

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

13. Dezember 2013

Klageschrift

Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013

In Sachen

Cementra Design AG
Aarethalstrasse 105
CH-3052 Zollikofen
Schweiz

Klägerin

vertreten durch Moot Court Team 7

gegen

Feller Gear AG
Hirschstrasse 22
D-70173 Stuttgart
Deutschland

Beklagte

vertreten durch Moot Court Team [...]

Sehr geehrte Frau Präsidentin

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

Rechtsbegehren:

1. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 444'225.00 zu bezahlen
– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 18. Mai 2012 auf den Betrag;*
2. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 322'775.00 zu bezahlen,
– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 18. Mai 2012 auf den Betrag;*
3. *Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 108'000.00 zu bezahlen;*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Materialienverzeichnis.....	VI
I. Prozessuales.....	1
A. Zuständigkeit des Schiedsgerichts	1
1. Ausgangslage	1
2. Prüfung der Zuständigkeit.....	1
B. Prüfung der Gültigkeit von Art. 18 der AGB und Art. 23 des Rahmenvertrags.....	1
1. Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklauseln	1
2. Vorrang von Art. 23 des Rahmenvertrags.....	3
3. Keine Übernahme von Art. 18 der AGB in den Einzelvertrag	3
4. Vorrang einer Individualabrede.....	4
C. Fazit.....	4
II. Materielles	4
A. Qualifikation des Einzelvertrags.....	4
1. Werkvertragliche Pflicht	5
2. Auftragsrechtliche Pflicht	5
B. Gewährleistung aus Art. 17 des Rahmenvertrags	6
1. Ausgangslage	6
2. Werkmangel	6
3. Fristgerechte Mängelrüge.....	8
4. Ausschlussgründe.....	9
5. Nachbesserungsrecht der Klägerin gemäss Art. 368 Abs. 2 OR.....	12
6. Mangelfolgeschaden.....	12
C. Eventualiter: Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung	14
1. Anspruchsgrundlage.....	14
2. Positive Vertragsverletzung durch Stephan Fallet	15
3. Kausal verursachter Schaden durch die Vertragsverletzung.....	17
4. Verschulden der Beklagten	18
D. Vertragsstrafe.....	19
1. Ausgangslage	19
2. Anspruchsgrundlage.....	19
3. Anspruch aus Rahmenvertrag und Art. 160 OR	19
E. Fazit.....	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. 60]

DERENDINGER PETER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, 2. nachgeführte Aufl., Freiburg 1990 (Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 87) (zit. DERENDINGER, N. X)

[zit. in: Rn. 79]

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. 70]

FURRER ANDERAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. IV, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. CHK OR I-BEARBEITERIN, Art. X N. X)

[zit. in: Rn. 65, 85]

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. GAUCH, N. X)

[zit. in: Rn. 21, 29, 30, 53, 56, 60, 63]

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. X)

[zit. in: Rn. 79]

GIRSBERGER DANIEL et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. ZK IPRG-BEARBEITERIN, Art. X N. X)

[zit. in: Rn. 4, 6]

HONSELL HEINRICH et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. BSK IPRG-BEARBEITERIN, Art. X N. X)

[zit. in: Rn. 7, 9]

HONSELL HEINRICH et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK OR-BEARBEITERIN, Art. X N. X)

[zit. in: Rn. 65, 66]

HUBER LUCIUS/SCHÜRMANNS HANS-JÜRGEN, Arbitration Clause „By Reference“, in: ASA Special Series No. 8, The arbitration agreement, Its multifold critical aspects, a collection of reports and materials delivered at the ASA Conference held in Basel on 17 June 1994, S. 78-88 (zit. HUBER/SCHÜRMANNS, S. X)

[zit. in: Rn. 4, 6]

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. HUGUENIN, N. X)

[zit. in: Rn. 20, 23, 27, 36, 38, 46, 72, 73, 81]

HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Bd. VI, Art. 319-529 OR, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. CHK OR II-BEARBEITERIN, Art. X N. X)

[zit. in: Rn. 38]

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/BESSON SÉBASTIEN, Comparative Law of International Arbitration, Second Edition updated and reviewed, translated by Stephen V. Berti and Annette Ponti, London/Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. POUDRET/BESSON, N. X)

[zit. in: Rn. 5]

RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993 (zit. RÜEDE/HADENFELDT, S. X)

[zit. in: Rn. 9]

WEBER ROLF, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Bd. VI/1/5, Art. 97-109 OR, Bern 2000 (zit. BK OR-WEBER, Art. X N. X)

[zit. in: Rn. 46]

Materialienverzeichnis

BGE 121 III 495 [zit. in: Rn. 2]

BGer 4C.40/2003, Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2003 [zit. in: Rn. 9]

BGer 4P.230/2000, Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2001 [zit. in: Rn. 9]

Unveröffentlichter Entscheid des BGer vom 31. Oktober 1996, i. S. N. v. Fédération Equestre Internationale (FEI), in englischer Übersetzung in: Tribunal Arbitral du Sport (TAS), Court of Arbitration for Sports (CAS), Recueil des sentences du TAS/Digest of CAS Awards 1986–1998, Berne 1998, S. 585-592. (zit. Digest CAS 1986-98, S. X) [zit. in: Rn. 9]

BGE 109 II 452 [zit. in: Rn. 9]

BGE 77 II 154 [zit. in: Rn. 14]

BGE 129 V 51 [zit. in: Rn. 14]

BGE 125 III 263 [zit. in: Rn. 16]

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 25. August 1992, in: ZR 91/92 (1992/93) S. 72-81, N. 23 [zit. in: Rn. 16]

BGE 130 III 458 [zit. in: Rn. 20]

BGer 4A.53/2012, Urteil des Bundesgerichts vom 31. Juli 2012 [zit. in: Rn. 23]

BGer 4A_252/2010, Urteil des Bundesgerichts vom 25. November 2010 [zit. in: Rn. 23]

BGer 4C.130/2006, Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2007 [zit. in: Rn. 30, 38, 55]

Urteil des Obergerichts Schaffhausen vom 19. September 1947, in: SJZ 45 (1949) S. 363, N. 174 [zit. in: Rn. 31]

BGer 4A_336/2007, Urteil des Bundesgerichts vom 31. Oktober 2007 [zit. in: Rn. 35]

BGE 118 II 142 [zit. in: Rn. 36]

BGE 111 II 471 [zit. in: Rn. 46]

BGer 4C.346/2003, Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2004 [zit. in: Rn. 53]

BGer 4C.106/2005, Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2005 [zit. in: Rn. 53, 59]

BGE 126 III 388 [zit. in: Rn. 55]

BGer 4C.34/2005, Urteil des Bundesgerichts vom 18. August 2005 [zit. in: Rn. 55]

BGer 4A_294/2009, Urteil des Bundesgerichts vom 25. August 2009 [zit. in: Rn. 56]

BGE 132 III 359 [zit. in: Rn. 57]

BGE 129 III 604 [zit. in: Rn. 60]

BGE 94 II 157 [zit. in: Rn. 60]

BGer 4A_608/2011, Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2012 [zit. in: Rn. 60]

BGer 4C.149/2001, Urteil des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2001 [zit. in: Rn. 62]

BGE 134 III 361 [zit. in: Rn. 64]

BGE 127 III 543 [zit. in: Rn. 64]

BGE 107 II 238 [zit. in: Rn. 72]

BGE 92 II 15 [zit. in: Rn. 74]

BGer 4C.40/2004, Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juni 2004 [zit. in: Rn. 76]

BGE 132 III 715 [zit. in: Rn. 77]

BGE 115 II 62 [zit. in: Rn. 79]

BGE 130 III 591 [zit. in: Rn. 81]

BGE 122 III 420 [zit. in: Rn. 84]

I. Prozessuales

A. Zuständigkeit des Schiedsgerichts

1. Ausgangslage

- 1 Die Parteien haben in Art. 23 des Rahmenvertrags CDAG GETR-01-2008 über Lieferungen und Leistungen vom 10. bzw. 12. Oktober 2008 (nachfolgend „Rahmenvertrag“) in einer Schiedsklausel vereinbart, dass Streitigkeiten, Meinungsverschiedenheiten oder Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit diesem Rahmenvertrag, resp. den unter diesem Vertrag abgeschlossenen Einzelverträgen, durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu entscheiden seien. Die Beklagte hat gegen das Schiedsgericht die Einrede der Unzuständigkeit erhoben.

2. Prüfung der Zuständigkeit

- 2 Wird die Zuständigkeit des Schiedsgerichts von einer Partei bestritten, so entscheidet das Schiedsgericht selbst über seine Zuständigkeit (Art. 186 Abs. 1 IPRG „Kompetenz-Kompetenz“; BGE 121 III 495 E. 6c). Nach Art. 21 Abs. 1 Swiss Rules ist das Schiedsgericht ebenfalls befugt, über alle Einreden gegen seine Zuständigkeit einschliesslich aller Einwendungen, die das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsklausel oder der gesonderten Schiedsvereinbarung betreffen, zu urteilen.
- 3 Mit ihrer Einrede der Unzuständigkeit bestreitet die Beklagte die Gültigkeit der Schiedsklausel in Art. 23 des Rahmenvertrags (K-1) und behauptet hingegen die Anwendbarkeit der Schiedsklausel ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend „AGB“) für den vorliegenden Streit (Einleitungsantwort, N. 3). Eine Prüfung der Zuständigkeit hat somit einzig hinsichtlich der Frage zu erfolgen, welche der beiden Schiedsklauseln gültig ist.

B. Prüfung der Gültigkeit von Art. 18 der AGB und Art. 23 des Rahmenvertrags

1. Formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsklauseln

- 4 Art. 178 IPRG unterscheidet zwischen den formellen (Abs. 1) und den materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen (Abs. 2) einer Schiedsvereinbarung (ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 N. 17). Für die Gültigkeit der Schiedsklausel ist erforderlich, dass die Voraussetzungen von Abs. 1 und 2 kumulativ erfüllt sind (HUBER/SCHÜRMAN, S. 83).

- 5 Bei einer Schiedsklausel durch Verweisung befindet sich die Schiedsklausel in einem vom Hauptvertrag separaten Dokument, wobei der Verweis global ist, wenn er nur das verwiesene Dokument, nicht aber die darin enthaltene Schiedsklausel erwähnt (POUDRET/BESSON, N. 213 f.). Der generelle Verweis auf dem Bestellschein der Beklagten (K-2) enthält in sich keinen spezifischen Hinweis auf eine allfällige Schiedsklausel, sondern erwähnt nur die AGB der Beklagten. Ein solcher Verweis ist als globaler Verweis zu qualifizieren.
- 6 Wird eine Schiedsklausel mittels Verweisung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen geschlossen, sind allfällige damit verbundene Konsensfragen, bzw. Fragen über die Verbindlichkeit der Schiedsklausel, bei der materiellen Gültigkeit nach Art. 178 Abs. 2 IPRG und nicht über die Formfrage nach Abs. 1 zu prüfen (ZK IPRG-VOLKEN, Art. 178 N. 40; HUBER/SCHÜRMAN, S. 83).
- 7 Für das formelle Gültigkeitserfordernis der Schriftlichkeit (Abs. 1) genügt der Nachweis der Vereinbarung durch Text, was eine visuell wahrnehmbare, physisch reproduzierbare Form der Schiedsklausel voraussetzt (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N. 13). Vorliegend sind sowohl der Bestellschein (K-2), die AGB (B-1), als auch der Rahmenvertrag (K-1) in Textform vorhanden, weshalb beide Schiedsklauseln formell gültig sind.
- 8 Nach Art. 178 Abs. 2 IPRG ist die Schiedsvereinbarung materiell gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht. Da vorliegend die Parteien beide Verträge dem schweizerischen Recht unterstellt haben (K-1, Art. 23; B-1, Art. 18), ist die Prüfung der materiellen Gültigkeit nach schweizerischem Recht vorzunehmen.
- 9 Nach schweizerischem Recht beurteilt sich die Auslegung einer Schiedsklausel, bei fehlendem tatsächlich übereinstimmendem Willen, wie auch die Zustimmung der Parteien zu einer Schiedsklausel mittels Globalverweisung, nach dem Vertrauensprinzip und den konkreten Umständen des Einzelfalls (BGer 4C.40/2003 E. 5.1; BGer 4P.230/2000 E. 2a; Digest CAS 1986-98, S. 590). Aus dem Vertrauensprinzip ergibt sich, dass ein globaler Verweis nicht gültig ist, wenn der die Schiedsklausel vorschlagenden Partei bekannt ist oder nach den Erfahrungen des Lebens hätte bekannt sein müssen, dass eine Schiedsklausel oder eine Schiedsklausel dieses Inhalts vom Vertragspartner nicht gewollt ist (BSK IPRG-WENGER/MÜLLER, Art. 178 N. 60; RÜEDE/HADENFELDT, S. 41 f.; allgemein: BGE 109 II 452 E. 4).
- 10 Die Behauptung der Beklagten, die Schiedsklausel in Art. 18 der AGB (B-1) sei als Vertragsbestandteil übernommen worden, bzw. es sei ein Konsens über die Schiedsklausel der AGB

entstanden, wird von der Klägerin ausdrücklich bestritten und ist – wie nachfolgend dargelegt wird – falsch.

2. Vorrang von Art. 23 des Rahmenvertrags

11 Mit dem Rahmenvertrag (K-1) haben die Parteien ihre zukünftigen Geschäftsbeziehungen verbindlich geregelt (Art. 1.1). Dabei sollten die Bestimmungen des Rahmenvertrags auch auf die separaten Verträge Anwendung finden (Art. 1.3). So steht auf dem Bestellschein der Beklagten ausdrücklich, dass die Bestellung auf dem Rahmenvertrag basiere (K-2). Weiter wird in Art. 23 des Rahmenvertrags ausdrücklich festgelegt, dass Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag oder aus einem unter dem Rahmenvertrag abgeschlossenen Einzelvertrag durch ein Schiedsverfahren gemäss der Internationalen Schweizerischen Schiedsordnung der Swiss Chambers' Arbitration Institution in Zürich zu entscheiden seien. Somit wurde von den Parteien verbindlich anerkannt und festgelegt, dass auch die Einzelverträge von der Schiedsklausel des Rahmenvertrags erfasst sind, mithin, dass der Rahmenvertrag gegenüber allen anderen Verträgen Vorrang hat.

12 Dieser Vorrang wird auch ersichtlich, wenn Art. 1 der AGB der Beklagten (B-1) ausgelegt wird. Während Art. 1.1 deren Anwendung auf alle internationalen Verträge der Beklagten statuiert, wird in Art. 1.3 ein Vorbehalt für im einzelnen Fall entgegenstehende schriftliche Vereinbarungen im Vertrag festgelegt. Mit „Vertrag“ kann zweifelsohne nur der Einzelvertrag gemeint sein, welcher wiederum auf dem Rahmenvertrag basiert, welcher sich in Art. 23 selbst für alle Streitigkeiten anwendbar erklärt. Somit ergibt sich auch durch Auslegung der AGB der Beklagten, dass die Schiedsklausel des Rahmenvertrags als entgegenstehende schriftliche Vereinbarung im Einzelvertrag, bzw. im Rahmenvertrag, der Anwendung der AGB und somit auch der Schiedsklausel in Art. 18 vorgeht.

3. Keine Übernahme von Art. 18 der AGB in den Einzelvertrag

13 Nach dem Gesagten durfte die Beklagte somit nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass die Klägerin durch die Unterzeichnung des Bestellscheins und dem darauf abgeschlossenen Einzelvertrag gleichzeitig auch einer Änderung der zuvor individuell vereinbarten Schiedsklausel des Rahmenvertrags zustimmte. Da die Schiedsklausel des Rahmenvertrags eindeutig auch auf die unter dem Rahmenvertrag abgeschlossenen Einzelverträge gelten sollte und die AGB der Beklagten selbst den Vorrang des Einzelvertrags bzw. des Rahmenvertrags vorsahen, durfte und musste die Klägerin davon ausgehen, dass bei Streitigkeiten bezüglich des Einzelvertrags Art. 23 des Rahmenvertrags (K-1) anwendbar sei. Der Beklagten musste

bewusst sein, dass eine Schiedsklausel wie jene von Art 18 der AGB (B-1) von der Klägerin nicht gewollt ist.

- 14 Weiter kann nach Treu und Glauben keine Übernahme der Schiedsklausel angenommen werden, wenn – wie unbestritten feststeht – die Klägerin erst auf ihr Verlangen hin die AGB von der Beklagten ausgehändigt bekam (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Frage 7) und diese erst einen Tag nach Vertragsabschluss von der Beklagten erhielt (B-3). In diesem Fall hatte die Klägerin kaum eine Möglichkeit, vor Vertragsabschluss Kenntnis vom Inhalt der AGB zu erhalten – wie dies von der Rechtsprechung gefordert wird (vgl. BGE 77 II 154 E. 4; 129 V 51 E. 2.2).
- 15 Nach dem Gesagten ist über Art. 23 des Rahmenvertrags (K-1) – im Gegensatz zu Art. 18 der AGB (B-1) – ein Konsens zustande gekommen. Fehlt ein Konsens über Art. 18, so kann dieser auch nicht als Vertragsbestandteil übernommen worden sein. Art. 18 der AGB ist somit – im Gegensatz zu Art. 23 des Rahmenvertrags – materiell nicht gültig.

4. Vorrang einer Individualabrede

- 16 Selbst wenn man eine Übernahme von Art. 18 der AGB in den Einzelvertrag annehmen würde, so wäre dies ohne praktische Relevanz. Bei erfolgter Globalübernahme wird den AGB oder einzelnen Klauseln die Geltung versagt, wenn eine individuelle, von den AGB abweichende Vereinbarung (Individualabrede) vorliegt (BGE 125 III 263 E. 4b/bb; HGer ZH, in: ZR 91/92 (1992/93) S. 79 f., N. 23). I.c. ist dies gerade der Fall. Art. 23 des Rahmenvertrags stellt im Gegensatz zu Art. 18 der AGB eine individuelle Schiedsvereinbarung der Parteien dar (siehe oben Rn. 11). Diese individuelle Schiedsvereinbarung geht in jedem Fall einer Schiedsvereinbarung aufgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen vor.

C. Fazit

- 17 Nach dem Gesagten ist die Schiedsklausel in Art. 18 der AGB der Beklagten materiell nicht gültig und findet somit keine Anwendung. Das Schiedsgericht ist im Swiss Rules Fall Nr. 987596-2013 für die Beurteilung der klägerischen Ansprüche zuständig.

II. Materielles

A. Qualifikation des Einzelvertrags

- 18 Der Rahmenvertrag (K-1) regelt die allgemeinen Rechte und Pflichten der Parteien, die zu erbringenden Leistungen werden in einem oder mehreren Einzelverträgen spezifiziert (Art. 1.2). Nach Art. 5.1 des Rahmenvertrags können die von der Auftragnehmerin geschuldeten Leistungen unter Auftragsrecht oder unter Kauf- oder Werkvertragsrecht subsumiert wer-

den. Zudem wird als Auslegungsregel für Zweifelsfälle vereinbart, dass Ergebnisse und Resultate geschuldet sind, also dass Werkvertragsrecht einschlägig ist. Da die Pflichten der Parteien – wie nachfolgend aufgezeigt – hinreichend bestimmt sind, liegt kein Zweifelsfall vor.

1. Werkvertragliche Pflicht

- 19 Im Leistungsschein (K-3) wird im Anhang I der Lieferumfang (K-4) und somit die Leistungspflichten der Beklagten definiert. Gemäss Buchstabe A des Leistungsscheins sind zwei Zentralgetriebe (Typ Zentralantrieb A84/CELZ 225) mit Zubehör von der Beklagten zu liefern. In Buchstabe B sind die technischen Spezifikationen der besagten Zentralgetriebe definiert.
- 20 Bei der Herstellung eines Werkes schuldet der Unternehmer dem Besteller einen Erfolg und nicht ein blosses Tätigwerden (HUGUENIN, N. 3122). Die Herstellung der Zentralgetriebe ist als Herstellung eines Werkes gemäss Art. 363 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Der Erfolg besteht darin, dass das Werk gemäss den Vereinbarungen hergestellt und abgeliefert wird (BGE 130 III 458 E. 4). Als Vergütung i.S.v. Art. 363 Abs. 1 OR ist die Zahlung der EUR 3'600'000.00 der Klägerin gemäss Einzelvertrag (K-3) anzusehen.
- 21 Wenn das Material nicht vom Besteller zur Verfügung gestellt wird, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag (GAUCH, N. 121). Da die Beklagte das Material gemäss Art. 17.1 des Rahmenvertrags (K-1) zu beschaffen hat, handelt es sich i.c. um einen Werklieferungsvertrag und somit bei der Herstellung der Zentralgetriebe um eine werkvertragliche Pflicht.

2. Auftragsrechtliche Pflicht

- 22 Ausserdem musste die Beklagte gemäss Buchstabe E des Anhangs I des Leistungsscheins für die Montage und Inbetriebnahme der Anlagen fachmännische Vollzeitinspekteure zur Beaufsichtigung und Instruktion zur Verfügung stellen (K-4, Anhang I, E, N. 3).
- 23 Die Bauleitung wird vom Bundesgericht als auftragsrechtliche Pflicht qualifiziert (BGer 4A.53/2012 E. 3.4). Vorliegend kann die Pflicht zur Beaufsichtigung und Instruktion der Montage sowie der Inbetriebnahme mit der Pflicht zur Bauleitung eines Architekten gleichgesetzt werden. Beim Auftrag muss im Interesse der Auftraggeberin gehandelt werden, ein bestimmter Erfolg ist nicht geschuldet, ein solcher ist jedoch anzustreben (HUGUENIN, N. 3247). Der geschuldete Arbeitserfolg bildet das Abgrenzungskriterium zwischen dem Werkvertrag und dem einfachen Auftrag (BGer 4A_252/2010 E. 4.1). I.c. ist eine Tätigkeit und kein Erfolg geschuldet, weshalb es sich um eine auftragsrechtliche Pflicht handelt.

24 Die Parteien haben somit mit ihrem Einzelvertrag (K-3) einen gemischten Vertrag mit werkvertragsrechtlichen und auftragsrechtlichen Elementen vereinbart.

B. Gewährleistung aus Art. 17 des Rahmenvertrags

1. Ausgangslage

25 Nachdem das Zentralgetriebe II aufgrund mangelnder Ölschmierung am 8.7.2011 ausgestiegen war, beauftragte MECC die Beklagte mit der Beseitigung des Schadensfalls, welcher immer noch unter Garantiezeit lief (K-10). Die MECC wiederum verrechnete die Reparaturkosten gegenüber der Klägerin (Einleitungsanzeige, N. 29). Obwohl die Klägerin einen konzeptionellen Mangel sowie mangelhaften technischen Service geltend machte (Ebd., N. 26, 30), weigerte sich die Beklagte die Reparaturkosten zu übernehmen. Wie die Beklagte in ihrer Einleitungsantwort darlegt, sieht sie den Grund für den Ausfall des Zentralgetriebes in dessen fehlerhafter Montage und Bedienung durch die Klägerin (Einleitungsantwort, N. 28 f.).

2. Werkmangel

a) Anspruchsgrundlage

26 Der Rahmenvertrag (K-1) regelt die Gewährleistung in Art. 17. Nach Art. 17.1 besteht ein Werkmangel, wenn die gelieferten Anlagen und Materialien nicht einwandfrei und vertragsgemäss beschaffen, neu oder betriebsfähig sind. Im vorliegenden Fall ist das Zentralgetriebe II aufgrund der fehlenden Ölspritzeinrichtung mangelhaft.

b) Vereinbarte Eigenschaften

27 Die Ist-Beschaffenheit darf nicht von der Soll-Beschaffenheit, wie sie im Vertrag vereinbart wird, zum Zeitpunkt der Ablieferung abweichen (HUGUENIN, N. 3158). Im Leistungsschein (K-3) und seinem Anhang I (K-4) werden der Lieferungsumfang und die Spezifikationen und damit die Soll-Beschaffenheit des Werkes erläutert. Im Lieferumfang wurde nur generell ein Ölsystem vereinbart und nicht weiter spezifiziert. Eine Ölspritzeinrichtung, wie bei der Reparatur eingefügt, wurde nicht explizit vereinbart (vgl. K-3, Anhang I, B, N. 1).

28 In Art. 5 des Rahmenvertrags (K-1) unter den Leistungsanforderungen wird statuiert, dass die Beklagte dafür zu sorgen hat, dass das eingesetzte Material auf dem aktuellen Stand der Branche und Technik (Art. 5.2, 5.3, 5.5) ist und die Qualitätsstandards erfüllt sind (Art. 5.4). I.c. wurde bereits im Jahr 2008 eine neue Ölspritzeinrichtung designt, von der die Beklagte selber zugibt, dass diese das Zentralgetriebe sicherer macht (Einleitungsantwort, N. 25). Dieser Umstand lässt darauf schliessen, dass bereits 2008 das Wissen um die Unzulänglichkeit der nor-

malen Ölpumpe vorhanden war. Im Winter 2009/10 wurde dann die neue Ölspritzeinrichtung zum ersten Mal eingebaut (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Frage 1). Die Herstellung der Getriebe wurde erst am 2.2.2010 mit der Ablieferung am Hafen von Dammam beendet (K-3; K-7). Die Anlagen entsprachen also nicht dem damaligen aktuellen Stand der Technik (vgl. K-12). Die Beklagte hat es unterlassen, in den beiden Zentralgetrieben für die Klägerin die neu konzipierte Ölspritzeinrichtung einzubauen.

c) Vorausgesetzte Eigenschaften

- 29 Neben den vereinbarten Vertragseigenschaften gibt es aber auch solche, die der Besteller nach Treu und Glauben voraussetzen darf. Sie bestehen im Bezug auf die Normalbeschaffenheit und die Gebrauchstauglichkeit (GAUCH, N. 1406). Die Ölspritzeinrichtung hätte aufgrund der geschuldeten Betriebsfähigkeit und der in der Lehre geforderten Gebrauchstauglichkeit eingebaut werden müssen.
- 30 Die erforderliche Gebrauchstauglichkeit ergibt sich aus dem Gebrauchszweck, dem das Werk dienen soll. Dieser umfasst die Modalitäten des Gebrauchs, wie etwa Zeit, Dauer, Ort, Intensität des Gebrauchs sowie dessen Verwenderkreis. Der Gebrauch richtet sich – falls vorhanden – nach dem besonderen Gebrauchszweck, welcher vertraglich vereinbart wurde (GAUCH, N. 1418 f.; BGer 4C.130/2006 E. 3.1). Ob sich das Werk für den besonderen Gebrauch eignet, ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen, insbesondere was der Besteller von einem solchen Werk vernünftigerweise erwarten durfte (Ebd., N. 1427). Der Werkmangel besteht so dann im Fehlen der Eigenschaft, die für die Gebrauchstauglichkeit erforderlich ist (Ebd., N. 1426).
- 31 Im vorliegenden Fall handelt es sich um zwei Zentralgetriebe mit vertraglich bestimmtem Betriebsort in Al-Hofuf (K-3). Der Unternehmer muss dafür besorgt sein, dass die Verhältnisse am betreffenden Ort zum Betrieb des Werkes genügen (OGer SH, in: SJZ, 45 (1949) S. 363, N. 174). Die Beklagte muss dafür sorgen, dass die Zentralgetriebe in Al-Hofuf zum Gebrauch tauglich sind. Hätte sich die Beklagte mit den dortigen Bedingungen vertraut gemacht, wäre ihr bewusst geworden, dass Stromausfälle im Mittleren Osten häufig vorkommen. Das vorhandene Ölschmierungssystem konnte gerade deshalb und aufgrund des Ausfalls der Pumpe das Getriebe nicht genügend ölen, weshalb es zu einer starken Beschädigung desselben kam (Einleitungsanzeige, N. 23). Die Klägerin durfte vernünftigerweise ein Getriebe erwarten, das auch am Betriebsort einwandfrei läuft. Die Gebrauchstauglichkeit ist nicht gegeben. Dass die Beklagte anlässlich der Reparatur eine Ölspritzeinrichtung an einer neuen Stelle

installiert hatte, wie bereits anderweitig ab dem Winter 2009/10 praktiziert, spricht ebenfalls für die Gebrauchsuntauglichkeit des Zentralgetriebes II mit der alten Ölpumpe am Betriebsort.

- 32 Bereits bei Ablieferung des Werkes liegt ein Werkmangel im Fehlen der Öleinspritzeinrichtung vor. Die neu eingebaute Öleinspritzeinrichtung entspricht einerseits dem im Vertrag vereinbarten aktuellen Stand der Technik, andererseits ist sie eine zur Gebrauchstauglichkeit vorausgesetzte Eigenschaft.

3. Fristgerechte Mängelrüge

a) Anspruchsgrundlage

- 33 Gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrags (K-1) hat der Auftraggeber die Auftragnehmerin über einen auftretenden Mangel in Kenntnis zu setzen. I.c. setzt nicht die Klägerin, sondern die MECC die Beklagte über den Mangel in Kenntnis. Trotzdem ist davon auszugehen, dass die Beklagte die Mängelrüge seitens der MECC als jene der Klägerin akzeptiert hat. Dies, weil die Beklagte in ihrem Schreiben vom 10.7.2011 gegenüber der MECC auf die Gewährleistung aus dem Vertragsverhältnis zur Klägerin hinweist (K-11) und die MECC sich explizit auf die Garantiezeit beruft (K-10), welche nur nach Art. 17.2 des Rahmenvertrags (K-1) gegeben ist. Die Beklagte kann sich somit nicht auf ein eigenständiges Vertragsverhältnis mit der MECC berufen (Einleitungsantwort, N. 26), da dies gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstossen würde.
- 34 Weitere Bestimmungen sind dem Rahmenvertrag nicht zu entnehmen, weshalb die gesetzlichen Normen von Art. 367 ff. OR zur Anwendung kommen.

b) Einhalten der Rügefrist

- 35 Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller das abgelieferte Werk, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, zu überprüfen. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtes gilt eine 7-10 tägige Rügefrist als angebracht (BGer 4A_336/2007 E. 4.2). In Art. 370 Abs. 3 OR wird statuiert, dass ein Mangel, welcher erst später ersichtlich wird (sog. versteckter Mangel), sofort nach der Entdeckung gerügt werden muss.
- 36 Ein versteckter Mangel liegt vor, wenn er bei der Abnahme nicht erkennbar war (HUGUENIN, N. 3162). Als entdeckt gilt er, wenn er zweifelsfrei feststeht und eine detaillierte Rüge möglich ist. Tritt ein Mangel nach und nach zum Vorschein, gilt er erst als entdeckt, wenn der Besteller die volle Tragweite des Mangels erfassen kann (BGE 118 II 142 E. 3b).

37 Vorliegend handelt es sich um einen versteckten Mangel. Obwohl der Mangel, die fehlende Ölspritzeinrichtung, bereits zum Zeitpunkt der Ablieferung vorlag, konnte sein Ausmass erst zweifelsfrei festgestellt werden als das Zementwerk II den Betrieb einstellen musste. Die MECC hat noch am Tag des Ausfalls ihre Mängelrüge der Beklagten per Fax zukommen lassen (K-10). Demzufolge hat die MECC sofort gerügt und damit die Rügefrist eingehalten.

c) Substantiierte Mängelrüge

38 Die Mängelrüge muss nicht nur rechtzeitig erfolgen, sondern auch genügend substantiiert sein. Der Mangel muss mit einer gewissen Genauigkeit beschrieben werden, wohingegen eine allgemein gehaltene Erklärung nicht ausreicht. Der Besteller muss sich bei der Mängelrüge nicht zur Ursache des von ihm gerügten Mangels äussern und sich auch nicht einer technischen oder juristischen Terminologie bedienen. Für den Unternehmer muss anhand der Mängelrüge lediglich erkennbar sein, dass der Besteller sich gestützt auf die Mängelhaftung gegen ihn richtet (BGer 4C.130/2006 E. 4.2.1; CHK OR II-HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 367 N. 5). Der Umfang des Mangels sollte möglichst genau beschrieben werden (HUGUENIN, N. 3162).

39 Vorliegend machte die MECC in ihrer Rüge deutlich, dass sie das Zementwerk II ausschalten musste, nachdem das Zentralgetriebe II aufgrund mangelhafter Ölschmierung ausstieg. Zudem weist die MECC darauf hin, dass der Schadensfall noch unter Garantiezeit läuft und die Beklagte ihr deshalb einen Ingenieur zur Verfügung stellen soll (K-10). Aus dieser Mängelrüge geht der Mangel genügend deutlich hervor, auch ist für den Unternehmer (i.c. die Beklagte) erkennbar, dass es sich um eine Geltendmachung der Mängelhaftung handelt (siehe oben Rn. 33). Die Mängelrüge kann daher als genügend substantiiert erachtet werden.

4. Ausschlussgründe

a) Verwirkung durch Abnahme

40 Die Klägerin könnte ihre Ansprüche auf Gewährleistung durch Abnahme der Anlage verwirkt haben. Gemäss Art. 13.1 des Rahmenvertrags (K-1) können die Bedingungen für die Abnahme sowie für einen möglichen Abnahmeverzicht verbindlich im Einzelvertrag festgelegt werden. Eine erfolgte Abnahme wird durch eine von beiden Parteien unterzeichnete Abnahmebescheinigung bestätigt (Art. 13.2). Eine solche Abnahmebescheinigung wurde zu keinem Zeitpunkt unterschrieben (Einleitungsanzeige, N. 18).

41 Weiter werden unter Art. 13.2 des Rahmenvertrags (K-1) Fälle genannt, in denen eine Abnahme als erfolgt gilt, auch wenn kein Abnahmezertifikat unterschrieben wurde: Art. 13.2.1 bestätigt eine Abnahme, falls ein Leistungstest (Endtestlauf) zeigt, dass alle Leistungsgaran-

tien erfüllt worden sind. Gemäss Einzelvertrag (K-3) sind die Leistungstests von der Klägerin selber durchgeführt worden. Die Tatsache, dass darauf folgend keine Mängelrüge erhoben wurde, sowie die finale Zahlung der Klägerin an die Beklagte (B-6) lassen darauf schliessen, dass eine gültige Abnahme erfolgt ist.

42 Gemäss Art. 13.3 des Rahmenvertrags (K-1) ist die Beklagte nach einer erfolgten, gültigen Abnahme von sämtlichen Pflichten befreit. Davon ausgenommen sind die Verpflichtungen aus Gewährleistung. Somit ist die Abnahme mit Bezug auf die Gewährleistungsansprüche rechtlich nicht relevant (vgl. Einleitungsanzeige, N.18).

43 Durch die obigen Ausführungen geht klar hervor, dass die Klägerin ihre Ansprüche auf Gewährleistung nicht verwirkt hat.

b) Haftungsausschluss

44 Art. 17.9 des Rahmenvertrags (K-1) hält fest, dass die Haftung der Beklagten von der Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen seitens der Klägerin abhängt. Diese Verpflichtungen setzen u.a. voraus, dass die Anlage gemäss den Anweisungen der Beklagten errichtet wurde, dass sämtliche Verpflichtungen der Klägerin den gegenwärtigen technischen Standards genügen und dass alle Energien, Rohstoffe sowie Bedienungs- und Prüfverfahren zu jeder Zeit den Spezifikationen der Beklagten entsprechen.

45 Vorliegend wurden alle Verpflichtungen seitens der Klägerin erfüllt. Ist dies aus Sicht der Beklagten nicht der Fall, hat sie es nach Art. 8 ZGB zu beweisen. Insbesondere kann die Beklagte der Klägerin nicht vorwerfen, es sei bei der Ankunft von Stephan Fallet am 3.7.2010 nichts vorbereitet gewesen (B-4). Einerseits war für die Gewährleistung des ordentlichen Stromzugangs nicht die Klägerin, sondern die MECC verantwortlich (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Frage 4), andererseits kam Stephan Fallet zu früh in Al-Hofuf an, wenn die von der Beklagten zu vertretende, verspätete Lieferung (K-5; K-7) eingerechnet wird (K-4, Anhang II, wonach die Beaufsichtigung der Montage erst Mitte Juli beginnen sollte). Somit kann der Klägerin kein Vorwurf gemacht werden. Bezüglich des Verriegelungssystems ist darauf hinzuweisen, dass dessen Lieferung durch eine Drittpartei erfolgte (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Frage 12). Will die Beklagte geltend machen, dass das Verriegelungssystem für den Schaden verantwortlich sei (Einleitungsantwort, N. 23), so hat sie dies zu beweisen (Art. 8 ZGB).

46 Bei der im Schreiben von Stephan Fallet (K-8) gemachten Aussage, dass die Beklagte jegliche Haftung für Schäden, welche aus dem Starten der Zentralgetriebe resultiere, ablehne, handelt es sich um eine Freizeichnungsklausel. Eine Freizeichnungsklausel ist eine bei Ver-

tragsabschluss von den Parteien getroffene Abrede, welche die im Falle eines Schadensfalls vorgesehene Haftungsregel festlegt (BK OR-WEBER, Art. 100 N. 13). Demnach ist die Wegbedingung oder Beschränkung der Haftung in einem vertraglichen Verhältnis grundsätzlich möglich (HUGUENIN, N. 1014). Sie wird jedoch durch Art. 100 OR beschränkt. Die Bestimmungen in Art. 100 OR sind zwingendes Recht und können nicht durch vertragliche Abreden umgangen werden. Es ist zwingend notwendig, dass die Wegbedingung der Haftung Teil der vertraglichen Vereinbarung der Parteien war (BGE 111 II 471 E. 11). Demnach ist ein einseitig geäussertes Haftungsausschluss, wie vorliegend, nicht rechtskräftig.

47 Aus dem Lieferumfang (K-4, Anhang I, E, N. 5) geht hervor, dass der Projektleiter der Beklagten am Kalt-Testlauf teilnehmen darf. Der Projektleiter hätte gemäss Terminplan (K-4, Anhang II) anwesend sein müssen. Da Stephan Fallet frühzeitig, unbegründet und entgegen den vertraglichen Absprachen abgereist war, hatte er keinen Anspruch auf Anwesenheit während des Kalt-Testlaufs. Zudem musste der Kalt-Testlauf am 14.9.2010 durchgeführt werden, da sich das Projekt zu jenem Zeitpunkt bereits in Verzug befand (Einleitungsanzeige, N. 17), was auf eine Lieferverzögerung auf Seiten der Beklagten zurückzuführen war (K-5). Hinzu kommt, dass Prinz al-Walid ibn Talal Al Saud seine Präsenz während des Kalt-Testlaufs angekündigt hatte. Die Beklagte war über seinen Besuch und über die Wichtigkeit seiner Anwesenheit bereits am 23.8.2010 informiert worden (K-9) und hätte demnach genügend Zeit gehabt, einen Servicetechniker bis zum 14.9.2010 nach Al-Hofuf zu entsenden.

48 Das Fehlen eines Servicetechnikers während des Kalt-Testlaufs ist nach den obigen Ausführungen ein Fehler auf Seiten der Beklagten, weshalb ein einseitiger Haftungsausschluss mit dieser Begründung nichtig ist.

c) Verwirkung durch Fristablauf

49 Die Klägerin könnte ihre Ansprüche auf Gewährleistung durch den Ablauf von Fristen verwirkt haben. Gemäss Art. 17.2. des Rahmenvertrags (K-1) haftet die Auftragnehmerin während 12 Monaten nach erfolgter Abnahme, respektive während 36 Monaten nach erfolgter Ablieferung.

50 Der Endtestlauf fand am 26.12.2010 statt (Einleitungsanzeige, N. 18). Der Schadensfall und die daraus resultierende Abschaltung des gesamten Zementwerks II trat am 8.7.2011 ein (K-10). Zwischen der Abnahme und dem Schadensfall liegen sieben Monate, die Frist ist demnach nicht abgelaufen.

51 Die beiden Zentralgetriebe wurden am 2.2.2010 im Hafen von Dammam durch die Beklagte abgeliefert (K-7). Der Zeitraum zwischen Ablieferung und Schadensfall am 8.7.2011 beträgt 17 Monate, die Frist ist noch nicht abgelaufen.

52 Die Fristen für die Gewährleistungsansprüche sind demnach noch nicht abgelaufen und es liegt somit keine Verwirkung durch Fristablauf vor.

5. Nachbesserungsrecht der Klägerin gemäss Art. 368 Abs. 2 OR

53 Nach Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller vom Unternehmer Nachbesserung für einen minder erheblichen Werkmangel verlangen. Beim Nachbesserungsrecht handelt es sich um ein Gestaltungsrecht (GAUCH, N. 1700), welches durch eine einseitige Willenserklärung des Bestellers, formlos, ausdrücklich oder stillschweigend, ausgeübt werden kann (BGer 4C.346/2003 E. 4.2.1). Die Nachbesserung besteht in der unentgeltlichen Beseitigung des Mangels, bzw. in der unentgeltlichen Herbeiführung des mangelfreien Zustands (BGer 4C.106/2005 E. 3.3).

54 Vorliegend darf wohl von einer stillschweigenden Ausübung des Nachbesserungsrechts durch die Klägerin ausgegangen werden, da die Beklagte den Werkmangel (die fehlerhafte Ölpumpe) durch eine am Betriebsort funktionstüchtige Ölspritzeinrichtung ersetzt und somit den Werkmangel mittels Nachbesserung behoben hat. Dies lässt sich auch daraus ersehen, dass auf der Rechnung für die Reparaturarbeiten der Beklagten an die MECC (K-14) die Ölspritzeinrichtung nicht verrechnet worden ist, obwohl sie im Rahmen der Reparatur eingebaut wurde (Einleitungsanzeige, N. 25; Einleitungsantwort, N. 25).

6. Mangelfolgeschaden

a) Vorliegen eines Mangelfolgeschadens

55 Bei einem minder erheblichen Mangel gemäss Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller zusätzlich zur Wandlung, Minderung und Nachbesserung bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz für den Mangelfolgeschaden verlangen, welcher nicht durch eines der anderen Mängelrechte abgedeckt ist (BGE 126 III 388 E. 10a). Der Ersatz des Mangelfolgeschadens kann kumulativ zu den übrigen Mängelrechten verlangt werden (BGer 4C.130/2006 E. 6.1; BGer 4C.34/2005 E. 4.2.2).

56 Der Mangelfolgeschaden hat seine Ursache in einem Werkmangel des abgelieferten Werkes und ist somit kausal durch den Werkmangel verursacht worden (GAUCH, N. 1855; BGer 4A_294/2009 E. 3.2). Zudem darf der Mangelfolgeschaden nicht im Mangel selbst be-

gründet sein, d.h. der Schaden würde trotz Wandlung, Minderung oder Nachbesserung weiter bestehen (GAUCH, N. 1864).

- 57 Nach konstanter Rechtsprechung ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Abnahme der Aktiven, in einer Zunahme der Passiven oder in entgangenem Gewinn besteht und sich aus der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem Schadenseintritt festgestellten Vermögensstand und dem Stand des Vermögens ohne das schädigende Ereignis ergibt (BGE 132 III 359 E. 4).
- 58 Der Schaden am Zentralgetriebe sowie die Kosten für den benötigten Kran sind beides Schäden, die nicht im Werkmangel selbst begründet, sondern durch diesen verursacht worden sind. Sie bestehen somit trotz erfolgter Nachbesserung weiter. Die Reparaturkosten in Höhe von EUR 444'225.00 und die EUR 322'775.00 für die Miete des Krans haben die Aktiven der Klägerin um EUR 767'000.00 vermindert.
- 59 Die Kausalität des Werkmangels für den entstandenen Schaden wird dann verneint, wenn der Schaden auch bei einem mängelfreien Werk eingetreten wäre (BGer 4C.106/2005 E. 5.2). Die Schäden am Zentralgetriebe II sind alle aufgrund der mangelhaften Ölzufuhr entstanden (Einleitungsanzeige, N. 22, Einleitungsantwort, N. 22), welche ihre Ursache in der fehlerhaften Ölpumpe hatte. Die von der Beklagten in Rechnung gestellten Reparaturen und Serviceleistungen (K-14) sind somit insgesamt als Schaden zu qualifizieren, der kausal durch den Werkmangel (fehlerhafte Ölpumpe) verursacht worden ist. Auch die in Rechnung gestellte Benützung des Krans für den Aus- resp. Wiedereinbau des Zentralgetriebes II (K-15) ist kausal durch den Werkmangel entstanden. Denn hätte die fehlerhafte Ölpumpe nicht das Zentralgetriebe II beschädigt, so hätte es auch keiner Reparatur und somit auch keines Aus- resp. Wiedereinbaus des Zentralgetriebes II bedurft. Der Schaden wäre bei einem fehlerfreien Werk mit betriebstauglicher Ölspritzeinrichtung gerade nicht eingetreten, weshalb die Kausalität gegeben ist.

b) Verschulden der Beklagten gemäss Art. 364 Abs. 1 OR

- 60 Der Ersatz des Mangelfolgeschadens setzt ein Verschulden des Unternehmer voraus (Art. 368 Abs. 2 OR). Dem Unternehmer muss die Mangelhaftigkeit des Werkes vorgeworfen werden können, weil er entweder vorsätzlich, fahrlässig oder unter Verletzung der von ihm verlangten Sorgfalt gemäss Art. 364 Abs. 1 OR gehandelt hat (GAUCH, N. 1887). Der Unternehmer hat aufgrund seines fachlichen Wissens mögliche Schädigungen vorauszusehen (ZK OR-BÜHLER, Art. 364 N. 7; BGE 129 III 604 E. 4.1) und den Besteller über den sachgemässen Gebrauch

des Werkes aufzuklären (BGE 94 II 157 E. 5). Diese Aufklärungspflicht kann auch nach der Ablieferung des Werkes noch bestehen (BGer 4A_608/2011 E. 5.3.1; GAUCH, N. 821).

- 61 Vorliegend ist eine Verletzung der Sorgfalt gemäss Art. 364 Abs. 1 OR durch die Beklagte betreffend das „Upgrade“ der Ölspritzeinrichtung zu bejahen. Dies aus folgendem Grund: Die Beklagte hat es unterlassen, die Klägerin über die 2008 neu designte Ölspritzeinrichtung aufzuklären. Dies obwohl bei den Zentralgetrieben die serienmässig hergestellten Grundelemente entsprechend den spezifischen Bedürfnissen der Klägerin angepasst wurden (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Frage 5).
- 62 Weiter ist die Beklagte Spezialistin für die Herstellung von Getrieben aller Art (Einleitungsanzeige, N. 2) und wird durch die Klägerin aus diesem Grund beigezogen. Die Beklagte kennt die Gefahr für das Getriebe, die bei einer falschen Bedienung entstehen kann (vgl. K-8; K-11; B-4). Die Beklagte macht geltend, dass in der Bedienungsanleitung auf die Höchstgeschwindigkeit sowie auf die ausschliessliche Betreibung des Hauptmotors bei genügend Schmieröl hingewiesen wurde (Einleitungsantwort, N. 22-24). In einem ähnlich gelagerten Fall hat das Bundesgericht richtigerweise darauf hingewiesen, dass es nicht reicht, auf die Notwendigkeit der Durchführung von Drucktests hinzuweisen, sondern es muss auch über die Konsequenzen der Unterlassung der Drucktests aufgeklärt werden (BGer 4C.149/2001 E. 7). Analog reicht es im vorliegenden Fall nicht, dass die Beklagte die Bedienungsanleitung aushändigt, sondern sie hätte ausdrücklich auf die besondere Bedienung hinweisen und die möglichen Komplikationen der falschen Handhabung aufzeigen müssen. Somit hat die Beklagte ihre werkvertragliche Sorgfaltspflicht gegenüber der Klägerin verletzt.
- 63 Beim Mangelfolgeschaden hat der Unternehmer analog Art. 97 Abs. 1 OR zu beweisen, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (GAUCH, N. 1891). Nach dem bisher Gesagten wird es der Beklagten nicht möglich sein, sich zu exkulpieren.

C. Eventualiter: Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung

1. Anspruchsgrundlage

- 64 Selbst wenn das Schiedsgericht gegenteiliger Auffassung ist und den Werkmangel verneint, kann für den Schaden aufgrund der Verletzung der auftragsrechtlichen Pflicht der Beklagten durch ihre Hilfsperson Stephan Fallet gemäss Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR Schadenersatz gefordert werden. Vorliegend hat die Beklagte eine ähnliche Stellung wie ein Architekt, indem sie einerseits bei der Herstellung des Werkes involviert ist (Pläne und Konstruktion des Werkes), als auch die Montage desselben gemäss Einzelver-

trag zu überwachen hat. Somit kann, analog zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung über die Haftung bei Architektenverträgen, von einer Spaltung der Rechtsfolgen ausgegangen werden, indem die Haftung für die Herstellung des Werkes sich nach werkvertraglichen und jene für die unsorgfältige Aufsicht nach auftragsrechtlichen Regeln richtet (BGE 134 III 361 E. 5.1; 127 III 543 E. 2a m.w.H.). Für die Zeit nach der Ablieferung, als die Beklagte für die Aufsicht der Montage zuständig war, ist die auftragsrechtliche Haftung massgebend.

2. Positive Vertragsverletzung durch Stephan Fallet

a) Schlechterfüllung der auftragsrechtlichen Pflicht durch Stephan Fallet

- 65 Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des Geschäftes. Die Schlechterfüllung liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung zwar erbringt, diese aber nicht die vertragsgemässe Qualität aufweist (BSK OR-WIEGAND, Art. 97 N. 26). Bei Aufträgen wird jedoch lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet, weshalb eine Schlechterfüllung in Form eines Sorgfaltsverstosses besteht (CHK OR I-FURRER/WEY, Art. 97-98 N. 57).
- 66 Die Wahrung der Sorgfalt im Sinne des auftragsrechtlichen Tätigkeitsgebotes beinhaltet gerade die zweckgerechte, zweckmässige und erfolgsbezogene („richtige“) Verfolgung der Vertragsziele, wobei der Vertragsgegenstand als objektive Richtlinie gilt und die Nichteinhaltung der so beschriebenen Sorgfalt eine Vertragsverletzung bedeutet (BSK OR-WEBER, Art. 398, N. 24).
- 67 Art. 5 des Rahmenvertrags (K-1) statuiert eine allgemeine Sorgfaltspflicht der Auftragsnehmerin. Unter anderem hat die Beklagte Dienstleistungen fristgerecht, mit aller Sorgfalt und Korrektheit (Art. 5.2) und spezifizierte Leistungen gemäss deren *Umschreibung im Vertragswerk* zu leisten (Art. 5.4). Somit verweist der Rahmenvertrag in Bezug auf die konkrete Sorgfalt auf den Einzelvertrag. Gemäss Einzelvertrag hat das Servicepersonal der Beklagten die Montagearbeiten und die Inbetriebnahme zu beaufsichtigen und zu instruieren, um sicherzustellen, dass sowohl die Montage, wie auch die Inbetriebnahme der Anlagen, den technischen Anforderungen genügen (K-4, Anhang I, E, N. 3).
- 68 Nach dem Einzelvertrag hat die Beklagte im Rahmen ihrer auftragsrechtlichen Pflicht technischen Service auf dem Gelände zu leisten (K-4, Anhang I, E), wobei der vertraglich vereinbarte technische Service auf die relevanten Perioden im Terminplan begrenzt ist (K-4, Anhang II, N. 4). Der Terminplan ist für beide Parteien verbindlich (K-4, Anhang II, N. 1). Gemäss dem Terminplan ist der Ausgangspunkt für alle Fristen der Tag des Inkrafttretens des

Einzelvertrags und somit der 16.11.2008 (K-3; K-4, Anhang II, N. 2). Wird die durch die Beklagte verursachte Verzögerung (K-5) und die dann effektiv erfolgte Ablieferung der Zentralgetriebe in Dammam (K-7) für die Berechnung berücksichtigt, so hätte Stephan Fallet von Mitte Juli bis Ende August für die Beaufsichtigung und Instruktion der Montagearbeiten in Al-Hofuf anwesend sein sollen (K-4, Anhang II). Stephan Fallet reiste am 16.8.2010 aus Al-Hofuf ab (K-8), ohne zuvor Rücksprache mit der vor Ort zuständigen Projektleiterin der Klägerin, Amélie Amonn, zu nehmen (K-9) und kam erst knapp drei Wochen später nach Al-Hofuf zurück (B-5). Durch dieses gegen den Terminplan verstossende Verhalten hat Stephan Fallet seine vertragliche Sorgfaltspflicht verletzt.

- 69 Dies zeigt sich auch im Umstand, dass nach der Rückkehr von Stephan Fallet ein ABB-Techniker die Anlage im Oktober 2010 inspizieren musste (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Frage 2). Somit hat Stephan Fallet durch seine eigenständige Abreise aus Al-Hofuf seine vertragliche Sorgfaltspflicht der Beaufsichtigung und Instruktion bei der Montage und Inbetriebnahme der Anlage gemäss Einzelvertrag (K-4, Anhang I, E, N. 3) verletzt.
- 70 Weiter musste die Klägerin bei der Beklagten einen neuen Servicetechniker anfordern (K-9). Art. 397 Abs. 1 OR gibt dem Auftraggeber die Möglichkeit, dem Beauftragten Weisungen zu erteilen, wodurch der Auftraggeber den Auftrag auch nach Vertragsabschluss durch einseitige Anordnungen konkretisieren kann (BK OR-FELLMANN, Art. 397 N. 8 f.). Dabei ist die Weisung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Auftraggebers, mithin ein einseitiges Rechtsgeschäft (Ebd., N. 20). Die E-Mail der Klägerin vom 23.8.2010 (K-9) stellt eine Weisung der Klägerin an die Beklagte gemäss Art. 397 Abs. 1 OR dar, indem die Beklagte aufgefordert wird, möglichst schnell, bzw. vor der Durchführung der Testläufe, einen Servicetechniker zu entsenden. Die Beklagte, bzw. Stephan Fallet, ist dieser Weisung der Klägerin nicht nachgekommen. Erst knapp drei Wochen später kam Stephan Fallet wieder nach Al-Hofuf (B-5). Dabei hat die Beklagte die Klägerin in keiner Weise über diese späte Rückkehr ihres Ingenieurs informiert (Verfahrensbeschluss Nr. 2, Frage 3). Die Missachtung der Weisung stellte eine vertragliche Sorgfaltspflichtverletzung dar. Eine gemäss Art. 397 Abs. 1 OR zulässige Abweichung von der Anweisung des Auftraggebers liegt i.c. nicht vor.
- 71 Die eigenständige Abreise von Stephan Fallet und die Missachtung der Weisung der Klägerin stellen beides eine vertragliche Sorgfaltspflichtverletzung bzw. eine Schlechterfüllung dar.

b) Stephan Fallet als Hilfsperson der Beklagten

- 72 Die Hilfsperson ist mit Wissen und Willen der Schuldnerin an der Erfüllungshandlung beteiligt (HUGUENIN, N. 996). Es handelt sich um eine Hilfsperson und nicht um einen Substitut, wenn die Drittperson im Interesse des Beauftragten beigezogen wird. Es wird also auf die Interessenlage abgestellt (BGE 107 II 238 E. 5.b). Im vorliegenden Fall wurde Stephan Fallet von der Beklagten für den technischen Service nach Al-Hofuf gesandt (Einleitungsantwort, N. 12). Als Angestellter der Beklagten wurde er in ihrem Interesse zur Erfüllung des Vertrags mit der Klägerin in Al-Hofuf eingesetzt.
- 73 Es muss eine Pflicht der Schuldnerin gegenüber dem Gläubiger bestehen und um diese zu erfüllen, wird die Hilfsperson beigezogen (HUGUENIN, N. 1001). Aufgrund des Einzelvertrags zwischen der Beklagten und der Klägerin ist die Beklagte verpflichtet, technischen Service (K-4, Anhang I, E) vor Ort zu leisten und diese Pflicht soll Stephan Fallet erfüllen.
- 74 Zudem muss ein funktioneller Zusammenhang vorliegen, indem die schädigende Handlung der Hilfsperson eine Nichterfüllung oder eine Schlechterfüllung des Vertrags darstellt (BGE 92 II 15 E. 3). Dadurch dass Stephan Fallet abreiste, während er gemäss Terminplan (K-4, Anhang II) noch vor Ort hätte sein müssen, verletzte er die vertragliche Sorgfaltspflicht der Beklagten, ausreichenden Service vor Ort zu leisten. Weiter verletzte Stephan Fallet die vertragliche Sorgfaltspflicht der Beklagten, indem er die Weisung der Klägerin nicht beachtete und erst knapp drei Wochen später, nach dem Kalt-Testlauf, nach Al-Hofuf zurückkehrte. Stephan Fallet ist eine Hilfsperson der Beklagten und sein Handeln ist dieser zuzurechnen.

3. Kausal verursachter Schaden durch die Vertragsverletzung

- 75 Für die genauen Ausführungen zum Schaden kann auf die Ausführungen beim Mangelfolgeschaden verwiesen werden (siehe oben Rn. 57 f.).
- 76 Der Klägerin ist das positive Vertragsinteresse zu ersetzen, d.h. sie ist so zu stellen, wie wenn der Auftrag gehörig erfüllt, der Vertrag also nicht verletzt worden wäre (BGer 4C.40/2004 E. 4.1). Wäre der Vertrag richtig erfüllt worden, hätte das Zentralgetriebe II nicht repariert werden müssen und es wären keine diesbezüglichen Kosten entstanden. Das positive Vertragsinteresse beinhaltet deshalb einen Schadenersatz in der Höhe von insgesamt EUR 767'000.00 zuzüglich Zinsen von 5 %.
- 77 Die Vertragsverletzung muss kausal für den Schaden gewesen sein. Bei einem Unterlassen muss im Gegensatz zum Tun nur der hypothetische Kausalzusammenhang geprüft werden. Der Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn der Schaden bei pflichtgemässen Verhalten mit

überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre (*conditio cum qua non*; BGE 132 III 715 E. 2.3).

78 Im vorliegenden Fall wäre der Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten, wenn der Servicetechniker Stephan Fallet während der vereinbarten Zeit (K-4, Anhang II) anwesend gewesen wäre. In diesem Fall hätte er aufgrund seiner Fachkenntnisse erkennen müssen, dass die genügende Schmierung durch die Stromausfälle gefährdet ist und hätte die vorgängigen Beschädigungen des Zentralgetriebes II (B-4; B-5) durch Fehler während der Montagezeit frühzeitig erkennen und beheben können. Ebenso wäre die eingetretene Schädigung unterblieben, wenn der Servicetechniker Fallet die Weisung der Klägerin (K-9) befolgt hätte und nicht erst knapp drei Wochen später, nach dem Kalt-Testlauf, zurückgekommen wäre (B-5).

4. Verschulden der Beklagten

79 Nach Art. 398 Abs. 2 OR schuldet der Beauftragte die getreue und sorgfältige Ausführung des Geschäfts. Für das Verschulden muss objektiv Vorsatz oder Fahrlässigkeit und subjektiv Urteilsfähigkeit vorliegen (DERENDINGER, N. 243). Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt wird (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2968). Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien, wobei jene Sorgfalt erforderlich ist, die ein gewissenhafter Beauftragter in derselben Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt (BGE 115 II 62 E. 3a).

80 Ein gewissenhafter Beauftragter in der Lage des Stephan Fallet wäre nicht mitten in der entscheidenden Phase der Montage, in der auch die Testläufe absolviert werden sollten (K-9), abgereist, wenn seine Aufgabe gerade darin bestand, sicherzustellen, dass die Montage und Inbetriebnahme der Zentralgetriebe den technischen Anforderungen genügen (vgl. K-4, Anhang I, E, N. 3). Auch hätte ein gewissenhafter Beauftragter die Weisung der Klägerin in Anbetracht des bestehenden Zeitdrucks umgehend befolgt. Stephan Fallet hat somit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt bzw. fahrlässig gehandelt.

81 Gemäss der hypothetischen Vorwerfbarkeit muss geprüft werden, ob die Handlung der Hilfsperson der Schuldnerin vorwerfbar wäre, wie wenn sie diese selbst vorgenommen hätte (HUGUENIN, N. 1008; BGE 130 III 591 E. 5.5.4 m.w.H.). Im vorliegenden Fall ist dies zu bejahen: Hätte die Beklagte die gleichen Vertragsverletzungen begangen wie Stephan Fallet, so wären diese ihr vorzuwerfen. Somit ist die hypothetische Vorwerfbarkeit gegeben und die Beklagte für das Verhalten ihrer Hilfsperson Stephan Fallet haftbar.

D. Vertragsstrafe

1. Ausgangslage

82 Im vorliegenden Fall musste am 8.7.2011 das Zementwerk II mit dem Zentralgetriebe II den Betrieb einstellen. Am selben Tag informierte MECC die Beklagte über die Einstellung des Zementwerkes II und forderte einen Servicetechniker an (K-10). Am 10.7.2011 versicherte die Beklagte in den kommenden Tagen einen erfahrenen Ingenieur zu schicken und dafür zu sorgen, dass die MECC den Betrieb baldmöglichst wieder aufnehmen könne (K-11). Erst am 18.7.2011 aber begann der Servicetechniker seine Inspektionsarbeit in Al-Hofuf (Einleitungsanzeige, N. 22). Schlussendlich dauerte die Reparatur des Zentralgetriebes II sieben Monate (Einleitungsanzeige, N. 25).

2. Anspruchsgrundlage

83 Nach Art. 17.3 des Rahmenvertrags (K-1) muss die Auftraggeberin die Auftragnehmerin über einen auftretenden Mangel in Kenntnis setzen (siehe oben Rn. 33). Innerhalb sieben Tagen seit Benachrichtigung ist fachkundiges Personal vor Ort bereit zu stellen und die Reparatur hat innerhalb drei Wochen zu erfolgen. Ansonsten wird dies als Verzug i.S.v. Art. 14 des Rahmenvertrags behandelt. Dabei ist die Vertragsstrafe auf 3 % des Gesamtvertragspreises limitiert.

3. Anspruch aus Rahmenvertrag und Art. 160 OR

84 Gemäss Art. 160 Abs. 2 OR kann die Konventionalstrafe nebst der Erfüllung des Vertrages gefordert werden, wenn die Strafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit oder des Erfüllungsortes versprochen wurde und der Gläubiger nicht Verzicht leistet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt (BGE 122 III 420 E. 2.b). I.c. wird die Konventionalstrafe nach der Reparatur, also neben der Erfüllung des Vertrags, gefordert.

a) Eintritt der Bedingung

85 Da die Konventionalstrafe ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen darstellt, ist zwingend der Eintritt der Bedingung vorausgesetzt, d.h. die anhand der Vereinbarung geschuldete Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners wurde nicht oder nicht gehörig bewirkt (CHK OR I-PELLANDA ROTH/DUBS, Art. 160 N. 22).

86 Gemäss Art. 14.1 des Rahmenvertrags (K-1) ist die Auftragnehmerin zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, falls es ihr nicht möglich ist, Fristen, welche in diesem Vertrag geregelt sind, einzuhalten. Dadurch dass die Beklagte trotz Kenntnis des Mangels durch das Schreiben der MECC vom 8.7.2011 (K-10), erst am 18.7.2011 einen Servicetechniker vor Ort bereitstellte und die Reparatur länger als drei Wochen dauerte, wurde die Erfüllung der Ver-

tragspflicht aus Art. 17.3 des Rahmenvertrags nicht gehörig bewirkt. Dieser Verzug stellt in unserem Fall die Bedingung dar, welche die Beklagte zu einer Vertragsstrafe verpflichtet.

b) Höhe der Vertragsstrafe

87 Wie in Art. 14.3 des Rahmenvertrags (K-1) vereinbart, beläuft sich die Vertragsstrafe auf 0,5% des Gesamtvertragspreises für jede vollendete Woche in Verzug. Da die Vertragsstrafe bei Gewährleistung gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrags auf 3 % des Gesamtvertragspreises limitiert ist, kommt insgesamt Art. 14.3 des Rahmenvertrags nicht zur Anwendung. Es sind somit die geforderten EUR 108'000.00 geschuldet.

c) Haftungsausschluss nach Art. 14.5 des Rahmenvertrags

88 Gemäss Art. 14.5 ist die Auftragnehmerin für den Verzug nicht haftbar, wenn dieser zu keiner Verzögerung der Inbetriebnahme der Anlage geführt hat oder keine Kosten, Ausgaben oder Schäden für die Auftraggeberin verursacht hat. Vorliegend konnte während der Reparaturzeit kein Zement produziert werden, was einer Verzögerung der erneuten Inbetriebnahme der Anlage entspricht. Ein Verzug liegt vor.

89 Ein fehlendes Verschulden, wie die Beklagte dies als Haftungsausschluss geltend macht (Einleitungsantwort, N. 30), ist irrelevant.

90 Dies führt dazu, dass die Beklagte gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrags zur Zahlung der Vertragsstrafe von EUR 108'000.00 verpflichtet ist.

E. Fazit

91 Eine Gewährleistung aus Rahmenvertrag Art. 17.3 ist gegeben, da es sich bei der fehlenden Ölspritzeinrichtung um einen Werkmangel handelt. Der entstandene Mangelfolgeschaden von EUR 444'225.00 und EUR 322'775.00 ist zu ersetzen.

92 Eventualiter ist der Schaden von EUR 444'225.00 und EUR 322'775.00 aufgrund einer positiven Vertragsverletzung durch die Hilfsperson Stephan Fallet zu ersetzen.

93 Die Vertragsstrafe in der Höhe von EUR 108'000.00 ist von der Beklagten gemäss Art. 17.3 des Rahmenvertrags zu bezahlen. Die Reparatur dauerte länger als drei Wochen.

Wir ersuchen Sie höflich, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Moot Court Team 7