

# **BGer 4A 401/2011 vom 18. Januar 2012**

Bundesgericht, 2012-01-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_401\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_401_2011)

FR: TF 4A 401/2011 du 18 janvier 2012

IT: TF 4A 401/2011 del 18 gennaio 2012

## **Regeste**

Kauf- und Werkvertrag; Mängelklage | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die vorliegende Beschwerde wurde form- und fristgerecht erhoben ( Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG ). Nicht eingetreten werden kann darauf, soweit die Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichts Landquart verlangt wird; Anfechtungsobjekt ist im vorliegenden Verfahren einzig das Urteil des Kantonsgerichts ( Art. 75 BGG ). Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Vorbehältlich der jeweils im betreffenden Sachzusammenhang zu prüfenden Frage der hinreichenden Begründung ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 1.2**

Die Beschwerde kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1; 132 II 257 E. 2.5; 130 III 136 E. 1.4). Gemäss Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG ist die Beschwerde allerdings hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten ( Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG ). Das Bundesgericht prüft grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu prüfen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Es kann insbesondere die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 136 I 65 E. 1.3.1; 133 III 439 E. 3.2 S. 444). Es ist somit unerlässlich, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Der Beschwerdeführer soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 134 II 244 E. 2.1; 134 V 53 E. 3.3).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Feststellung des Sachverhaltes kann nur gerügt

werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 137 III 268 E. 1.2; 133 II 249 E. 1.2.2). Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr hat er klar und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen ( BGE 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3; 393 E. 7.1; 462 E. 2.4). Zudem muss er aufzeigen, dass das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre ( BGE 135 I 19 E. 2.2.2). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten ( BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255). Wer sich auf eine Ausnahme von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz beruft und den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, hat schliesslich mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen genannt hat (Urteile 4A\_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2; 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570 ).

#### **E. 1.4**

Den dargelegten Begründungsanforderungen genügt die Beschwerde nur teilweise. Soweit die Beschwerdeführerin darin dem Bundesgericht unter Vermischung rechtlicher und tatsächlicher Aspekte bloss ihre eigene Sicht der Dinge unterbreitet oder soweit sie darin von tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweicht, ohne eine rechtsgenügend begründete Sachverhaltsrüge im vorstehend umschriebenen Sinn zu erheben, haben ihre Ausführungen ausser Acht zu bleiben.

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz beurteilte die von der Beschwerdeführerin behaupteten Mängel in Anwendung des schweizerischen Kaufrechts respektive (bezüglich der Montage des Krans) des schweizerischen Werkvertragsrechts. Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, zusätzlich zu den Gewährleistungsansprüchen nach schweizerischem Recht ergebe sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Herstellerin des Krans (T. \_\_\_\_\_ GmbH) und der Verkäuferin (Beschwerdegegnerin) die Pflicht der Beschwerdegegnerin, "die Garantieleistungen an die Käuferin zu erbringen". Es wäre - so die Beschwerdeführerin - nach österreichischem Recht zu bestimmen gewesen, ob ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter vorliege, woraus die Beschwerdeführerin direkt Rechte gegenüber der Beschwerdegegnerin geltend machen könne. Die Bejahung eines Vertrags zu Gunsten Dritter würde nach Auffassung der Beschwerdeführerin dazu führen, dass sie sich "alternativ aus dem Kaufvertrag auf schweizerisches Gewährleistungsrecht und in Bezug auf die Herstellergarantien auf österreichisches Recht" berufen könne. Das österreichische Recht bestimme Inhalt und Umfang der Garantien sowie auch die Frage der Rügefristen. Namentlich die letzteren würden sich vom schweizerischen Recht unterscheiden. Die Beschwerdeführerin hält dafür, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Anwendung österreichischen Rechts nicht geprüft.

## **E. 2.2**

Gemäss Art. 96 lit. a BGG kann mit der Beschwerde in Zivilsachen gerügt werden, ausländisches Recht sei nicht angewendet worden, wie es das schweizerische internationale Privatrecht vorschreibt. In nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann weiter vorgebracht werden, dass nach dem schweizerischen internationalen Privatrecht massgebende ausländische Recht sei nicht richtig angewendet worden ( Art. 96 lit. b BGG ). In vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten, wie vorliegend eine gegeben ist, kann die Rüge unrichtiger Anwendung ausländischen Rechts dagegen nicht erhoben werden. In diesen Fällen verbleibt nur die Rüge, der angefochtene Entscheid wende ausländisches Recht willkürlich an ( BGE 136 II 304 E. 5.3 S. 318; 133 III 446 E. 3.1).

## **E. 2.3**

Die Vorinstanz befasste sich ausführlich mit der Frage der Anwendbarkeit österreichischen Rechts. Insbesondere würdigte sie den Text der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Herstellerin und stellte fest, es werde darin die Abwicklung der Garantie- und Gewährleistungsansprüche durch die Vertragspartner geregelt, während von einer Haftung der letzteren nicht die Rede sei. Die ebenfalls in den Allgemeinen Vertragsbedingungen enthaltene Wahl österreichischen Rechts beziehe sich denn auch nicht auf das Verhältnis zwischen dem Endkunden und den Vertragspartnern, sondern wolle verhindern, dass bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Endkunden und der Herstellerin je nach Niederlassung des Endkunden eine andere Rechtsordnung zur Anwendung gelange. Beim vorliegenden Rechtsstreit zwischen dem Endkunden und der Vertragspartnerin, also zwei Firmen mit Sitz in der Schweiz, sei nicht ersichtlich, weshalb österreichisches Recht anwendbar sein sollte. Vielmehr gelange ausschliesslich schweizerisches Recht zur Anwendung. Wodurch die Vorinstanz mit diesen Ausführungen Bundesrecht verletzt haben soll, ist nicht zu erkennen. Namentlich enthalten die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Herstellerin mit Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Vertragspartner (Beschwerdegegnerin) und dem Endkunden (Beschwerdeführerin) nach den vorinstanzlichen Feststellungen keine ausdrückliche oder sich eindeutig aus den Umständen ergebende Rechtswahl, die den Anforderungen von Art. 116 Abs. 2 IPRG (SR 291) genügen würde. Inwiefern die Vorinstanz vor diesem Hintergrund die Regeln betreffend das anwendbare Recht verletzt haben soll, tut die Beschwerdeführerin nicht dar. Ihre Ausführungen erschöpfen sich darin, der Rechtsauffassung der Vorinstanz ihre eigene entgegenzuhalten, ohne rechtsgenügend aufzuzeigen, weshalb diejenige der Vorinstanz gegen Bundesrecht verstossen soll. Die betreffende Rüge würde indessen auch dann nicht durchdringen, wenn in diesem Punkt der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt würde, die Rechtswahl sei gültig und es müsse folglich nach österreichischem Recht geprüft werden, ob ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliege. Denn die Beschwerdeführerin tut nicht hinreichend dar, weshalb es willkürlich sein soll, die Vereinbarung zwischen der Herstellerin und der Beschwerdegegnerin nach österreichischem Recht nicht als Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren (vgl. Erwägung 2.2 vorne). Solches ergibt sich jedenfalls nicht aus den von der Beschwerdeführerin zitierten Bestimmungen des österreichischen Rechts.

## **E. 2.4**

Die Rüge betreffend die Nichtanwendung österreichischen Rechts wäre schliesslich auch aus einem anderen Grund zum Scheitern verurteilt: Die Vorinstanz führte nämlich aus, dass, selbst wenn man zu einer gegenteiligen Auffassung gelänge (d.h. von der Anwendung österreichischen Rechts ausginge), dies der Beschwerdeführerin nicht zu einem Vorteil

gereichen würde. Es lägen nämlich "gar keine (erheblichen) Mängel im Rechtssinne vor", weshalb sich "die Frage nach der fristgerechten Geltendmachung" derselben gar nicht erst stelle. Sie ging mit anderen Worten davon aus, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einhaltung der wesentlich längeren Rügefristen des österreichischen Rechts ohnehin nicht von Bedeutung ist. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die Vorinstanz mit diesen Ausführungen den Entscheid im Sinne einer Eventualbegründung auch auf österreichisches Recht abstützte. Unter Würdigung des erstellten Sachverhalts (gemäss welchem kein relevanter Mangel gegeben war) gelangte sie zur Auffassung, nach österreichischem Recht ergebe sich unter diesen Umständen auch kein Anspruch der Beschwerdeführerin, wenn von einem Vertrag zu Gunsten Dritter ausgegangen würde. Auch schon danach erweist sich die Rüge, das österreichische Recht sei nicht angewendet worden, wie es das schweizerische internationale Privatrecht vorschreibe ( Art. 96 lit. a BGG ), von vornherein als unbegründet.

### **E. 3**

Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin die Sachverhaltsermittlung im Zusammenhang mit von ihr geltend gemachten Mängeln sowie die rechtliche Würdigung dieser behaupteten Mängel. Dabei rügt sie primär, die Vorinstanz habe verschiedene von ihr geltend gemachte Begebenheiten (Spiel an der Kransäule, Undichtheit des Steuerblocks, werkvertraglicher Mangel an der Position der Kransäule) zu Unrecht nicht als Mängel bzw. nicht als rechtserhebliche Mängel qualifiziert. Ferner ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, an den Nachweis eines Schadens wegen Nutzungsausfalls während der Reparaturzeit seien überspannte Beweisforderungen gestellt worden.

#### **E. 3.1**

Zunächst rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe fälschlicherweise angenommen, das von ihr beanstandete Spiel an der Kransäule sei kein rechtlich relevanter Sachmangel. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei nicht alleine das Spiel von 500 mm am Ende des Auslegers massgebend. Vielmehr stelle bereits das Schwenkspiel von 9 mm an der Hauptsäule für sich allein einen rechtlich relevanten Mangel dar. Der Sachverhalt sei in diesem Punkt willkürlich festgestellt worden, weil das Gericht auf ein nicht schlüssiges respektive nachweislich falsches Gutachten abgestellt habe. Namentlich bemängelt die Beschwerdeführerin, der Gutachter habe sich über die Herstellerangaben hinweggesetzt, welche einen Maximalwert des Schwenkspiels von 8 mm angeben würden. Die Vorinstanz prüfte das Spiel an der Kransäule in Anwendung der Mängeldefinition von Art. 197 OR . Dabei stellte sie verbindlich fest, dass im Kaufvertrag von der Verkäuferin weder schriftlich noch mündlich bestimmte Eigenschaften der Kaufsache zugesichert wurden. Mündliche oder stillschweigende Zusicherungen habe die Beschwerdeführerin nicht einmal behauptet. Somit ist, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, gemäss Art. 197 OR einzig massgebend, ob dem Kran eine "vorausgesetzte Eigenschaft" fehlt, er mit anderen Worten Mängel aufweist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern (vgl. BGE 114 II 239 E. 5a/aa). Mit diesem Mängelbegriff steht im Einklang, dass ein Überschreiten der Herstellerangaben - für sich alleine betrachtet - keine Erheblichkeit des Mangels begründen muss. Die Vorinstanz stellte für die Beurteilung dieser Frage massgeblich auf das gerichtliche Gutachten der R. \_\_\_\_\_ AG ab. Aus diesem Gutachten gehe nicht hervor, dass das Spiel an der Hauptsäule anormal, unüblich oder gar sicherheitsrelevant wäre. Vielmehr werde im Gutachten die Auffassung vertreten, das Verdrehspiel von 9 mm sei gar

nicht aussagekräftig, da sich das seitliche Spiel der beiden Teleskoprohre dazu addiere und somit das Spiel beeinflusse. Das gemessene Torsionsspiel am Kranmast sei so gesehen nicht optimal, es sei aber auch nicht so, dass man damit nicht gut arbeiten könne oder es zu Folgeschäden komme. Daraus leitete die Vorinstanz ab, das Schwenkspiel (am Kranmast) sei für sich allein in tatsächlicher Hinsicht nicht mangelhaft. Diese Feststellung bindet das Bundesgericht, da die Beschwerdeführerin nicht hinreichend dartut, inwiefern die Vorinstanz mit der entsprechenden Sachverhaltsfeststellung in Willkür verfallen sein soll. Vielmehr laufen ihre diesbezüglichen Ausführungen auf eine bloss appellatorische und daher unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz hinaus. Darauf ist nicht einzutreten. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Vorinstanz durchaus festgestellt hat, das Schwenkspiel von 9 mm und das Spiel am Ende des Auslegers von 500 mm führten zusammen mit dem grossen Spiel der beiden Teleskopführungen zu einem nicht optimalen Torsionsspiel am Kranmast. Dieses Problem, so die Vorinstanz weiter, könne jedoch mittels einer Korrektur der Teleskopführungen behoben werden. Der damit verbundene Aufwand sei relativ gering, weshalb kein rechtlich relevanter Mangel vorliege. Dass diese Feststellungen - wie die Beschwerdeführerin moniert - auf einer einseitigen Würdigung des Beweisergebnisses zu Lasten der Beschwerdeführerin basierten, ist nicht ersichtlich. Die Feststellungen beruhen auch in diesem Punkt hauptsächlich auf dem gerichtlichen Gutachten der R. \_\_\_\_\_ AG. Die Vorinstanz würdigte dieses Gutachten in Verbindung mit den von den Parteien eingereichten Stellungnahmen der U. \_\_\_\_\_ AG und hielt es für nachvollziehbar sowie in sich stimmig. Gestützt auf diese Einschätzung stellte die Vorinstanz fest, für die Behebung des zur Diskussion stehenden Problems sei lediglich eine Korrektur der Teleskopführungen erforderlich. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, das diese Beweiswürdigung als willkürlich erscheinen lässt. Namentlich ist es nicht zu beanstanden, dass die Offerte der U. \_\_\_\_\_ AG vom 11. August 2010 für die Frage des Aufwands der Mangelbehebung keine explizite Erwähnung fand, da diese von erheblich umfangreicheren Reparaturen (Prüfung der Hydraulik, Überprüfung und Austausch der Zahnstangen, Austausch der Kransäule) ausging als gemäss dem festgestellten Sachverhalt erforderlich sind.

### **E. 3.2**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die Undichtheit des Steuerblocks nicht als erheblich qualifiziert habe. Zu diesem Resultat sei die Vorinstanz gekommen, weil sie sich in diesem Punkt "schlicht und einfach der Behauptung der beklagten Partei angeschlossen" habe, obgleich sowohl aus den Parteivorträgen wie auch aus den eingereichten Beweisen hervorgehe, dass die Abdichtung des Steuerblocks erhebliche Kosten verursachen würde. Die Beschwerdeführerin hält die betreffende Beweiswürdigung für einseitig und damit willkürlich. Zudem habe die Vorinstanz für die Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels zu Unrecht auf dessen Erkennbarkeit abgestellt. In der Tat erscheint es schwer nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz im angefochtenen Urteil ausführt, die Beschwerdeführerin habe nicht behauptet, es handle sich bei der Undichtheit am linken Steuerblock um einen "nur schwer erkennbaren und daher [...] nicht leicht zu beseitigenden Mangel". Es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern es in diesem Zusammenhang auf die Erkennbarkeit des Mangels ankommen sollte. Aus Art. 197 OR ergibt sich jedenfalls nichts Derartiges. Von dieser Frage nicht betroffen ist indessen die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz, dass beide Steuerblöcke einwandfrei funktionierten. Die Vorinstanz hielt zu Gunsten der Beschwerdeführerin lediglich fest, gemäss dem gerichtlichen Gutachten sei der linke Steuerblock beim äussersten Element

undicht. Sie ging mit anderen Worten von der gutachterlichen Feststellung aus, dass es zur Mängelbehebung genüge, den Steuerblock an diesem Element neu abzudichten. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit dieses Mangels, also des zur Behebung erforderlichen Aufwands, stützte sich die Vorinstanz dann auf die Aussagen der Beschwerdegegnerin ab, es handle sich um eine Bagatelle, deren Behebung nicht mehr als einen halben Arbeitstag beanspruchen würde. Diese Parteibehauptung hielt die Vorinstanz offensichtlich mangels entsprechender Bestreitungen der Beschwerdeführerin für erstellt. Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Reparatur-Offerte der U.\_\_\_\_\_ AG mit veranschlagten Kosten von Fr. 6'670.-- blieb auch in diesem Zusammenhang ausser Betracht, weil diese - wie die Beschwerdeführerin selber einräumt - davon ausging, "dass die Reparatur des Steuerschiebers links umfassend erfolgen muss". Dem entspricht, dass die Offerte den Arbeits- und Materialaufwand für die Ersetzung des Steuerschiebers angab. Die Offerte betraf mit anderen Worten eine umfassendere Reparatur als gemäss erstelltem Sachverhalt erforderlich (Abdichtung des äussersten Elements) und konnte daher den von der Beschwerdegegnerin vorgetragenen Sachverhalt betreffend Reparaturaufwand von vornherein nicht widerlegen. In ihrem Plädoyer an der Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgericht beschränkte sich die Beschwerdeführerin auf den Hinweis, aus der genannten Offerte ergebe sich, dass die Abdichtung des Steuerblocks Fr. 6'670.-- kosten würde, was sich somit ebenfalls auf diese umfangreichere und gemäss Sachverhalt nicht erforderliche Reparatur bezog. Dass sie vor den kantonalen Instanzen substantiiert geltend gemacht hätte, die Abdichtung des äussersten Elements sei aufwendiger als von der Beschwerdegegnerin behauptet, weist die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mit den erforderlichen Aktenhinweisen nach (siehe dazu Erwägung 1.3).

### **E. 3.3**

Aus dem Gesagten ergibt sich ferner, dass auch für die Einholung des von der Beschwerdeführerin verlangten Gutachtens zur Ermittlung des Minderwerts des Krans wegen des Spiels an der Kransäule und der Undichtheit des Steuerblocks kein Anlass bestand: Die Unerheblichkeit dieser Mängel ergab sich nach der Ansicht der Vorinstanz, die sich als verfassungskonform erwiesen hat, bereits aus dem gerichtlichen Gutachten, und ein allfälliger Minderwert der Kaufsache erweist sich bei Fehlen eines erheblichen Mangels als von vornherein unerheblich. Durch die Abweisung des entsprechenden Beweisantrags verletzte die Vorinstanz demzufolge den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht; die Auffassung der Vorinstanz, mangels Vorliegen erheblicher Mängel komme eine Minderung ohnehin nicht in Betracht und erübrige sich die Einholung eines Gutachtens zum Minderwert, ist nicht zu beanstanden ( BGE 135 II 286 E. 5.1). Nachdem die Beschwerdeführerin eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 97 BGG oder eine Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und 96 BGG durch die Vorinstanz nicht dargetan hat, besteht zu einer Beweisabnahme durch das Bundesgericht oder einer Rückweisung der Sache zu diesem Zweck von vornherein kein Anlass. Namentlich erübrigt sich die beantragte Einholung eines Gutachtens zur Ermittlung des Minderwerts des Kranes.

### **E. 3.4**

Ferner bemängelt die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Vorinstanz zum Aufbau der Kransäule auf dem Fahrzeug, welcher unbestrittenermassen Werkvertragsrecht unterlag. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, sie habe darauf vertrauen dürfen, dass der Transport von Rundholz möglich sei, womit es sich dabei um eine vorausgesetzte

Eigenschaft handle. Die Positionierung des Krans sei jedoch so erfolgt, dass Rundholz in der Standardlänge von 12 m nicht transportiert werden könne. Diese Ausführungen gehen an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz vorbei. Diese beschränkte sich nämlich darauf festzuhalten, dass die Einwände der Beschwerdeführerin auf einem falschen Verständnis der Pläne des Kranaufbaus beruhten. Bei richtigem Verständnis sei die Distanz zwischen dem Kran und dem Ende der Ladebrücke nicht kleiner, sondern sogar grösser als gemäss Planskizze vorgesehen. Mit anderen Worten war nach der Auffassung der Vorinstanz entscheidend, dass die Positionierung des Krans unter Einhaltung der Planvorgaben erfolgt war und folglich bereits aus diesem Grund gar kein Mangel vorliegen konnte. Den Antrag der Beschwerdeführerin auf Vornahme eines Augenscheins am Lastwagen wies die Vorinstanz denn auch unter anderem mit der Begründung ab, die Beschwerdeführerin gehe ohnehin von falschen Massen aus. Dass diese Beurteilung Bundesrecht verletzt, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Vielmehr geht sie in ihrer Beschwerde gar nicht auf die entsprechende Argumentation ein, sondern beschränkt sich darauf, ihre Auffassung zu erneuern, wonach Rundholz in Standardlänge zu 12 m entgegen ihren berechtigten Erwartungen nicht transportiert werden könne. Um mit ihrer Argumentation gehört zu werden, hätte die Beschwerdeführerin aber am angefochtenen Urteil ansetzen und entweder aufzeigen müssen, weshalb die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Vorgaben der Planskizzen eingehalten wurden, offensichtlich unrichtig respektive willkürlich ist oder aber, weshalb trotz Einhaltung der Planvorgaben ein Mangel vorliegt. Diesen Anforderungen genügt die Beschwerdeschrift nicht, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen nicht einzutreten ist. Bleibt es damit bei der vorinstanzlichen Würdigung, dass in der Positionierung der Kransäule kein Mangel vorliegt, erübrigt sich der von der Beschwerdeführerin dazu beantragte Augenschein von vornherein.

### **E. 3.5**

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin überspannte Beweisanforderungen betreffend den Schaden wegen Nutzungsausfalls während der Reparaturzeit, d.h. vom 15. bis 19. Dezember 2008. Die Vorinstanz führte in Abweichung vom Bezirksgericht aus, die tatsächlich bestehenden Mängel hätten durchaus Anlass gebildet, den Lastwagen samt Kran zwecks Begutachtung sowie Mängelbehebung bei der Beschwerdegegnerin zu belassen. Für die Frage des Mangelfolgeschadens spiele es keine Rolle, ob die Mängel überhaupt als erheblich zu würdigen seien. Aus diesen Gründen bejahte die Vorinstanz im Grundsatz einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Ersatz des entgangenen Gewinns. Indessen gelangte sie daraufhin zum Schluss, der geltend gemachte Schaden sei nicht rechtsgenügend ausgewiesen: Die von der Beschwerdeführerin eingereichten, den Monat November 2008 betreffenden Unterlagen und die darauf beruhenden Berechnungen der durchschnittlichen Tageseinnahmen seien ungeeignet, den entgangenen Gewinn für den Dezember 2008 mit genügender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Die Beschwerdeführerin hält diese Auffassung der Vorinstanz für mit dem Beweisergebnis nicht vereinbar und geradezu willkürlich. Zu Unrecht. Nach den Grundsätzen des Schadenersatzrechts ist dann Ersatz von entgangenem Gewinn geschuldet, wenn es sich um einen üblichen oder sonst wie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt ( BGE 132 III 379 E. 3.3.3). Ist der ziffernmässige Nachweis des Schadens nicht möglich, hat der Richter den Schaden mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen ( Art. 42 Abs. 2 OR ). Dieser Umstand befreit die beweispflichtige Partei jedoch nicht davon, soweit möglich und zumutbar alle für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechenden Umstände zu behaupten und zu beweisen ( BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 f.

mit Hinweisen). Die Vorinstanz würdigte die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beweismittel und kam zum Schluss, der (von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene) Referenzmonat November 2008 sei zusammen mit dem eingereichten Schreiben der Firma V. \_\_\_\_\_ AG vom 11. August 2009 (welches eine Bestätigung enthält, dass der Beschwerdeführerin bei Verfügbarkeit im fraglichen Zeitraum Transportaufträge erteilt worden wären) nicht geeignet, den entgangenen Gewinn für den Dezember 2008 mit genügender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Zur Begründung führte sie aus, es sei nämlich immerhin vorstellbar, dass die Auftragserteilung im Dezember konstant tiefer sei als im November. Weiter erwog sie, aus der Bestätigung der Firma V. \_\_\_\_\_ AG gehe weder Umfang noch Dauer des abgesagten Transports hervor, geschweige denn die damit einhergehenden Transportkosten bzw. Einnahmen. Von willkürlich überspannten Beweisanforderungen kann danach nicht gesprochen werden. Die Vorinstanz legte nämlich in nachvollziehbarer Weise dar, weshalb sie den Beweis für den entgangenen Gewinn als nicht erbracht erachtete, und zeigte auch auf, wie der Beweis hätte erbracht werden können: Durch Einreichung der auf den Zeitraum vom 1. bis 14. Dezember 2008 bezogenen Unterlagen, aus denen Schlüsse auf die Folgeweche hätten gezogen werden können, oder durch den konkreten Nachweis von Transportaufträgen für die Zeit vom 15. Dezember bis 19. Dezember 2008. Dass die Vorinstanz die tatsächlich eingereichten Unterlagen nicht genügen liess, erscheint danach nicht geradezu als willkürlich.

#### **E. 4**

Schliesslich ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, die Vorinstanz habe es zu Unrecht abgelehnt, von ihrem Nachklagevorbehalt Vormerk zu nehmen. Es sei nämlich nach wie vor möglich, dass sich der Schaden aufgrund weiterer Betriebsausfälle weiter vergrössere. In der Tat ist nicht einleuchtend, weshalb die Vorinstanz das entsprechende Begehren unter Hinweis auf Art. 46 Abs. 2 OR ablehnte, welcher sich mit dem Rektifikations- und nicht mit dem Nachklagevorbehalt befasst. Es ist dazu aber folgendes zu beachten: Wird mit einer Klage nur ein Teilbetrag einer Forderung geltend gemacht, erstreckt sich die Rechtskraft des darüber ergangenen Urteils grundsätzlich nicht auf einen allfälligen zweiten Prozess über die Restforderung und ist mithin eine Nachklage möglich (vgl. Urteil C.214/1987 vom 21. Juni 1988 E. 1d, nicht publ. in: BGE 114 II 279 ; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1979, S. 368 Fn. 34). Ob eine "Teilklage" erhoben wurde bzw. wie weit die Rechtskraft reicht, hängt damit von den gestellten Klagebegehren ab sowie vom Rechtsgrund und vom Sachverhalt, auf welche diese gestützt werden, und nicht davon, ob im Urteil von einem Nachklagevorbehalt Vormerk genommen wird (vgl. BGE 125 III 241 E. 1; 123 III 16 E. 2a S. 18; 121 III 474 E. 4a S. 477; 119 II 89 E. 2a). Aus der unterbliebenen Vormerknahme von ihrem Nachklagevorbehalt entstand der Beschwerdeführerin somit von vornherein kein Nachteil. Auf die Beschwerde ist daher bereits mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ). Zudem geht die Beschwerdeführerin selber davon aus, dass es "sachnotwendig zu einer Abweisung des Nachklagevorbehaltes führt, wenn die Mängelklage aus dem Recht gewiesen wird." Die Rüge betreffend die Verweigerung des Nachklagevorbehaltes wurde mithin nur für den Fall erhoben, dass die Beschwerde mit Bezug auf die Beurteilung der Mängel gutgeheissen wird, so dass es sich, nachdem dies nicht der Fall ist, auch aus diesem Grund erübrigt, darauf einzugehen.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.