, ist, dass das Zentralgetriebe I bis dato einwandfrei funktioniert, obwohl es genau gleich konzipiert wurde (K-3; K-4, Anhang I, B.) und den gleichen Bedingungen ausgesetzt war wie das Zentralgetriebe II (B-5).

35 Für die Gebrauchstauglichkeit ist der besondere Gebrauchszweck massgebend und das Werk muss für diesen tauglich sein (GAUCH, N. 1419). Die Klägerin verweist in N. 31 der Klageschrift auf den Entscheid des Schaffhauser Obergerichts, welches die Haftung dafür, dass die Windverhältnisse am betreffenden Ort zum Betrieb des Windgenerators genügend sind, dem Unternehmer zuweist. Dieser hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Erstellung des konkreten Werkes erfüllt sind (OGer SH, in: SJZ 45, 1949, S. 363, N. 174). Die Windverhältnisse sind unveränderbare Bedingungen, welche von Ort zu Ort sehr unterschiedlich und für den Betrieb eines Windgenerators unerlässlich sind. Die häufigen Stromausfälle – falls überhaupt so häufig wie die Klägerin in N. 32 der Klageschrift behauptet – sind aber kein Umstand, der für den Betrieb an sich so sehr entscheidend ist, wie der Wind für ein Windrad. Er haftet nämlich nicht dem Betriebsort aufgrund seiner Geographie an, sondern ist meist auf schlechte Infrastruktur zurückzuführen.

36 Des Weiteren ist allgemein bekannt, dass sich Stromausfälle während des Betriebs von Maschinen schädlich auswirken können. Da die MECC vorliegend für die Gewährleistung des ordentlichen Stromzugangs zuständig war (Verfahrensbeschluss Nr. 2 N. 4), konnte die Beklagte davon ausgehen, dass diese das Problem beispielsweise mittels Notfallgenerator löst. Hätte sich die Klägerin ein Getriebe vorgestellt, dass auch ohne Strom funktioniert und damit gegen solche Ausfälle robust ist, hätte sie dies vereinbaren müssen. Dies war nicht der Fall. Neben vereinbarten Eigenschaften sind auch vorausgesetzte möglich, diese müssen aber mittels Vertragsergänzung vom hypothetischen Parteiwillen getragen werden (GAUCH, N. 1408).

Vorliegend war es aber eben gerade nicht der Wille der Beklagten ein Getriebe herzustellen, das auch ohne Strom funktioniert.

- 37 In N. 34 der Klageschrift fordert die Klägerin den aktuellen Stand der Technik für die Anlagen und verweist dafür auf Art. 5.5 und 5.4 RV. Darin wurden aber nur der Stand der Technik und die anerkannten Regeln des Software Engineerings vereinbart. Dies entspricht dem Begriff der normalen Beschaffenheit des Werkes, wie er in der Lehre verbreitet ist (GAUCH, N. 1409-1411). Dabei wird verlangt, dass das Werk mindestens den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Die von der Beklagten aufgeführte Ölspritzeinrichtung stellt ein Upgrade dar (Einleitungsantwort, N. 25) und nicht der geforderte Mindeststandard des Getriebes. Zudem ist der Standard zur Zeit der Werkausführung und nicht zur Zeit der Ablieferung massgebend (GAUCH, N. 1411). Die Ölspritzeinrichtung wurde erst 2008 designt und im Winter 2009/2010 das erste Mal eingebaut (Einleitungsantwort, N. 25; Verfahrensbeschluss Nr. 2 N. 1). Der Rahmenvertrag (K-1) wurde im Oktober 2008 abgeschlossen und das Werk im Februar 2010 abgeliefert (K-7). Die Zeichnungen wurden bereits Mitte November abgegeben, die Herstellung hat im April 2009 begonnen (vgl. K-4, Anhang II). Damals war die Ölspritzeinrichtung in ihren ersten Zügen entwickelt und noch keineswegs anerkannt. Allgemein anerkannt ist eine Regel nämlich erst, wenn sie von der Wissenschaft theoretisch als richtig erkannt wurde und sich nach einer klaren Mehrheitsmeinung der fachkompetenten Anwender in der Praxis bewährt hat (GAUCH, N. 846; BGer 4A\_428/2007 E. 1). Das gleiche gilt für Regeln, die ohne Wissenschaft und nur aufgrund praktischer Erfahrungen entstehen (GAUCH, N. 846). Vorliegend sind noch keine Lehrmeinungen vorhanden und praktisch bewähren konnte sich die Ölspritzeinrichtung frühestens ab dem Winter 2009/2010, da sie erst ab dann eingebaut wurde (Verfahrensbeschluss Nr. 2 N. 1). Zu diesem Zeitpunkt konnte von der Beklagten nach Treu und Glauben nicht mehr erwartet werden, dass sie ihre Pläne nochmals umändert und die bereits begonnenen Werkausführungen neu ausführt. Die Anforderungen an den Stand der Technik wurden demzufolge eingehalten.
- 38 Die Pläne wurden auf Vorabzug geliefert (vgl. K-1, Art. 9.3.1; K-4, Anhang I, F. N. 2). Dies bedeutet, dass sie die Klägerin zuerst noch genehmigen musste. Da nichts Gegenteiliges bekannt ist, kann davon ausgegangen werden, dass sie dies auch getan hat. Die Werkausführung erfolgte nach den Plänen. Die Pläne sahen keine andere als die eingebaute Ölpumpe vor. Zudem war die Beklagte gemäss Leistungsschein (K-4, B. N. 1) nur dazu verpflichtet ein Ölsystem und den Rohrleitungsanschluss zum Hauptgetriebe sowie einen Tankbehälter inkl. Pumpe, Filter, Ölkühlungsventil und Kontrollinstrumente zu bauen. Genauere Spezifikationen betreffend die Ölpumpe wurden nicht vereinbart.



39 Des Weiteren führt die Klägerin einen Mangel bezüglich des lückenhaften Bedienungshandbuchs auf, da es nicht auf eine manuelle Bedienung hinweist (Klageschrift, N. 35). Das Bedienungshandbuch führt auf, dass es verboten ist, das Getriebe ohne genügende Ölschmierung zu betreiben (Einleitungsantwort, N. 24). Für die Klägerin hätte somit klar sein müssen, dass bei Stromausfällen eine konstante Ölung der Getriebe nicht gewährleistet werden kann und deshalb nach jedem Unterbruch vor Inbetriebnahme die genügende Ölzufuhr kontrolliert werden muss. Dadurch entstandene Schäden sind Sache der MECC, welche sie durch falsche Bedienung herbeiführte – wie nachfolgend dargelegt wird. Auch stellt eine geforderte manuelle Bedienungsleitung im Falle eines Stromausfalls keine Alternative dar, da weder immer ein Arbeiter zur Stelle sein kann noch wäre es möglich, von Menschenhand ein solches Getriebe zu betreiben. Eine viel effizientere Lösung wäre die Installation eines Notfallgenerators durch die Klägerin oder die MECC.

40 Die Ausführung der Klägerin, dass das Werk sachgemäss sein muss (Klageschrift, N. 36), fliesst bereits in den besonderen Gebrauchszweck und ist, wie oben (s.o. Rn. 35) dargelegt, nicht zutreffend.

41 Somit liegt kein Werkmangel vor. Das Zentralgetriebe weist alle vereinbarten und vorausgesetzten Eigenschaften auf. Es handelt sich um keinen Anwendungsfall von Art. 17.3 RV.

## **2. Anmerkung zu geheimer oder arglistig verschwiegener Mangel**

42 Zu den Ausführungen der Klägerin (Klageschrift, N. 57-64) bezüglich eines allfälligen geheimen oder arglistig verschwiegenen Mangels kann Folgendes gesagt werden:

### **a) Kein geheimer Mangel**

43 Ein von der Klägerin in N. 57 der Klageschrift aufgeführter geheimer Mangel liegt nicht vor. Der entscheidende Zeitpunkt für die Beurteilung eines Mangels ist die Ablieferung bzw. die Abnahme des Werkes (HUGUENIN, N. 3158), dann muss er mindestens im Keim vorhanden sein. Kommt es *danach* zu einer Abweichung vom Vertrag, sind Sachgewährleistungsansprüche ausgeschlossen (Ebd., N. 2615). Das Zentralgetriebe II hat im Zeitpunkt der Abnahme dem Vertrag entsprochen (s.o. Rn. 33-41). Der später entstandene Schaden ist nicht auf einen bereits vorhandenen Mangel zurückzuführen, sondern hat seinen Ursprung in anderen Ursachen.

### **b) Kein arglistig verschwiegener Mangel**

44 Des Weiteren macht die Klägerin geltend, dass ein absichtlich verschwiegener Mangel i.S.v. Art. 370 Abs. 1 OR vorliegt (Klageschrift, N. 59-62). Dies wird aufgrund der folgenden Ausführungen bestritten:

45 Nimmt das Schiedsgericht einen Werkmangel – entgegen unserer Auffassung – an, wäre ein absichtliches Verschweigen trotzdem nicht gegeben. Dies aus folgendem Grund: Der Tatbestand ist erfüllt, wenn ein Mangel bewusst verschwiegen, eine Eigenschaft vorgetäuscht oder ein Irrtum des Bestellers ausgenützt wird. Zudem muss das Verschweigen gegen Treu und Glauben verstossen (ZK OR-BÜHLER, Art. 370 N. 20). Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Unternehmer den Mangel kennt und diesen dem Besteller bewusst verschweigt, obwohl er weiss oder wissen müsste, dass der Besteller den Mangel nicht kennt und zunächst auch nicht erkennen wird (GAUCH, N. 2092; BGE 66 II 132 E. 6).

46 Die Klägerin war von Anfang an über die Pläne der Beklagten informiert und hat diese genehmigt (s.o. Rn. 38). Sie wusste also dass die Ölspritzeanlage unten angebracht war. Falls dies den Mangel darstellt, – wovon sich die Beklagte klar distanziert – wusste die Beklagte selbst erst mit der Information über das Aussteigen des Zementwerkes II mittels Fax vom 8. Juli 2011 über dessen Tragweite (Einleitungsantwort, N. 18, K-10). Ein bewusstes Verschweigen war gar nicht möglich. Ähnlich hat das Bundesgericht in einem Fall betreffend eine defekte Kanalisation geurteilt: Zuerst hielt es fest, dass eine unvollständige Werkausführung allein nicht notwendig das Verschweigen eines Mangels impliziere. Danach urteilte es, dass die Leitung über die Verlegung einer defekten Kanalisation nicht auch bedeute, dass der Unternehmer den Mangel gekannt noch ihn verschwiegen habe (BGE 89 II 405 E. 2b). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung kann weder die unvollständige Werkausführung noch der nachträgliche Einbau der Ölspritzeanlage der Beklagten kein absichtliches Verschweigen und grundsätzlich auch kein Verstoss gegen Treu und Glauben implizieren.

### **3. Eventualiter: Kein Ersatz des Mangelfolgeschaden**

47 Die Klägerin macht eine Sorgfaltspflichtverletzung und das damit erfüllte Verschulden in Bezug auf den Mangelfolgeschaden geltend (Klageschrift, N. 38-42). Da jedoch kein Werkmangel vorliegt, kann auch kein Anspruch aus Mangelfolgeschaden abgeleitet werden.

48 Auch wenn ein Werkmangel bejaht würde, könnte man der Beklagten nicht vorwerfen, dass sie auch einen Mangelfolgeschaden zu decken hat, da ein allfälliger Werkmangel nicht kausal zum Mangelfolgeschaden ist und kein Verschulden vorliegt – entgegen Klageschrift N. 39-42.

#### **a) Ursachen für den Schaden**

49 Zwischen dem Werkmangel – i.c. dem Fehlen der Ölspritzeanlage – und dem Mangelfolgeschaden muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen (GAUCH, N. 1863 f.). Auch wenn die Beklagte auf das Upgrade der Ölspritzeanlage hingewiesen hätte, wäre es zum Schaden gekommen (Einleitungsantwort, N. 25). Wäre das Fehlen der Ölspritzeanlage kausal für den Schaden, wäre auch das Zentralgetriebe I ausgestiegen,

denn dieses wurde genau gleich konzipiert und war den gleichen Bedingungen ausgesetzt (s.o. Rn. 34). Die einzigen Unterschiede der beiden sind, dass das Zentralgetriebe II bereits in der Montagephase bewegt worden war (B-4) und die MECC es bei einer verdrehten Zahnkupplung mit dem Hauptmotor zu starten versuchte. Dies führte aufgrund dessen hoher Geschwindigkeit zum Schaden (Einleitungsantwort, N. 18). Beide Umstände dürfen aber nicht der Beklagten zugerechnet werden.

- 50 Für den Schaden am Zentralgetriebe II kausal sind somit das Nichtbefolgen der klaren Gebrauchsanweisung, indem das Getriebe trotz mangelhafter Ölzufuhr und mehrfachem Hinweis betrieben wurde (B-4; K-8; Einleitungsantwort, N. 23). Insbesondere wurden die Zentralgetriebe so betrieben, dass bei einem Stopp des Hauptmotors auch der Zufluss an Schmieröl gestoppt wurde, was zur Folge hatte, dass das Nebengetriebe ohne genügende Schmierölaufuhr gestartet wurde (K-11). Zudem lag, wie die Schadensanalyse von Herrn Senecky ergab, ein Defekt am Verriegelungssystem und eine Manipulation der Trommelbremse vor (Einleitungsantwort, N. 22 f.). Die fehlerhafte Nutzung und die Nichtbefolgung der Gebrauchsanweisungen sind von der Klägerin und der MECC zu verantworten, ebenso die Manipulation der Trommelbremse. Die Beklagte hat das Zentralgetriebe selbst nicht betrieben. Die Mängel am Verriegelungssystem sind ebenfalls von der Klägerin oder allenfalls von einer Drittpartei zu verantworten, da die Klägerin für die Bereitstellung desselben verantwortlich war und die Lieferung durch eine Drittpartei erfolgte (Verfahrensbeschluss Nr. 2 N. 12). Die Beklagte hatte schlicht keinen Einfluss auf die Schäden und diese sind von ihr auch nicht zu verantworten.

#### **b) Fehlendes Verschulden**

- 51 Für den Ersatz des Mangelfolgeschadens ist nach Art. 368 Abs. 2 OR zudem Verschulden notwendig. Dieses setzt voraus, dass vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt wurde oder die Sorgfaltspflicht nach Art. 364 OR verletzt wurde (GAUCH, N. 1887). Die Klägerin wirft vor, dass das Getriebe nicht dem Stand der Technik genüge und damit sorgfaltswidrig vorgegangen worden sei (Klageschrift, N. 41). Diese Ansicht wird bestritten. Wie oben (Rn. 37) bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Ölspritzeinrichtung noch nicht um eine praktisch bewährte und anerkannte Technik, sondern sie stellt lediglich ein Upgrade dar. Die Beklagte konnte nicht davon ausgehen, dass ein solches gewünscht wird und hat damit weder vorsätzlich, noch fahrlässig gehandelt. Die schlechte Stromzufuhr gehört nicht in ihren Aufgabenbereich (Verfahrensbeschluss, Nr. 2 N. 4).

### **C. Keine Verletzung einer werkvertraglichen Sorgfaltspflicht**

- 52 Eventualiter fordert die Klägerin Schadenersatz aus Art. 97 i.V.m. Art. 364 Abs. 1 OR (Klageschrift, N. 43-45), falls ein Werkmangel verneint würde. Ihrer Aufklärungspflicht ist die Beklagte jedoch nachgekommen. Sie hat mit der Bedienungsanleitung auf die Problematik hingewiesen, dass das Getriebe nicht ohne genügend Ölschmierung betrieben werden darf und damit ihre Aufklärungspflicht erfüllt. Der erwähnte manuelle Betrieb während eines Stromausfalls macht keinen Sinn (s.o. Rn. 39). Von der Beklagten durfte nicht erwartet werden, dass sie für jeden Zwischenfall einen konkreten Lösungsfall aufführte. Auch entspricht das Getriebe dem Stand der Technik (s.o. Rn. 37).
- 53 Es ist Sache des Bestellers zu beweisen, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen wurde, da dieser seine Rechte daraus ableitet (Art. 8 ZGB; ZK OR-BÜHLER, Art. 364 OR N. 14). Vorliegend ist es der Klägerin nicht gelungen darzustellen, inwiefern die Sorgfaltspflicht verletzt wurde. Das Vorgebrachte ist zu wenig substantiiert.

### **D. Eventualiter: Kein Gewährleistungsanspruch gemäss Art. 17 RV**

- 54 Falls das Gericht – entgegen den Ausführungen der Beklagten – zum Schluss kommt, es bestehe ein Werkmangel, wird nachfolgend aufgezeigt, warum die Klägerin dennoch keine Ansprüche aus Gewährleistung geltend machen kann:
- 55 Die vertragliche Differenzierung der Begrifflichkeiten durch die Klägerin wird nicht bestritten (Klageschrift, N. 46 f.). Die Gewährleistungsansprüche scheitern aber an der gültig erfolgten Abnahme des Werkes sowie am Haftungsausschluss gemäss Art. 17.9 RV.

#### **1. Abnahme des Werkes ist gültig erfolgt**

##### **a) Konkludente Abnahme des Werkes**

- 56 Die Ansicht der Klägerin in N. 49-51 der Klageschrift, dass das Werk nicht gültig abgenommen wurde, wird bestritten. Dies aus folgendem Grund:
- 57 Zwar wurde nie ein Abnahmezertifikat, wie dies für die Abnahme in Art. 13.1 RV sowie im Einzelvertrag (K-3) gefordert wird, unterzeichnet, doch kann eine Abnahme auch anders erfolgen. Sowohl eine wörtliche als auch eine systematische Auslegung des Art. 13.2 RV lassen eindeutig darauf schliessen, dass eine gültige Abnahme vorliegt, sobald eine der in Art. 13.2.1 oder 13.2.2 RV aufgeführten Bedingungen erfüllt ist. Insbesondere ist dabei auf Art. 13.2.1 RV einzugehen. Dieser besagt, dass eine Abnahme erfolgt, sobald ein Leistungstest zeigt, dass alle Leistungsgarantien erfüllt wurden.
- 58 Der angesprochene Leistungstest ist i.c der Endtestlauf, welcher nach dem Einzelvertrag (K-3) von der Klägerin durchzuführen war. Dieser wurde am 26. Dezember 2010 durchgeführt (Einleitungsanzeige, N. 18). Darauf folgend wurde keine Mängelrüge erhoben. Es kann dem-

nach davon ausgegangen werden, dass die Ergebnisse des Endtestlaufs zur Befriedigung der Klägerin ausgefallen sind. Zudem überwies die Klägerin der Beklagten am 2. Januar 2011, also eine Woche nach dem erfolgreich durchgeführten Endtestlauf, die letzten 10% der geschuldeten Summe (B-6). Wäre der Endtestlauf nicht erfolgreich gewesen und hätten demnach Mängel bestanden, hätte die Beklagte den ausstehenden Betrag kaum überwiesen. Es ist davon auszugehen und die Beklagte konnte nach Treu und Glauben annehmen, dass eine Abnahme trotz eines fehlenden Abnahmezertifikats gültig nach Art. 13.2.1 RV erfolgt ist.

- 59 Obwohl die Klägerin keine explizite Erklärung abgegeben hat, dass sie das Zentralgetriebe als genehmigt gelten lassen will (Klageschrift, N. 52), so lässt sich doch davon ausgehen, dass die Klägerin das Werk konkludent i.S.v. Art. 370 Abs. 2 OR genehmigt hat. Wenn der Besteller die vorgeschriebene Prüf- und Anzeigepflicht unterlässt und das Werk ohne Vorbehalte in Betrieb nimmt, wird stillschweigende Genehmigung des Werks angenommen (ZK OR-BÜHLER, Art. 370 N. 14). Da die Klägerin nach der Durchführung des Endtestlaufs keinerlei Mängelrüge erhoben und das Werk in Betrieb genommen hat, hat sie die vorgeschriebene Anzeigepflicht unterlassen und das Werk somit stillschweigend genehmigt. Eine Genehmigung des Werkes – ob stillschweigend oder explizit – führt in jedem Fall zu einer Verwirkung der Mängelrechte (OGer ZH HG 120224 E. 1.1.2; KG SG BZ.2006.53 E. 5).
- 60 Zudem hat die Klägerin den ausstehenden Restbetrag vollständig beglichen. Da die Klägerin ein Unternehmen mit Gewinnabsicht ist, kann stark bezweifelt werden, dass die Bezahlung der ausstehenden Summe auf reines Pflichtbewusstsein zurückzuführen ist (Klageschrift, N. 50). Die vertragliche Abnahme ist somit erfolgt.

#### **b) Fristenablauf**

- 61 Die Klägerin behauptet in N. 53 der Klageschrift, dass die Prüf- und Anzeigepflicht des Bestellers erst mit der Abnahme des Werkes zu laufen beginnt. Diese Aussage ist an und für sich korrekt. Allerdings verwechselt die Klägerin den Begriff der gesetzlichen Abnahme mit jener der im Rahmenvertrag definierten Abnahme und widerspricht damit ihrer in N. 46 f. der Klageschrift selbst vorgebrachten korrekten Differenzierung der Begriffe. Bei der in der Klageschrift gemeinten Abnahme handelt es sich eindeutig um die Abnahme im Sinne des Gesetzes, also um die physische Übergabe des Werkes (Klageschrift, N. 46). Diese hat bereits am 2. Februar 2010 stattgefunden.
- 62 Obwohl das Werk abgenommen wurde (s.o. Rn. 56-60), gelten die in Art. 17.2 RV festgehaltenen Fristen. Demnach haftet die Beklagte während 12 Monaten nach erfolgter Abnahme oder während 36 Monaten nach erfolgter Ablieferung. Der Endtestlauf und somit die Abnahme erfolgten am 26. Dezember 2010 (Einleitungsanzeige, N. 18). Wie in N. 55 der Klage-

schrift richtig festgehalten wurde, macht die Klägerin den Schaden am 13. Januar 2013 geltend. Zwischen der Abnahme und der Geltendmachung des Schadens liegen somit 25 Monate. Dies ist deutlich länger als die in Art. 17.2 RV bezifferte Haftungsfrist von 12 Monaten.

63 Da die Frist von 12 Monaten bei weitem nicht eingehalten wurde, kann die Beklagte nicht mehr im Rahmen von Art. 17 RV haftbar gemacht werden.

## **2. Subeventualiter: Abnahme des Werkes ist nicht gültig erfolgt**

64 Geht das Schiedsgericht trotz der eben erwähnten Ausführungen von der Annahme aus, die Abnahme sei nicht gültig erfolgt – wovon sich die Beklagte klar distanziert – kann die Klägerin trotzdem keine Gewährleistungsansprüche geltend machen. Dies aus folgendem Grund:

65 Zwar ist die Frist von 36 Monaten nach Art. 17.2 RV noch nicht abgelaufen, allerdings hat die Klägerin – wie nachfolgend aufgezeigt wird – gegen Art. 17.9 RV verstossen. Eine Forderung der Schadenssumme ist aufgrund des Haftungsausschlusses in Art. 17.9 RV nicht möglich. Zusätzlich wurde keine rechtsgültige Rüge erhoben.

### **a) Haftungsausschluss gemäss Art. 17.9 RV**

66 Obwohl die Klägerin keinerlei Bezug auf den Art. 17.9 RV nimmt, soll im Folgenden kurz aufgezeigt werden, warum genannter Artikel relevant ist. Artikel 17.9 RV enthält spezifische Voraussetzungen, welche von der Klägerin erfüllt werden müssen, um im Schadensfall die Haftung und Verantwortlichkeit auf die Beklagte abschieben zu können.

67 Die erste Voraussetzung verpflichtet die Klägerin die Anlage gemäss den Anweisungen und Spezifikationen der Beklagten zu errichten. Dieser Voraussetzung entsprach die Klägerin klar nicht. Obwohl Stephan Fallet vor seiner Abreise sowohl die MECC als auch die Klägerin darauf hingewiesen hat, dass ein Starten des Zentraltriebessystem in der Abwesenheit der Beklagten auf keinen Fall erlaubt sei (Einleitungsantwort, N. 15; K-8), hat sich die Klägerin über diese Anordnung hinweggesetzt. In der Folge wurden die Zentralgetriebe I und II betrieben – in Abwesenheit eines Vertreters der Beklagten (B-5).

68 Zudem hat die Klägerin gegen den dritt genannten Punkt des Art. 17.9 RV verstossen. Dieser besagt unter anderem, dass alle Bedienungs- und Prüfverfahren nach den Anweisungen der Auftragnehmerin zu erfolgen haben. Die von Herrn Senecky durchgeführte Schadensanalyse ergab, dass vier Radiallager, ein Planetenrad und das Nebenantriebsgetriebe beschädigt worden waren. Als Grund dafür nannte er eine mangelhafte Ölschmierung. Diese entstand durch die fehlerhafte Benutzung und das Nicht-Befolgen der durch die Beklagte mitgelieferten Gebrauchsanweisung (Einleitungsantwort N. 22 f.). Die genannten Verstösse können eindeutig unter das Bedienungsverfahren subsumiert werden, welche offensichtlich nicht nach den Anweisungen der Beklagten erfolgt sind. Ebenfalls hat die Klägerin gegen das Prüfverfahren

verstossen, indem sie den Kalt-Testlauf durchgeführt hat und dies obwohl kein Vertreter der Beklagten anwesend war (B-5).

69 Dieses Verhalten der Klägerin stellt eine klare Missachtung des Art. 17.9 RV dar und hat zur Folge, dass die durch die mangelhafte Bedienung entstandenen Schäden unter keinen Umständen auf die Beklagte abgewälzt werden können.

70 Der Haftungsausschluss nach Art. 17.9 RV ist zulässig, da er nicht gegen Art. 100 OR verstösst. Da es sich bei Art. 100 OR um zwingendes Recht handelt, ist es notwendig, dass der Haftungsausschluss Teil des Vertrags bildet (BGE 111 II 471 E. 11). Der Haftungsausschluss findet sich in Art. 17.9 RV und ist somit klar Teil des Vertrags. Gemäss Art. 100 Abs. 1 OR ist ein Haftungsausschluss betreffend rechtswidriger Absichten oder grob fahrlässigem Handeln nichtig. In Art. 17.9 RV wurden jedoch weder die Haftung für rechtswidriges noch für grob fahrlässiges Handeln wegbedungen. Der genannte Artikel knüpft den Anspruch auf Leistungsgarantien an Bedingungen, welche erfüllt werden müssen, um die Leistungsgarantie in Anspruch nehmen zu können. Keine dieser Bedingungen enthält rechtswidrige Absichten. Ebenso wenig wird damit grobfahrlässiges Handeln entschuldigt. Die Voraussetzungen der Art. 100 OR sind demnach nicht verletzt und der in Art. 17.9 RV enthaltene Haftungsausschluss ist zulässig.

#### **b) Rüge gemäss Art. 17.3 RV**

71 Gemäss Art. 17.3 RV muss die Auftraggeberin die Auftragnehmerin über einen allfällig auftretenden Mangel in Kenntnis setzen. Vorliegend wurde die Beklagte aber von der MECC über den aufgetretenen Schaden am Zementwerk II informiert (K-10). Für die Gewährleistung muss die Klägerin selbst rügen (s.o. Rn. 27). Die MECC war demnach eben gerade nicht rügeberechtigt, weshalb keine gültige Mängelrüge stattgefunden hat.

72 Zudem würde eine Rüge durch die Klägerin mittels Klageschrift am 13. Dezember 2013 nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Eine solche hätte sofort zu erfolgen (Art. 367 OR) und nicht erst 29 Monate später.

#### **E. Keine Verletzung einer auftragsrechtlichen Pflicht**

73 Die Klägerin wirft der Beklagten eine Schlechterfüllung des Vertrags gemäss Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR vor, da die Beklagte die Nebenpflicht der Aufklärung bezüglich der häufigen Stromausfälle in Saudi Arabien nicht gehörig erfüllt habe (Klageschrift, N. 65). Weiter wirft die Klägerin der Beklagten eine Sorgfaltspflichtverletzung bestehend in der Abwesenheit von Stephan Fallet vor (Ebd.). Beide Vorwürfe werden bestritten und sind von der Klägerin falsch dargestellt. Dazu was folgt:

## **1. Keine Verletzung einer Nebenpflicht**

### **a) Keine auftragsrechtliche Aufklärungspflicht bezüglich der Stromausfälle**

74 Wie die Klägerin selber richtigerweise ausführt, hat sich das Mass der Aufklärungspflicht nach den Umständen und der Natur des Vertrags zu bestimmen (Klageschrift, N. 66). Die Aufklärungspflicht der Beklagten bezog sich im Rahmen ihres Auftrags nach Anhang I Buchstabe E. Ziff. 3 des Leistungsscheins (K-4) auf die Überwachung und Instruktion der Montage. Die Zustände auf der Baustelle fallen gerade nicht in den Aufgabenbereich der Beklagten, sondern in die Verantwortung der Klägerin (vgl. Art. 4.1 RV). Auch der Leistungsschein (K-3) statuiert unter dem Titel „Installation“, dass die Anlagen *durch die Auftraggeberin* zu installieren seien und der Beklagten lediglich die Aufgabe der Überwachung zukomme.

75 Der Umfang der Aufklärungspflicht bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls und wird herabgesetzt, wenn der Bauherr selber fachkundig ist (LOCHER, N. 9.28). Die Klägerin ist spezialisiert auf den Forschungsprozess, die Entwicklung, das Design und die Konstruktion von Zementproduktionsanlagen, somit ist sie selber fachkundig und muss nicht wie ein Laie über alle Details aufgeklärt werden. Insbesondere muss der Klägerin deshalb bewusst sein, dass Stromausfälle auf eine schlechte Infrastruktur zurückzuführen sind und nichts mit den Zentralgetrieben als solchen zu tun haben. Zudem widerspricht sich die Klägerin selbst in Klageschrift N. 72, indem sie sagt, dass Stromausfälle allgemein bekannt seien. Wenn Stromausfälle allgemein bekannt sind, muss auch nicht darauf hingewiesen werden.

76 Aus diesen Gründen ist es unzutreffend, dass die Klägerin behauptet, der Beklagten komme die Pflicht zur Information bzw. Aufklärung bezüglich der Stromausfälle als Teil ihres Auftrags zu (Klageschrift, N. 68-70).

### **b) Keine Verletzung der auftragsrechtlichen Aufklärungspflicht**

77 Die Beklagte ist ihrer auftragsrechtlichen Aufklärungspflicht mit der Übergabe der Betriebsanleitung (Einleitungsantwort, N. 23) und eines Arbeitsmemos an den zuständigen Bauleiter vor Ort (B-4) sowie den schriftlichen Anweisungen von Stephan Fallet (K-8) genügend nachgekommen. Die verlangte Aufklärung über manuell zu tätigende Schritte kann nicht erwartet werden (Klageschrift, N. 78; s.o. Rn. 39, 52). Im Bedienungshandbuch wird deutlich festgehalten, dass das Zentralgetriebe nur betrieben werden darf, wenn die Ölschmierung gewährleistet ist (Einleitungsantwort, N. 24). Somit kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, sich der Gefahr ungenügender Ölschmierung nicht bewusst gewesen zu sein bzw. keine Informationen für die Vermeidung der Schäden besessen zu haben (Klageschrift, N. 72-77).

78 Entgegen der Behauptung der Klägerin (Klageschrift, N. 71-79) ist die Beklagte ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen.



## **2. Keine Sorgfaltspflichtverletzung durch die Abwesenheit von Stephan Fallet**

79 Die Klägerin macht in der Klageschrift geltend, die Beklagte habe durch die einmonatige Abwesenheit von Stephan Fallet ihre Sorgfaltspflicht verletzt (Klageschrift, N. 83). Dies wird auf folgendem Grund bestritten:

80 Ob der Beauftragte sorgfältig gehandelt hat, ist zu bejahen, wenn er das getan hat, was normalerweise zum Erfolg führt (BK OR-FELLMANN, Art. 398 N. 356). Stephan Fallet hat durch seine Präsenz vor Ort bemerkt, dass das Zentralgetriebe II bereits bewegt worden war und er befürchtete, dass dieses dabei zu Schaden gekommen sei (B-4), zudem bemerkte er nach seiner Rückkehr, dass das Zentralgetriebe – ohne Inspektion – betrieben und zum Motor nicht ordnungsgemäss ausgerichtet worden war (B-5). Weiter forderte Stephan Fallet einen ABB-Techniker an (B-5), um nach seiner Rückkehr die Zentralgetriebe zu überprüfen und allfällige Schäden zu vermeiden (Verfahrensbeschluss Nr. 2 N. 2). Dies zeigt gerade, dass Stephan Fallet sorgfältig gehandelt hat bzw. alles tat, um die Montage zum Erfolg zu führen – entgegen Klageschrift, N. 80-83.

81 Zudem ist im Rahmen der Überwachung der Bauarbeiten auch dafür zu sorgen, dass dem Bauherrn keine unnötigen Kosten entstehen (BK OR-FELLMANN Art. 398 N. 373; BGE 122 III 61 E. 2.). Die Rückreise von Stephan Fallet stellte die kostengünstigste Variante dar (Einleitungsantwort, N. 15).

82 Der Bauleiter muss zudem nicht dauernd auf der Baustelle sein und sämtliche Arbeitsschritte überwachen, es kann aber erwartet werden, dass wichtige Schritte überwacht werden (LOCHER, N. 9.78; SCHUMACHER, N. 506). Bevor Stephan Fallet abreiste, übergab er der Klägerin eine detaillierte Auflistung der Arbeiten, die noch durchzuführen waren und wies die Klägerin darauf hin, dass das Starten eines Zentralgetriebes nicht ohne Anwesenheit eines Servicetechnikers erlaubt sei, ansonsten übernehme die Beklagte keine Haftung (K-8). Dieses Vorgehen zeigt, dass er darum bemüht war, alle wichtigen Arbeitsschritte zu überwachen.

83 Somit liegt keine Sorgfaltspflichtverletzung durch die Abwesenheit von Stephan Fallet vor.

## **3. Fehlen eines kausalen Schadens**

84 Die Ausführungen der Klägerin bezüglich der Verursachung eines kausalen Schadens (vgl. Klageschrift, N. 84-86) werden vollumfänglich bestritten (s.o. Rn. 49 f.).

85 Aus dem Werkvertragsrecht gilt der Grundsatz, dass wenn der Besteller eine adäquate Ursache für den Schaden gesetzt hat und diese allein für den Schaden verantwortlich ist, der Unternehmer völlig von seiner Haftpflicht befreit wird (BGer 4C.217/2005 E. 3.2.1). Dieser Grundsatz ist vorliegend analog anwendbar. Indem die Klägerin durch ihre fehlerhafte Bedienung die alleinige Ursache für den Schaden am Getriebe gesetzt hat, kann der Beklagten kei-

ne Haftpflicht angelastet werden. Entgegen den Ausführungen der Klägerin in N. 73 der Klageschrift war auch in den anderen Projekten nicht primär die Ölzufuhr an sich, sondern die aus der falschen Bedienung entstandene unzureichende Ölschmierung das Problem (K-11).

86 Selbst wenn eine allfällige auftragsrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung bejaht würde, stellt sie somit keine kausale Ursache für den Schaden dar.

#### **4. Kein schuldhaftes Verhalten**

87 Die Behauptung, dass die Klägerin mit ihrem Verhalten die elementarsten Sorgfaltsgebote missachtet habe und daher grobfahrlässig handelte (Klageschrift, N. 87), wird ausdrücklich bestritten und ist auch nicht substantiiert von der Klägerin dargelegt worden. Vielmehr wurde bereits aufgezeigt, dass die Beklagte keine Sorgfaltspflicht verletzt hat (s.o. Rn. 73-83).

88 Da keine positive Vertragsverletzung vorliegt, haftet die Beklagte auch nicht gemäss Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR.

#### **F. Keine Konventionalstrafe geschuldet**

##### **1. Unabhängiger Reparaturvertrag**

89 Die Behauptung der Klägerin in N. 88 der Klageschrift, dass sie eine Vertragsstrafe aus Art. 17.3 RV fordern kann, wird bestritten. Dies aus folgendem Grund:

90 Wie oben bereits dargelegt (s.o. Rn. 19-24), erfolgte die Reparatur aufgrund eines vom Rahmenvertrag unabhängigen Reparaturvertrags, welcher zwischen der Beklagten und der MECC geschlossen wurde. Die Voraussetzungen für die Konventionalstrafe sind somit nicht gegeben.

##### **2. Eventualiter: Keine Anwendung von Art. 17.3 i.V.m. Art. 14 RV**

91 Bejaht das Schiedsgericht trotz gegenteiliger Auffassung die Anwendbarkeit des Rahmenvertrags, wird trotzdem keine Konventionalstrafe geschuldet, da kein Mangel im Sinne von Art. 17.3 RV vorliegt, der Reparaturbegriff in Art. 17.3 RV nicht den Einbau von neuen Teilen umfasst und kein Verschulden vorliegt.

##### **a) Kein Mangel nach Art. 17.3 RV**

92 Art. 17.3 RV verlangt das Vorliegen eines Mangels. Der Mangel in Art. 17.3 RV kann sich aufgrund der systematischen und wörtlichen Auslegung nur auf einen Werkmangel beziehen. Ein solcher ist gemäss den obigen Ausführungen (s.o. Rn. 33-41) nicht vorhanden.

##### **b) Auslegung des Reparaturbegriffs nach Art. 17.3 RV**

93 Die Klägerin wirft der Beklagten in der Klageschrift vor (Klageschrift, N. 93), dass sie den Wortlaut der Reparatur des Art. 17.3 RV verkennt, indem sie die Meinung vertritt, dass der Neueinbau nicht unter den Begriff der Reparatur fällt (Einleitungsantwort N. 27). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, trifft dies nicht zu:

94 Wenn sich die Parteien nicht einig über ihre Regelungen im Vertrag sind, muss der Inhalt des Vertrags mittels Auslegung nach Vertrauensprinzip ermittelt werden (HUGUENIN, N. 273). Es ist darauf abzustellen, was die Parteien unter gegebenen Umständen nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) vereinbart hätten (HUGUENIN, N. 282; BGE 95 II 433 E.2).

95 Richtigerweise schreibt die Klägerin in der Klageschrift (N. 93), dass in Art. 17.3 RV von der Reparatur mangelhafter bestehender Werkteile und der Auswechslung des Materials die Rede sei. Die Klägerin verkennt dabei aber (Klageschrift, N. 93-95), dass die erlaubte Dauer der Reparatur von drei Wochen nur bezüglich der Reparatur selbst aufgeführt ist und eben gerade nicht in Bezug auf die erwähnte Auswechslung des Materials. Zusätzlich kann nach Treu und Glauben von einer Partei nicht erwartet werden, dass unter dem Begriff der Reparatur auch der Einbau von Spezialanfertigungen und neu designten und beschafften Werkteilen aus Deutschland zu verstehen ist. Es kann nicht im Sinne der Parteien liegen, dass drei Wochen für den Einbau einer neuen Ölspritzeinrichtung ausreichen sollten.

### **c) Ein Verschulden ist nicht gegeben**

96 Geht das Schiedsgericht entgegen unserer Auffassung von einer „Reparatur“ aus, die den Einbau neuer Werkteile umfasst, ist eine Konventionalstrafe trotzdem nicht geschuldet, da kein Verschulden vorliegt. Dies aus folgendem Grund:

97 Bei einer Konventionalstrafe können die Parteien ein Verschulden vereinbaren, müssen aber nicht (HUGUENIN, N. 1262). Vorliegend haben die Parteien ein Verschulden vereinbart, da sie in Art. 17.3 RV die Anerkennung des Mangels voraussetzen und damit ein solches implizit vereinbaren. Es besteht aber kein Verschulden an einem allfälligen Werkmangel (s.o. Rn. 51).

98 Eine Vertragsstrafe kann somit nicht gefordert werden.

### **G. Fazit Materielles**

99 Da kein Werkmangel vorliegt, besteht auch keine Gewährleistung gemäss Art. 17 RV. Ebenso fehlt eine für den Schaden kausale auftragsrechtliche Sorgfaltspflichtverletzung. Es fehlt der Klägerin somit an einer gültigen Haftungsgrundlage für ihre Forderung. Eine Konventionalstrafe wird nicht geschuldet. Die Klage ist somit eventualiter unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin abzuweisen.

Wir ersuchen Sie höflich, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 7