

GR_GERICHTE ZK2 2010 69 vom 22. März 2011

GR Gerichte, 2011-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2010_69

FR: GR_GERICHTE ZK2 2010 69 du 22 mars 2011

IT: GR_GERICHTE ZK2 2010 69 del 22 marzo 2011

Regeste

Mängelklage aus Kauf- und Werkvertrag (Wandelungsklage) | Berufung OR
Kauf/Tausch/Schenkung

Erwägungen

E. 2

Die Beklagten seien zu verurteilen, der Klägerin CHF 6'400.- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 09.03.2009 zu bezahlen.

E. 3

Eventualiter sei der Kaufpreis gestützt auf die im beantragten gerichtlichen Gutachten festgestellten Mängel an der Kaufsache um CHF 75'000.- oder nach freiem richterlichem Ermessen zu mindern und die Beklagten seien zu verurteilen, der Klägerin CHF 75'000.- oder den Differenzbetrag zwischen dem Kaufpreis und dem effektiven Wert des Krans __, Nr. __, der Marke H., zu bezahlen. Darüber hinaus seien die Beklagten zu verurteilen, auf eigene Kosten die im beantragten gerichtlichen Gutachten festgestellten Mängel des Einbaus des Krans __, Nr. __, der Marke H. zu beheben.

E. 4

Es sei darüber hinaus im Urteilsdispositiv davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin einen Nachklagevorbehalt für die Geltendmachung sämtlicher nach der Anhebung der Klage am 09.03.2009 entstandenen Schäden einschliesslich der Kosten für die Rückabwicklung wie die Kosten für den Abbau und den Rücktransport des Krans ausdrücklich vorbehält.

E. 5

(Rechtsmittelbelehrung).

E. 6

(Mitteilung).“ In seiner Begründung hielt das Bezirksgericht Landquart fest, dass die von der Klägerin gerügten Mängel entweder nicht bestünden, zu spät gerügt oder von der Beklagten – was die im Gutachten festgestellten Mängel betreffe – anerkannt worden seien. Somit bestehe weder Raum für eine Wandelung noch für eine Minderung, womit Ziffer 1 und 3 des klägerischen Rechtsbegehrens abzuweisen seien. Der in Ziffer 3 enthaltene Antrag sei deshalb abzuweisen, weil sich die Beklagte nach Auffassung des Gerichts verpflichtet habe, die entsprechenden Mängel auf

Seite 5 — 34 eigene Kosten zu beheben, was entsprechend vorzumerken sei. Unter anderem handle es sich bei den beanstandeten und damit zu behebenden Punkten um den Ersatz des Manometers, die Abdichtung des linken Steuerblocks und – sofern nötig – das Durchbohren

der Schmiernippel etc. Ebenso seien die Ziffern 2 (entgangener Gewinn) und 4 (Nachklagevorbehalt) des klägerischen Rechtsbegehrens abzuweisen. Nachdem keine Mängel festgestellt worden seien, welche entsprechende Folgeschäden nach sich gezogen hätten, bestehe auch keine Grundlage für eine Schadenersatzforderung der Klägerin. So hätten nämlich sämtliche im Gutachten erwähnten Mängel nach Kenntnis des Gerichts nicht zu Betriebsausfällen geführt bzw. nicht zu solchen, die das für ein solches Fahrzeug übliche Mass überstiegen hätten. Was schliesslich den von der Klägerin formulierten Nachklagevorbehalt betreffe, so bestehe dafür keine Grundlage, da die vorliegend geltend gemachten Mängel und Ansprüche beurteilt worden seien und damit eine res iudicata darstellten. E. Gegen dieses Urteil liess die B. mit Eingabe vom 3. November 2010 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erheben. Das Rechtsbegehren lautet wie folgt: „1. Die Ziffern 1 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Landquart vom 1. September 2010, mitgeteilt am 13. Oktober 2010, Prozess-Nr. __, seien aufzuheben und das Dispositiv sei wie folgt zu ändern: 1. Die Beklagte sei zu verurteilen, den Kaufpreis von Fr. 100'068.- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 01.07.2008 an die Klägerin zu bezahlen, während die Klägerin zu verpflichten sei, Zug um Zug den Kran __, Nr. __, der Marke H. zurückzugeben. 2. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin Fr. 6'400.- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 09.03.2009 zu bezahlen. 3. Eventualiter sei der Kaufpreis gestützt auf die im beantragten gerichtlichen Gutachten festgestellten Mängel an der Kaufsache um Fr. 75'000.- oder nach freiem richterlichem Ermessen zu mindern und die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin Fr. 75'000.- oder den Differenzbetrag zwischen dem Kaufpreis und dem effektiven Wert des Krans __, Nr. __, der Marke H., zu bezahlen. Darüber hinaus sei die Beklagte zu verurteilen, auf eigene Kosten die im beantragten gerichtlichen Gutachten festgestellten Mängel des Einbaus des Krans __, Nr. __, der Marke H. zu beheben. 4. Es sei darüber hinaus im Urteilsdispositiv davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin einen Nachklagevorbehalt für die Geltendmachung sämtlicher nach der Anhebung der Klage am 09.03.2009 entstandenen Schäden einschliesslich der Kosten für die Rückabwicklung wie die Kosten für den Abbau und den Rücktransport des Krans ausdrücklich vorbehält.

Seite 6 — 34 5. Unter vermittlungsamtllicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6% MwSt zulasten der Beklagten. 2. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge im Berufungsverfahren zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Berufungsbeklagten.“ Mit der Berufungserklärung beantragte die Beschwerdeführerin diverse Editionen aus Händen der J. GmbH, der K. AG sowie der L.. Diese mit Beweisverfügung vom 13. April 2010 festgelegten Editionen seien nicht durchgesetzt worden, es könne jedoch erst anhand dieser geklärt werden, ob es sich beim besagten Kran überhaupt um einen fabrikneuen Kran gehandelt habe. Weiter habe die I. AG die Fragen 1, 2 und 12 nicht beantwortet, so dass zu diesen Fragestellungen der Beweis ebenfalls noch nicht abgenommen worden sei. Im Weiteren seien Gutachten betreffend Minderwert des Krans sowie betreffend am Kran bestehende Mängel, soweit das Gutachten der I. AG unvollständig oder widersprüchlich sei, erstellen zu lassen. Schliesslich beantragte die Beschwerdeführerin einen Augenschein des Lastwagens und des Krans mit Rundholzladung. F. Mit Eingabe vom 15. November 2010 erklärte die C.

Anschlussberufung mit folgendem Rechtsbegehren: „1. Abweisung der Berufung. 2. In Abänderung von Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Urteils sei die Klage vollumfänglich abzuweisen. 3. Die Ziff. 2 und 3 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und ersatzlos zu streichen. 4. In Abänderung von Ziff. 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils sei die Klägerin zu verpflichten, die Beklagte für das Verfahren

vor Bezirksgericht Landquart ausseramtlich mit CHF 12'000.00, zuzüglich 7,6% MWST zu entschädigen. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zu Lasten der Klägerin/Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbe- klagten.“ G. Mit Beweisverfügung vom 15. Dezember 2010 wies der Vorsitzende der II. Zivilkammer mit Ausnahme des beantragten Gutachtens zum Minderwert des Krans sämtliche Beweisanträge der Beschwerdeführerin ab. Ob ein solches Gut- achten einzuholen sei, entscheide das Gericht anlässlich der Beratung im An- schluss an die Hauptverhandlung. H. Am 22. März 2011 fand die mündliche Berufungsverhandlung vor dem Kan- tonsgericht von Graubünden statt. An der Verhandlung nahmen auf Seite der Be- rufungsklägerin deren Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. Mauro Lardi, und A.,

Seite 7 — 34 Gesellschafter und Geschäftsführer der B., und auf Seite der Berufungsbeklagten deren Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg, sowie G., Ge- schäftsführer der C., teil. Nach Verlesen der Anträge der Berufung sowie der An- schlussberufung stellte der Vorsitzende fest, dass die Kostenvorschüsse von je Fr. 10'000.-- von beiden Parteien geleistet worden waren. Einwände gegen die Zu- ständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden nicht erhoben, wor- aufhin der Vorsitzende das Gericht für legitimiert erklärte. Danach ging das Gericht zum Beweisverfahren über. Der Vorsitzende hatte die von der Berufungsklägerin mit Berufungserklärung vom 3. November 2010 gestellten Anträge mit Beweisver- fügung vom 15. Dezember 2010 mit Ausnahme desjenigen auf Einholung eines Gutachtens zum Minderwert des Krans abgewiesen und festgehalten, dass hierü- ber anlässlich der Beratung im Anschluss an die mündliche Hauptverhandlung befunden werde. Rechtsanwalt Lardi äusserte sein Einverständnis damit, im Rah- men seines Plädoyers die entsprechenden Beweisanträge allenfalls zu erneuern. Da keine weiteren Beweisanträge vorlagen, konnte das Beweisverfahren unter dem genannten Vorbehalt geschlossen werden. Im Anschluss nahmen die Rechtsvertreter der Parteien in ihren Plädoyers zur Berufung und zur Anschluss- berufung Stellung. Rechtsanwalt Lardi gab schriftliche Ausfertigungen seines Plä- doyers zu Händen des Gerichts ab. Er hielt an seinen Anträgen gemäss Beru- fungserklärung vom 3. November 2010 sowie an sämtlichen darin gestellten Be- weisanträgen fest. Rechtsanwalt Fryberg bestätigte seine Anträge gemäss An- schlussberufung vom 15. November 2010. Im Anschluss an die Parteivorträge bat der Vorsitzende G. im Rahmen einer formlosen richterlichen Befragung, dem Ge- richt einige technische Details sowie gewisse spezifische Begriffe etwas genauer zu erläutern. A. wurde ebenfalls die Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen. Angesichts dessen, dass gewisse Mängel von der Berufungsbeklagten weitgehend anerkannt werden und diese zu deren Behebung auch Bereitschaft signalisierte, versuchte der Vorsitzende in der Folge, die Parteien zu einer Eini- gung zu bewegen. Nach den unpräjudiziellen Vorschlägen des Vorsitzenden wur- de den Parteien mit deren Einverständnis die Gelegenheit gegeben, sich unterein- ander und in Abwesenheit des Gerichts zu besprechen. Zu diesem Zweck wurde die Hauptverhandlung zweimal für kurze Zeit unterbrochen. Letztlich blieben die Einigungsversuche jedoch erfolglos. Im Rahmen seiner anschliessend vorgetra- genen Replik präzisierte Rechtsanwalt Lardi sein Rechtsbegehren in Bezug auf die Wandelung dahingehend, als daran nur für den Fall, dass es sich beim betref- fenden Kran nicht um einen fabrikneuen Kran handle, festgehalten werde. Rechtsanwalt Fryberg verzichtete auf eine Duplik. Abschliessend nahm Rechts-

Seite 8 — 34 anwalt Fryberg Einsicht in die Honorarnote von Rechtsanwalt Lardi, ohne gegen diese Einwände zu erheben. Er selbst reichte keine Honorarnote ein. Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf die Ausführungen der Rechtsvertreter der Parteien in den Rechtsschriften und anlässlich der Berufungsverhandlung wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.a. Die vorliegende Berufung sowie die Anschlussberufung wurden mit Eingaben vom 3. November 2010 bzw. 15. November 2010 und somit vor der per 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO-CH; SR 272) erklärt. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO-CH gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Daher findet im vorliegenden Verfahren weiterhin die bisherige Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000) Anwendung. b. Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Die Berufung ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des begründeten Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Der Berufungswert ist vorliegend erreicht. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist damit gegeben. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Berufung vom 3. November 2010 kann demzufolge eingetreten werden. Auch die Anschlussberufung vom 15. November 2010 vermag den gesetzlichen Anforderungen gemäss Art. 220 Abs. 1 ZPO zu genügen, weshalb auch darauf eingetreten werden kann. 2. Zu beurteilen sind zunächst die im Berufungsverfahren gestellten und anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung erneuerten Beweisanträge der Berufungsklägerin. Nach Art. 226 ZPO dürfen neue Beweismittel von den Parteien vor der Berufungsinstanz ausser im Falle der Revision nicht angerufen werden. Hingegen können die Parteien verlangen, dass Beweismittel, welche vor erster In-

Seite 9 — 34 stanz fristgemäss angemeldet, aber nicht abgenommen worden sind, erhoben werden, sofern sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sind (Abs. 1). Ferner kann das Kantonsgericht von sich aus Sachverständigenzuteilung einholen, Augenscheine durchführen und die Parteien zur Beweisaussage zulassen (Abs. 2). a. Die Berufungsklägerin beantragt die Edition diverser Unterlagen aus Händen der J. GmbH, der K. AG sowie der I.. Erst anhand dieser Editionen könne geklärt werden, ob es sich beim gekauften Kran um einen fabrikneuen Kran handle. Die Vorinstanz habe diesbezüglich im Wesentlichen auf die Ausführungen von G. abgestellt, der am Rechtstag erstmals eine Erklärung für die Abweichung in der Nummerierung abgegeben habe. So habe sich auf der leicht ablösbaren Plakette die Seriennummer befunden, währenddem auf dem Kran selbst die Nr. eingeschweisst sei. Da die Originalunterlagen nicht mit dem Kran abgegeben worden seien, habe die Berufungsklägerin bis zur Hauptverhandlung die Nummernangaben nicht überprüfen können. Gerade die Tatsache, dass sich die Berufungsklägerin bisher in keinsten Weise um eine saubere Dokumentation gekümmert habe, sollte bei der Beweiswürdigung Berücksichtigung finden. – Wie schon die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, geht bereits aus den im Recht liegenden Akten zweifelsfrei hervor, dass es sich beim gelieferten und eingebauten Produkt tatsächlich um einen fabrikneuen Kran handelte. Mit E-Mail vom 20. Januar 2009 teilte M. von der J. GmbH der Berufungsklägerin mit, dass der betreffende Kran am 3. April 2008 in Y. produziert und

anschliessend an die K. AG fakturiert und ausgeliefert worden sei (KB 23). Dieses Produktionsdatum wurde alsdann von der N. AG bestätigt. Diese hielt in ihrer Stellungnahme vom 7. Januar 2009 fest, dass der Kran mit Produktionsdatum vom 3. April 2008 aufgrund im Werk vorgenommener Abklärungen auf keinen Fall älter oder gar aus zweiter Hand sein könne (BB 3). Anhand dieser Unterlagen ist rechtsgenügend ausgewiesen, dass es sich beim betreffenden Kran um ein fabrikneues Modell handelt. Weitere Beweiserhebungen zu dieser Frage erübrigen sich daher und der entsprechende Beweisanspruch betreffend Editionen ist abzuweisen. Damit wird auch das berufungsklägerische Rechtsbegehren auf Wandelung hinfällig, nachdem dieses anlässlich der Hauptverhandlung dahingehend präzisiert wurde, als daran lediglich für den Fall, dass es sich nicht um einen fabrikneuen Kran handle, festgehalten werde. b. Die Berufungsklägerin stellt sodann den Antrag auf Erstellung eines Gutachtens hinsichtlich der am Kran bestehenden Mängel, soweit das Gutachten der I. AG unvollständig oder widersprüchlich sei. Die Vorinstanz habe trotz nachweislicher Verletzung der Toleranzangaben der Herstellerfirma befunden, dass in Bezug

Seite 10 — 34 auf das Spiel kein rechtlich relevanter Sachmangel vorliege. Sie habe dabei einfach auf das Gutachten der I. AG abgestellt, obwohl diese gerade in diesem Punkt einen Vorbehalt angebracht habe. Zudem sei das besagte Gutachten in diesem Punkt widersprüchlich. So werde das Spiel an diversen Stellen (Ausleger, Rotator) des Krans als sehr gross bezeichnet und überdies werde festgehalten, dass das Axialspiel am Rotator sowie das Spiel an den Schienen behoben werden müssten. Gleichzeitig gelange der Gutachter ohne Kenntnis der relevanten Toleranzen zum Schluss, dass das Spiel am Kran rechtlich nicht relevant sei. Weiter seien die Fragen 1, 2 und 12 nicht beantwortet worden, so dass zu diesen Fragestellungen der Beweis ebenfalls noch nicht abgenommen worden sei. b/aa. Hinsichtlich der Fragestellungen 1 und 2, zu welchen nach Auffassung der Beschwerdeführerin der Beweis noch abzunehmen sei, kann auf E. 2.a hiervor verwiesen werden, beziehen sich doch beide auf die Frage, ob es sich beim gekauften und eingebauten Kran um ein fabrikneues Modell handelt (vgl. KB 49, S. 3). Was die Frage 12 („Führt der Einbau des Krans zu Problemen beim Fahrzeug der Marke F. [F. __, Stamm-Nr. __]“; act. 49, S. 3) betrifft, so geht daraus nicht hervor, welche Probleme die Berufungsklägerin durch den Einbau des Krans beim Fahrzeug der Marke F. festgestellt haben will. Die Aufgabe eines Gutachters besteht jedoch darin, gerügte Mängel zu prüfen, nicht hingegen aufgrund einer derartig offenen Formulierung der Fragestellung nach Problemen oder Mängeln zu suchen, ohne dass solche im Vorfeld konkret namhaft gemacht worden sind. Der Antrag auf Einholung eines Gutachtens zu den Fragen 1, 2 und 12 ist nach dem Gesagten abzuweisen. b/bb. Soweit die Beschwerdeführerin die Unvollständigkeit des Gutachtens der I. AG rügt, wird auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen. Dem weiteren Einwand, wonach im Gutachten aus dem vom Gutachter festgestellten Spiel (Ausleger, Rotator) widersprüchliche Schlussfolgerungen gezogen worden seien, kann – wie nachfolgend im Rahmen des materiellen Teils aufzuzeigen sein wird – ebenfalls nicht gefolgt werden. Anzuführen bleibt, dass gemäss Gutachten (S. 10) kran-spezifische Fragen, soweit möglich, mit verschiedenen Kran-Fachleuten abgesprochen worden sind. Es sei jedoch nicht möglich gewesen, einen Kran-Fachmann beizuziehen, der alle offenen Fragen hätte beantworten können. – Von einem weiteren Gutachten in Bezug auf die kran-spezifischen Fragen, welche mit vorliegendem Gutachten unbeantwortet geblieben sind, sind daher keine neuen, entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, so dass auch dieser Beweisanspruch

abzuweisen ist. Im Übrigen ist die Behauptung der Berufungsklägerin, wonach der Seite 11 — 34 Gutachter zum Schluss gelangt sei, das Spiel am Kran sei rechtlich nicht relevant, unzutreffend. Diesen Schluss zog vielmehr die Vorinstanz (E. 3.c.ff, S. 16). c. Weiter wird seitens der Berufungsklägerin am bereits in der Prozesseingabe vom 20. August 2009 wie auch in der Replik vom 13. November 2009 gestellten Antrag auf Einholung eines Gutachtens zum Minderwert des Krans festgehalten. Die Vorinstanz habe auf die Anordnung eines entsprechenden Gutachtens verzichtet, obschon sie aufgrund der von der Berufungsklägerin gestellten Rechtsbegehren ein solches hätte anordnen sollen. Ihre Anträge betreffend Mängel aus Kaufvertrag hätten nämlich auf Ersatz des Minderwerts gelautet und nicht auf Reparatur durch die Berufungsbeklagte. Auch auf diesen Antrag wird in den materiell-rechtlichen Erwägungen zurückzukommen sein. d. Schliesslich verlangt die Berufungsklägerin – wie bereits in der Replik vom 13. November 2009 – einen Augenschein des Lastwagens und des Krans mit Rundholzladung. Der fragliche Beweis sei von der Vorinstanz nicht abgenommen worden und aus deren Urteilsbegründung ergebe sich nicht, ob das Gericht davon ausgegangen sei, dass objektiv die Längenvorschriften des öffentlichen Verkehrsrechts verletzt würden. Daher sei es notwendig, diesen Beweis ebenfalls abzunehmen. – Ob die Längenvorschriften des öffentlichen Rechts verletzt werden, ist eine Frage rechtlicher und nicht tatsächlicher Natur. Gegenstand eines Augenscheins bilden indessen nur (erhebliche) Tatsachen (vgl. Giuseppe Nay, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, Chur 1986, S. 124), weshalb der beantragte Augenschein bereits aus diesem Grund abzuweisen ist. Die Durchführung eines Augenscheins erübrigt sich vorliegend aber auch deshalb, weil die Berufungsklägerin – wie noch auszuführen sein wird – in ihrer Argumentation ohnehin von falschen Massen ausgeht und ihre entsprechenden Einwände folglich an der Sache vorbeigehen. 3.a. Die Berufungsklägerin rügt, dass die Vorinstanz einzig die Anwendung der kaufvertraglichen Mängelgewährleistungsregeln nach schweizerischem Recht geprüft, die Frage der Werksgarantie nach österreichischem Recht hingegen ablehnt und darauf verwiesen habe, dass sich die Gewährleistung einschliesslich Garantien nur aus Kaufvertrag selbst ergeben würde. Die Anwendung österreichischen Rechts sei im vorinstanzlichen Urteil folglich in keiner Weise geprüft worden, was unhaltbar sei. Die Werksgarantie gehe nämlich über die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsansprüche des schweizerischen Obligationenrechts hinaus. Die vertragliche Konstruktion sei derart ausgestaltet, dass die Ansprüche aus der Werksgarantie nicht gegenüber der J. GmbH geltend zu machen seien, viel-

Seite 12 — 34 mehr werde im Rahmen der Werksgarantie die Vertriebsgesellschaft dazu verpflichtet, die Garantieleistungen zu übernehmen. Den Allgemeinen Garantiebestimmungen könne wörtlich entnommen werden, dass die Abwicklung von Garantie- und Gewährleistungsansprüchen von Endkunden durch die Vertragspartner gemäss den Bestimmungen dieser Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen vorgenommen werden müsse (KB 41, S. 7). Weiter heisse es darin, dass ausschliesslich österreichisches materielles Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechtsübereinkommens zur Anwendung gelange. Es handle sich mithin um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter, der einerseits österreichischem Recht unterstellt und andererseits von Seiten der Berufungsbeklagten nicht erfüllt worden sei. Das Urteil sei in diesem Punkt zu korrigieren und in der Folge die Werksgarantie bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen. Demnach sei insbesondere in Bezug auf die Einhaltung der Rügefristen zu beachten, dass die Beru-

fungsklägerin nach österreichischem Recht während der Garantiezeit die Rügen jederzeit erheben können; zumindest wären diese aber wesentlich länger als nach schweizerischem Kaufrecht. Diese Auffassung geht aus den nachfolgenden Gründen fehl. b. Werden die zitierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen einer eingehenden Betrachtung unterzogen, wird ersichtlich, dass darin zwischen der Abwicklung und der Geltendmachung von Garantie- und Gewährleistungsansprüchen unterschieden wird. Einerseits wird festgehalten, dass die Abwicklung von Garantie- und Gewährleistungsansprüchen von Endkunden gemäss den Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen durch die Vertragspartner erfolgt. Garantie- und Gewährleistungsarbeiten dürfen denn auch nur von autorisierten Servicepartnern durchgeführt werden, wobei die Prüfung, ob ein Garantieanspruch besteht, dem Servicepartner obliegt. Andererseits wird die Geltendmachung von Garantie- und Gewährleistungsansprüchen gegenüber H. – die J. GmbH ist Mitglied des Unternehmens H. AG – vom fachgerechten Aufbau gemäss den H. Montagerichtlinien abhängig gemacht (KB 41, S. 7). Im Anschluss daran folgen Bestimmungen über die Verwendung von Original-Ersatzteilen sowie den Einsatz von geschultem Fachpersonal. Alsdann wird definiert, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen eine Haftung von H. besteht und unter welchen Umständen eine solche ausgeschlossen ist; von einer Haftung der Vertragspartner ist in den entsprechenden Bestimmungen indessen nirgends die Rede. Schliesslich wird noch festgehalten, dass ausschliesslich österreichisches materielles Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechtsübereinkommens zur Anwendung kommt; als Gerichtsstand wird X. festgelegt (KB 41, S. 9).

Seite 13 — 34 Daraus erhellt aber, dass es entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht darum geht, die Anwendung österreichischen Rechts für jedwede Rechtsstreitigkeiten zwischen Endkunden und Vertragspartnern für anwendbar zu erklären und jegliche anderen Rechtsordnungen a priori auszuschliessen. Sinn und Zweck dieser Bestimmungen – und dies wird insbesondere vor dem Hintergrund des festgelegten Gerichtsstands X. klar – bestehen vielmehr darin, für allfällige Rechtsstreitigkeiten zwischen Endkunden und der H. AG selbst, aber auch zwischen den Vertragspartnern und der H. AG die örtliche Zuständigkeit am Sitz der Firmenniederlassung in Österreich festzulegen. Angesichts dessen, dass die H. AG bzw. die J. GmbH mit Vertragspartnern in verschiedenen Ländern zusammenarbeitet und diese mit ihren Produkten zwecks Weiterveräusserung an die Endkunden beliefert, macht diese Regelung denn auch durchaus Sinn, wenn verhindert werden soll, dass bei jedem Rechtsstreit je nach Niederlassung des Endkunden eine neue Rechtsordnung zur Anwendung gelangt. Die J. GmbH hat ihre Hauptniederlassung in X. (Montagewerk Y.; siehe www.H.com), weshalb denn auch X. als Gerichtsstand festgehalten wurde. Mit anderen Worten hätte sich die Berufungsklägerin dann auf die Anwendbarkeit ausschliesslich österreichischen Rechts berufen können, wenn sie die betreffenden Mängel direkt gegenüber der H. AG bzw. der J. GmbH geltend gemacht hätte, was indessen vorliegend nicht der Fall ist. Vielmehr hat sie deren Vertragspartnerin ins Recht genommen und ihr gegenüber die behaupteten Mängel geltend gemacht. Bei dieser handelt es sich nun aber um eine Akteingesellschaft mit Sitz in der Schweiz, womit am zur Diskussion stehenden Vertrag zwei Firmen mit Sitz in der Schweiz beteiligt sind. Aus welchem Grund bei dieser konkreten Konstellation österreichisches Recht anwendbar sein sollte, ist nicht ersichtlich. Nach dem Gesagten ist der Vorinstanz im Ergebnis zuzustimmen, dass vorliegendenfalls ausschliesslich schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt und für die Anwendbarkeit von österreichischem Recht kein Raum

bleibt. Die Berufung ist in diesem Punkt somit abzuweisen und für die Frage, ob Mängel vorliegen, ist ausschliesslich schweizerisches Recht massgebend. Ebenso zutreffend und im Übrigen unbestritten ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach in Bezug auf die geltend gemachten Mängel das Kaufrecht (Art. 197 ff. OR) zur Anwendung gelangt, soweit es um die Lieferung bzw. den Kauf des Krans geht, während bezüglich Einbau bzw. Montage des Krans auf den LKW Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) anzuwenden ist (zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 2003, 4C.301/2002, E. 2.1).

Seite 14 — 34 c. Doch selbst wenn man entgegen obigen Ausführungen zu einer gegenteiligen Auffassung gelänge, vermöchte dies der Berufungsklägerin nicht zu einem Vorteil zu gereichen. Wie dem Plädoyer von Rechtsanwalt Lardi entnommen werden kann, geht es der Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang insbesondere um die Einhaltung der Rügefristen, welche nach österreichischem Recht wesentlich länger seien als nach schweizerischem Kaufrecht. Dieser Einwand ist unbehelflich. Wie die nachstehenden Erwägungen aufzeigen werden, liegen nämlich schon gar keine (erheblichen) Mängel im Rechtssinne vor, weshalb sich die Frage nach der fristgerechten Geltendmachung derselben gar nicht erst stellt und daher auch nicht von Bedeutung ist. 4. Anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung präzisierte Rechtsanwalt Lardi im Rahmen seiner Replik das Wandelungsbegehren dahingehend, als an diesem lediglich für den Fall festgehalten werde, dass es sich beim betreffenden Kran nicht um einen fabrikneuen Kran handle. Wie bereits erwähnt, gilt aufgrund der Akten als erstellt, dass der Kran zum Zeitpunkt des Kaufs bzw. der Montage fabrikneu war (vgl. E. 2.a hiervor), womit das Wandelungsbegehren hinfällig wird. Ungeachtet dessen hätte die Berufungsklägerin ihren Anspruch auf Wandelung indes ohnehin verwirkt. a. So ist vorliegend unbestritten, dass die Berufungsklägerin den gelieferten Kran für den Holzverlad während der gesamten Zeit mehr oder weniger eingesetzt hat, insbesondere auch, nachdem das Gutachten vorlag. A. antwortete anlässlich der Hauptverhandlung vom 1. September 2009 auf die entsprechende Frage des Bezirksgerichtspräsidenten Landquart, der Kran weise zwischen 480 und 500 Betriebsstunden auf. Mit dem Kran werde im Augenblick gearbeitet, aufgrund der Mängel aber mit Mühe (vgl. Protokoll HV, S. 2 unten/S. 3 oben). b. Durch die Wahl der Wandelung, Minderung oder Nachbesserung übt die Bestellerin ein Gestaltungsrecht aus, welches grundsätzlich unwiderruflich ist. Verlangt die Bestellerin Nachbesserung und ist das Werk nach der Reparatur durch den Unternehmer nach wie vor mangelhaft, hat sie erneut ein Wahlrecht (Urteil des Bundesgerichts vom 19. August 2002, 4C.126/2002, E. 1.1). Aus den Akten ergibt sich, dass die Berufungsklägerin zunächst Reparatur bzw. Nachbesserung verlangte, als sie die Mängel festgestellt hatte. Mit Anhängigmachen der Klage am

E. 9

mm Verdreh-Spiel beim Flansch der Kransäule; e. 500 mm Spiel auf Höhe des Greifers bei ausgefahrenem Kran; f. Radiales Spiel an der Kransäule von 1.15 mm. b. Vorweg ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Frage, ob vorliegend (erhebliche) Mängel vorliegen, nebst dem Gutachten der I. AG vom 11. Juni 2009 insbesondere auch auf die von den Parteien eingereichten Stellungnahmen der N. AG abzustellen ist. Es handelt sich hierbei um die Stellungnahmen vom 7. Januar

Seite 20 — 34 2009 (BB 3), welche bereits vor dem Gutachten eingeholt worden ist, und diejenige vom 11. August 2010 (KB 66), welche Rechtsanwalt Lardi erst nach Kenntnis-

nahme des Gutachtens hat einholen lassen. Letztere hat Rechtsanwalt Lardi in- nert der Frist von 20 Tagen vor der Hauptverhandlung, d.h. am 13. August 2010, ins Recht gelegt, ohne sich jedoch materiell dazu zu äussern (vgl. vorinstanzliches Dossier Korrespondenzen). In Bezug auf diese beiden Stellungnahmen gilt es zu beachten, dass das Gericht gemäss Art. 158 ZPO die Beweise nach freier Über- zeugung würdigt, und es sich insofern gleich verhält wie bei Art. 145 ZGB. In die- sem Zusammenhang hat das Bundesgericht erwogen, dass Art. 145 ZGB die Berücksichtigung eines Parteigutachtens bei der Entscheidungsfindung nicht aussch- liesse. Vielmehr erlaube, ja gebiete der in Art. 145 ZGB ebenfalls enthaltene Grundsatz der freien Beweiswürdigung, unabhängig von Beweisvorschriften jedes taugliche Erkenntnismittel zu berücksichtigen. Nichts habe deshalb das Kantons- gericht daran gehindert, das Privatgutachten im Sinne einer Parteibehauptung und demgemäss mit dem Beweiswert einer Aussage im Parteiverhör zu verwerten (Ur- teil des Bundesgerichts vom 1. März 2002, 5C.319/2001, E. 2; vgl. auch BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 87 f., 95 II 364 E. 2 S. 368 je mit Hinweisen). Auf den vorliegenden Fall übertragen bedeutet dies, dass sich die Berufungsklägerin zumindest die von ihr selbst ins Recht gelegte Stellungnahme vom 11. August 2010 als Parteibe- hauptung entgegenhalten lassen muss und diese verwertet werden kann. c. Was zunächst das axiale Spiel am Rotator anbelangt, so wurde gemäss Gutachten der I. AG ein axiales Spiel von 4.33 mm gemessen, welches sehr gross sei und behoben werden sollte (S. 2). An anderer Stelle wird sodann erwähnt, dass die Befestigung des Greifers axial zuviel Spiel habe, was überprüft und be- hoben werden müsse (Ziff. 13, S. 5). Im an Rechtsanwalt Lardi adressierten Schreiben der N. AG vom 11. August 2010 wird hinsichtlich des axialen Spiels wörtlich ausgeführt: „Sie geben ein zu grosses Axialspiel an der Befestigung des Greifers an, dies muss so sein, das ist die hydraulische Kranwaage, welche das Spiel benötigt“ (KB 66). – Gesamthaft betrachtet steht aufgrund des Gutachtens sowie der vorerwähnten Stellungnahme fest, dass das von der Berufungsklägerin geltend gemachte Axialspiel von 4.33 mm keinesfalls derart ist, dass von einem (erheblichen) Mangel gesprochen werden kann. Im Gegenteil geht daraus sogar hervor, dass dieses Spiel so sein muss. In diesem Sinne fungiert die von der Beru- fungsklägerin selbst ins Recht gelegte Stellungnahme der N. AG als Ergänzung zum Gutachten, indem dieses die vom Gutachter gemachten Feststellungen prä- zisiert und das Vorliegen eines Mangels in aller Deutlichkeit verneint.

Seite 21 — 34 d. Hinsichtlich der von der Berufungsklägerin vorgebrachten defekten Schmie- rung hält das gerichtliche Gutachten fest, dass beim Befestigungsbolzen durch die zwei Schmiernippel kein Fett eingepresst werden könne, was vermutlich daran liege, dass die Schmierbohrungen nicht durchgebohrt seien (S. 2). Auf Seite 5 des Gutachtens wird erneut auf diesen Punkt eingegangen und festgehalten, dass die Schmierbohrungen für den Greiferbolzen nicht durchgebohrt seien, weshalb diese Verbindung nicht geschmiert werden könne und so höherer Belastung ausgesetzt sei. Dies könne zu übermässigem Verschleiss führen (Ziff. 13). Gemäss den un- bestrittenen Ausführungen von Rechtsanwalt Fryberg und insbesondere G. an- llässlich der mündlichen Hauptverhandlung handelt es sich hierbei um eine Baga- telle, die mit einem Arbeitsaufwand von 2-3 Minuten behoben wäre. Dies hat zur Folge, dass die fehlende Schmierbohrung zwar durchaus als Mangel zu qualifizie- ren ist, es sich dabei allerdings keinesfalls um einen erheblichen Mangel handelt. Dass dieser Mangel nur schwer erkennbar und daher nicht leicht zu beseitigen ist (vgl. Giger, a.a.O., N 68 zu Art. 197 OR), behauptete die Berufungsklägerin nicht. Demnach ist der Nachweis eines erheblichen Mangels nicht erbracht. e. Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, dass die Undichtheit des lin- ken Steuerblocks am Hochsitz offensichtlich einen

rechtlich relevanten Mangel darstelle. Fahrzeuge und Betriebsgeräte müssten ohne Frage aus Wasser- und Umweltschutzgründen dicht sein. Dem Gutachten ist hierzu zu entnehmen, dass beide Steuerblöcke einwandfrei funktionierten, der linke Steuerblock beim äussersten Element jedoch undicht sei (S. 3). Unter Ziffer 10 auf Seite 5 wird abermals erwähnt, der Kran habe Undichtheiten am linken Steuerblock. Ob die Vorinstanz diese Undichtheit als Mangel qualifiziert hat, ist nicht klar ersichtlich, hat sie hierzu doch lediglich festgehalten, dass sich die Berufungsbeklagte im Zusammenhang mit dem defekten Manometer und der Undichtheit im linken Steuerblock bereit erklärt habe, die im Gutachten bemängelten Punkte im Rahmen der Garantieleistungen zu beheben, wovon Vormerk genommen werde (vgl. E. 3.e.aa und 3.f, S. 20). Dass die Berufungsbeklagte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ein derartiges Zugeständnis gemacht hat, lässt sich den Akten indes nicht entnehmen. Im Gegenteil hat Rechtsanwalt Fryberg dazu ausgeführt, dass es sich hierbei um klare Abnutzungserscheinungen handle, welche somit nicht als Mangel im Rechtssinne zu qualifizieren seien (vgl. Plädoyer Fryberg, Ziff. 3, S. 4). Anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung wurde von der Berufungsbeklagten auch die Undichtheit am linken Steuerblock als Bagatelle bezeichnet, deren Behebung nicht mehr als einen halben Arbeitstag beanspruchen würde. Nach dem Gesagten steht daher fest, dass die Undichtheit am linken Steuerblock in

Seite 22 — 34 Übereinstimmung mit der Berufungsklägerin zwar als Mangel zu qualifizieren ist, dieser Mangel jedoch nicht erheblich ist. Dass es sich hierbei um einen nur schwer erkennbaren und daher – entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten – nicht leicht zu beseitigenden Mangel handelt, wird denn auch von der Berufungsklägerin nicht behauptet. f. Was das undichte Manometer betrifft, so wird dieser vom Gutachter festgestellte Mangel (vgl. Gutachten, S. 3 und Ziff. 10, S. 5) von der Berufungsbeklagten anerkannt. Sie hat bereits vor Vorinstanz ausgeführt, dass ein solches Gerät etwa Fr. 160.-- koste und für die Montage desselben ein Arbeitsaufwand von rund 15 Minuten benötigt werde (vgl. Plädoyer Fryberg, Ziff. 3, S. 4); vor dem Kantonsgericht hat G. diese Aussage bestätigt und den damit verbundenen Aufwand als Bagatellarbeit bezeichnet. Von einem erheblichen Mangel kann unter diesen Umständen demzufolge keine Rede sein. g/aa. Für die Berufungsklägerin von entscheidender Bedeutung ist die Frage, ob es sich beim Spiel des Krans um einen rechtlich relevanten Sachmangel handelt. Ihrer Auffassung nach sei diese Rechtsfrage von der Vorinstanz offensichtlich falsch beurteilt worden, wobei relevante Unterlagen schlicht nicht berücksichtigt worden seien. Ein Hydraulikkran bestehe aus diversen Dreh- und Angelpunkten. Wohl sei es so, dass nicht von einer vollständigen Steifheit ausgegangen werden könne und dass aus technischer Sicht ein minimales Spiel zugelassen werden müsse. Im Rahmen des Gutachtens sei jedoch klar festgehalten worden, dass bei vollem Auslegearm das Spiel an der Spitze des Krans, wo sich die schwere Ladung befinde, insgesamt 500 mm betrage. Dieser Wert sei gerade beim Setzen von Steinblöcken von mehreren 100 kg zu hoch. Bestätigt werde die Annahme, dass es sich um einen Mangel im Rechtssinne handle, durch die Tatsache, dass sowohl der gerichtliche Gutachter als auch die Firma N. AG in ihrem Schreiben vom 11. August 2010 ein Verdreh- respektive Schwenkspiel von 9 mm gemessen hätten. Gemäss den bei den Akten liegenden internen Unterlagen der Herstellerin dürfe das Spiel nicht über 8 mm sein, wobei der Satz mit einem Ausrufezeichen abgeschlossen werde. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei sie (die Berufungsklägerin) immer noch der Ansicht, dass ein Spiel von 500 mm am Ende des Auslegers eine sichere Handhabung nicht gewährleiste. Mithin sei bewiesen und erstellt, dass es sich hier um eine unzulässige Überschreitung des Spiels handle, welche

einen Mangel im Rechtssinne darstelle. g/bb. In Bezug darauf wird im Gutachten festgehalten, dass beim Flansch am Drehpunkt ein Verdreh-Spiel von 9 mm und bei ganz ausgefahrenem Kran auf

Seite 23 — 34 Höhe des Greifers ein solches von 500 mm gemessen worden seien. Dies sei jedoch nicht aussagekräftig, da sich das seitliche Spiel der beiden Teleskoprohre dazu addiere und somit dieses 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. Man könne aber gut damit arbeiten, wenn das grosse Spiel der beiden Teleskopführungen behoben werde (S. 3 und Ziff. 3, S. 4). Die N. AG führte zu diesem Punkt aus, dass das Schwenkspiel von 9 mm knapp über der Toleranz liege, welche mit 8 mm angeben sei (KB 66). – Die Vorinstanz stellte fest, dass das Spiel an der Hauptsäule im Gutachten weder als anormal noch als unüblich oder gar sicherheitsrelevant bemängelt werde. Immerhin gehe aus dem Gutachten hervor, dass das Spiel am Hauptmast nicht optimal sei, was aber im vorliegenden Fall keinen Mangel im Rechtssinne darstelle (E. 3.c.ff, S. 16). g/cc. Wie dem Gutachten zu entnehmen ist, werden entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin weder das Schwenkspiel von 9 mm noch das Spiel am Ende des Auslegers von 500 mm für sich allein als Mangel qualifiziert. Erst das Zusammenwirken mit dem grossen Spiel der beiden Teleskopführungen führt dazu, dass das Torsionsspiel am Kranmast nicht optimal ist. So gesehen scheint dieses Spiel schon eher einen Mangel darzustellen, wird dadurch doch sowohl das Schwenkspiel als auch das Auslegerspiel negativ beeinflusst. Entsprechend hat auch der Gutachter ausgeführt, dass bei den Teleskop-Rohren seitlich wie auch in der Hubrichtung sehr viel Spiel festgestellt worden sei, wobei die inneren Führungen auffallend viel Spiel hätten (S. 3). Diese müssten innert kurzer Zeit kontrolliert, ersetzt oder neu eingestellt werden (Ziff. 14, S. 5). Auch G. ist der Ansicht, dass das zur Diskussion stehende Problem mittels einer Korrektur der Teleskopführungen behoben werden kann, was gemäss seinen Ausführungen an der Hauptverhandlung mit keinem grossen Aufwand verbunden wäre. Unter diesen Umständen gilt als erstellt, dass auch hinsichtlich des Schwenkspiels und des Anlegerspiels kein rechtlich relevanter Mangel vorliegt. Mangelhaft sind indessen die Teleskopführungen, wobei angesichts des relativ geringen Aufwands, welcher für die Korrektur derselben benötigt würde, das Vorliegen eines erheblichen Mangels ebenfalls zu verneinen ist. h. Das Radialspiel an der Kransäule liegt sodann mit 1.15 mm klar unter der Toleranz von maximal 1.5 mm (KB 66, S. 1 und 6) und stellt folglich ebenfalls keinen Sachmangel dar. Auch insoweit ist die Berufung unbegründet.

Seite 24 — 34 i. Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass die einzelnen von der Berufungsklägerin gerügten Mängel entweder nicht bestehen oder nicht erheblich sind. Wird berücksichtigt, dass selbst an sich bedeutende Mängel als unerheblich zu qualifizieren sind, wenn sie leicht erkannt und ohne grossen Aufwand an Zeit und Geld behoben werden können (vgl. Giger, a.a.O., N 68 zu Art. 197 OR), ist im vorliegenden Fall im Sinne einer Gesamtbetrachtung auch die Summe der festgestellten Mängel nicht als erheblich zu qualifizieren. Gemäss unbestrittener Aussage von G. handelt es sich zum grössten Teil um Bagatellmängel, welche seiner Einschätzung zufolge etwa innerhalb eines Arbeitstags behoben wären. Unter diesen Umständen kann nun aber von einem grossen Aufwand offenkundig keine Rede sein. Angesichts des relativ geringen Arbeitsaufwands sowie unter Berücksichtigung, dass ein neues Manometer rund Fr. 160.-- kostet, gilt ferner als erstellt, dass die mit den Reparaturarbeiten verbundenen Kosten auch nicht erheblicher Natur sind.

Da somit mangels Vorliegen erheblicher Mängel eine Minderung ohnehin nicht in Betracht kommt, erübrigt sich auch die Einholung eines Gutachtens zum Minderwert, weshalb dieser Beweisanspruch abzuweisen ist (vgl. E. 2.c hiervor). Ebenso wenig kann das Gutachten der I. AG als widersprüchlich bezeichnet werden. Im Gesamtkontext – insbesondere in Verbindung mit den beiden Stellungnahmen der N. AG – ist das Gutachten durchaus nachvollziehbar und in sich stimmig. Sodann lassen sich aufgrund des Gutachtens die strittigen Fragen ohne weiteres beantworten. Inwiefern darin derartige Widersprüche enthalten sind oder aus den darin aufgeführten Feststellungen widersprüchliche Schlussfolgerungen gezogen worden sind, wie von der Berufungsklägerin geltend gemacht, ist nicht ersichtlich und wird von dieser auch nicht substantiiert dargelegt. Ihre Vorbringen erweisen sich weitgehend als appellatorische Kritik am vorinstanzlichen Urteil. Es bleibt somit festzuhalten, dass das Gutachten in Bezug auf die strittigen Punkte vollständig, widerspruchsfrei und nachvollziehbar ist. Aus diesem Grund ist mithin auch der Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens abzuweisen (vgl. E. 2.b ff. hiervor) 8.a. Weiter – so die Berufungsklägerin – habe die Vorinstanz auch den werkvertraglichen Anspruch auf korrekte Montage des Krans auf dem Lastwagen F. abgewiesen. Sie habe ausgeführt, dass es sich bei der Voraussetzung des Transports mit Rundholz in Standardlänge nicht um eine zugesicherte Eigenschaft gehandelt habe. Das Problem sei denn auch erst spät gerügt worden, was belege, dass keine solche Eigenschaft vereinbart worden sei. Die Vorinstanz ignoriere dabei völlig aktenwidrig die Zeugenaussage von O., gestützt darauf nachgewiesen sei, dass bereits bei der Übernahme des Lastwagens mit Kran die Nichteinhaltung

Seite 25 — 34 der zugesicherten Eigenschaft betreffend Positionierung des Krans festgehalten worden sei. So habe er ausgeführt, dass die zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden gewesen und dass bei der offensichtlich rechtzeitigen Rüge eine Korrektur in Aussicht gestellt worden seien. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach dessen Zeugenaussage mit Zurückhaltung zu würdigen sei, sei, da es keine Indizien oder Beweise gebe, welche seine Aussage zu widerlegen vermöchten, unhaltbar. b. Die Vorinstanz hat hierzu in Erwägung gezogen, aus den Akten gehe nicht hervor, dass die Berufungsklägerin den Kran bei der Berufungsbeklagten unter der Bedingung bestellt habe, dass sie damit Rundholz in der von ihr genannten Länge transportieren können müsse. Mit anderen Worten liege keine zugesicherte Eigenschaft vor. Sodann sei darauf hinzuweisen, dass der anscheinend zu geringe Abstand, welcher den Transport von Rundholz in Standardlänge verunmöglichen soll, in ihrer Mängelrüge vom 24. Oktober 2008, also rund dreieinhalb Monate nach Übernahme des Fahrzeugs samt Kran, mit keinem Wort erwähnt worden sei. Selbst wenn ein Mangel vorläge, müsste die Mängelrüge in diesem Punkt als klar zu spät erfolgt beurteilt werden; dies gälte selbst dann, wenn er bereits in der Mängelrüge vom 24. Oktober 2008 Erwähnung gefunden hätte. Die Berufungsklägerin hätte nämlich bereits bei ihren ersten Holztransporten merken müssen, dass der Abstand zwischen Kran und Ladefläche zu klein sei, und sie hätte dies gemäss gesetzlicher Vorschrift umgehend rügen müssen. c. Unbestritten ist zunächst, dass der Aufbau des Krans auf den Lastwagen nicht nach Kaufrecht (Art. 197 ff. OR), sondern nach Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) zu beurteilen ist. Ein Werk ist mangelhaft, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Im Gegensatz zum Fehlen vorausgesetzter Eigenschaften, wo ein Mangel nur im Falle einer Beeinträchtigung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit zu bejahen ist, stellt das Fehlen einer vertraglich zugesicherten Eigenschaft unabhängig davon einen Mangel dar (Gaudenz G. Zindel/Urs

Pulver, Basler Kommentar, Obligatio- nenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N 9 zu Art. 368 OR; Peter Gauch, Der Werkver- trag, 4. Aufl., Zürich 1996, N 1356 f. und N 1398 f.). Ob es sich bei der Vorausset- zung des Transports mit Rundholz in Standardlänge um eine vorausgesetzte oder eine zugesicherte Eigenschaft handelt, kann vorliegend indes aus den nachfol- genden Gründen offen gelassen werden. d. Der berufungsklägerische Rechtsvertreter hat sich in seiner Prozesseinga- be an die Vorinstanz vom 20. August 2009 (Ziff. III.15, S. 17 f.) sowie im vorin-

Seite 26 — 34 stanzlichen Plädoyer (Ziff. II.25, S. 20 f.) eingehend mit der Problematik der Posi- tionierung des Krans sowie des Abstands zwischen Kran und Ladefläche ausein- andergesetzt. So dürften gemäss Art. 73 Abs. 3 der Verkehrsregelverordnung (VRV; SR 741.11) im Strassenverkehr beim Transport von Gütern die Lasten das Fahrzeug bzw. die Ladefläche in der Länge nur ausnahmsweise überragen. Die Ladung dürfe bei Motorfahrzeugen mit Anhängern höchstens 5 m hinter die Mitte der Hinterachse oder den Drehpunkt der Hinterachsen hinausreichen, wenn sie über die Ladefläche hinausrage. Da sich der Drehpunkt vorliegendenfalls im vor- deren Drittel befinde, sei es offensichtlich, dass die Ladefläche nicht überragt wer- den dürfe. Weisen die zu transportierenden Stückgüter eine bestimmte Länge auf, so müsse die Ladefläche entsprechend lang sein. Die Berufungsklägerin habe den Lastwagen und den Kran angeschafft, um damit Rundholz laden und transportie- ren zu können. In der Schweiz werde Rundholz auf mindestens 12 Meter Länge zugeschnitten, wobei im Rahmen der Forstarbeiten immer eine gewisse Marge belassen werde, damit das Standardmass nicht überschritten werde. Mithin betra- ge die Länge des Rundholzes zwischen 12 m und 12.5 m. Wie der Aufbauzeich- nung entnommen werden könne, sei bereits in der Planung die Position des Krans enorm knapp bemessen worden. Demnach betrage der Abstand 12.55 m (2050 mm + 10500 mm). Dabei gelte noch zu berücksichtigen, dass durch das Abdrehen des Anhängers noch ein zusätzlicher Abstand eingerechnet werden müsse, damit das Rundholz nicht gegen den Kran drücke. Gemäss Zeichnung der Berufungsbe- klagten soll die Distanz zwischen dem Ende der Ladebrücke und dem Kran 2050 mm betragen. Der Gutachter habe hingegen eine Distanz von 1480 mm gemes- sen, womit der Abstand 57 cm weniger betrage, als dies in der ursprünglichen Zeichnung angegeben worden sei. e. Zutreffend ist, dass als Folge der zitierten Gesetzesbestimmung die Lade- fläche der Berufungsklägerin aufgrund des Umstands, dass sich der Drehpunkt beim betreffenden Lastwagen im vorderen Drittel des Anhängers befindet, nicht überragt werden darf. Indessen erweisen sich die übrigen Einwände als unbehel- flich. So wird bei genauer Betrachtung der entsprechenden Planskizzen (KB 21, insbesondere S. 2) klar, dass der darauf eingezeichnete und von der Berufungs- klägerin angeführte Abstand von 2050 mm entgegen deren Auffassung nicht die Distanz zwischen dem Kran und dem Ende der Ladebrücke darstellt, sondern dass es sich beim erwähnten Abstand vielmehr um die Distanz zwischen dem Kran und der Mitte der Hinterachse des Lastwagens handelt. Der Abstand zwi- schen Kran und Ende der Ladebrücke beträgt gemäss der bei den Akten liegen- den Planskizze lediglich 790 mm (2050 mm – 1260 mm). Wenn die Berufungsklä-

Seite 27 — 34 gerin nun rügt, die Distanz zwischen dem Kran und dem Ende der Ladebrücke betrage gemäss Gutachten lediglich 1480 mm, so ist ihr entgegenzuhalten, dass dieser gemessene Abstand bereits grösser ist, als er gemäss Planskizze vorgese- hen war. Mit anderen Worten beruhen die diesbezüglichen Einwände der Beru- fungsklägerin auf einem falschen Verständnis der Planangaben und gehen an der Sache vorbei. Die

entsprechenden Behauptungen erweisen sich mithin als un- begründet, weshalb nicht näher darauf einzugehen ist. Insbesondere die Frage nach der rechtzeitigen Erhebung der entsprechenden Mängelrüge sowie die Aussage des Zeugen O. sind demzufolge unbeachtlich. Ergänzend bleibt an dieser Stelle anzufügen, dass sich aus den Akten entgegen den berufungsklägerischen Be- hauptungen auch keine Anhaltspunkte ergeben, wonach am Kran technische Ver- änderungen vorgenommen worden sein sollen. 9.a. Schliesslich macht die Berufungsklägerin eine Forderung von Fr. 6'400.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 9. März 2009 geltend. Sie begründet diese Forde- rung mit Betriebsausfällen, weil sie das Fahrzeug mehrmals habe prüfen lassen müssen. So sei das Fahrzeug samt Kran vom 15. Dezember bis 19. Dezember 2008 zwecks Mängelbehebung bei der Berufungsbeklagten verblieben, wodurch fünf Arbeitstage verloren gegangen seien. Dadurch sei ihr ein Schaden von Fr. 5'278.30 entstanden. Hinzu komme ein zusätzlicher Ausfalltag, an welchem das Gutachten erstellt worden sei, was einen Schaden von Fr. 1'230.-- zur Folge ge- habt habe. Der Anspruch auf Schadenersatz belaufe sich somit auf mindestens Fr. 6'400.--. b. Die Vorinstanz ist zur Auffassung gelangt, dass, nachdem keine Mängel festgestellt worden seien, welche entsprechende Folgeschäden nach sich gezo- gen hätten, auch keine Grundlage für eine Schadenersatzforderung bestehe. So hätten sämtliche im Gutachten erwähnten Mängel nicht zu Betriebsausfällen ge- führt bzw. nicht zu solchen, welche das für ein solches Fahrzeug übliche Mass überstiegen hätten. Dementsprechend sei es auch nicht notwendig gewesen, das Fahrzeug fünf Tage bei der Berufungsbeklagten stehen zu lassen. Die Berufungs- klägerin habe den Betriebsausfall in dieser Zeit somit selber zu vertreten. Im Übrigen sei zu bemerken, dass technisch stark beanspruchte und komplexe Arbeits- geräte, worunter auch ein Kranaufbau falle, generell periodische Wartungs- oder Reparaturarbeiten bedingten, welche in der Betriebskalkulation enthalten sein müssten und keine unerwarteten Betriebsausfälle darstellten, mit welchen der Be- treiber nicht zu rechnen habe.

Seite 28 — 34 Dem hält die Berufungsklägerin entgegen, dass diese Argumentation generell be- trachtet und insbesondere für ältere Kräne durchaus richtig sein möge. Es könne nun aber nicht ernsthaft behauptet werden, dass in der konkreten Situation des vorliegenden Falls davon auszugehen sei, dass die Stilllegung des Krans im De- zember 2008 für eine Woche als gewöhnlich im Betrieb eines solchen Krans an- zusehen sei, zumal es sich nach der Auffassung der Vorinstanz um einen fabrik- neuen Kran handle. Vielmehr handle es sich um aussergewöhnliche Ausfälle, die gerade in keinem Zusammenhang mit gewöhnlichen Wartungsarbeiten gestanden hätten. c. Den vorstehenden Ausführungen folgend, wies der Kran der Berufungsklä- gerin in der Tat einzelne Mängel auf. Ob es sich dabei um erhebliche handelt oder nicht, spielt für die Frage nach allfälligen Mangelfolgeschäden keine Rolle, bilde- ten die betreffenden Mängel doch durchaus Anlass, den Lastwagen samt Kran zwecks Begutachtung sowie Behebung der Mängel bei der Berufungsbeklagten zu belassen. Dadurch soll der Berufungsklägerin infolge Betriebsausfalls Gewinn in geltend gemachter Höhe entgangen sein. Der entgangene Gewinn ist zu ersetzen, auch wenn im Augenblick der Schädigung noch kein Rechtsanspruch auf die er- wartete Einnahme bestanden hat. Erforderlich ist indessen eine genügende Wahr- scheinlichkeit, dass der Gewinn erzielt worden wäre, sofern nicht das schädigende Ereignis dazwischengetreten wäre (Karl Oftinger/Emil. W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 2 N 14, S. 74). d. Aufgrund der Akten stellt sich vorab die Frage, ob der geltend gemachte Schaden überhaupt rechtsgenügend ausgewiesen ist. Die Berufungsklägerin hat in ihrer

vorinstanzlichen Prozesseingabe vom 20. August 2009 (Ziff. III.16, S. 19) ausgeführt, als Referenzmonat für die Berechnung des entgangenen Gewinns möge der Monat November 2008 dienen. Sie hat die in diesem Monat ausgeführten Transporte mit den entsprechenden Einnahmen urkundlich belegt (KB 53) und anschliessend die durchschnittlichen Tageseinnahmen ermittelt. Der Ausfall bezifferte sich demnach inklusive Diesel auf Fr. 1'012.-- pro Arbeitstag. Zusätzlich hat sie die Kosten für Diesel für die Strecke von Z. nach Zizers und zurück mit Fr. 218.30 veranschlagt, was zu einem Schaden von Fr. 5'278.-- führe. Um den Nachweis zu erbringen, dass sie auch in den Tagen vom 15. Dezember bis zum 19. Dezember 2008 Aufträge gehabt hätte, hat die Berufungsklägerin ein Schreiben der Firma Gasser AG vom 11. August 2009 (KB 55) eingereicht. – Der Referenzmonat November 2008 ist indes nicht geeignet, den entgangenen Gewinn für den Dezember 2008 mit genügender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Immerhin ist es durchaus vorstellbar, dass die Auftragserteilung im Dezember konstant tiefer

Seite 29 — 34 ist als im November. Darüber hinaus wäre es der Berufungsklägerin ohne weiteres möglich gewesen, den Auftragsbestand im Dezember 2008 mit entsprechenden Urkunden zu belegen, zumal davon auszugehen ist, dass Auftrag und Bestätigung zwecks Planung und Koordination schriftlich sowie mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf zur Auftragsführung erfolgen. So hätte die Berufungsklägerin auf den Zeitraum vom 1. Dezember bis 14. Dezember 2008 bezogene Unterlagen ins Recht legen können, aus welchen alsdann Schlüsse auf die Folgeweche hätten gezogen werden können. Dies hat sie jedoch nicht getan. Eine andere und näher liegende Beweisführung hätte ihr mit dem Nachweis von Transportaufträgen für die Zeit vom 15. Dezember bis 19. Dezember 2008 offen gestanden. Aus dieser Zeitspanne hat sie einzig die erwähnte Bestätigung der Firma Gasser AG (KB 55) eingelegt. Daraus geht jedoch weder Umfang noch Dauer des abgesagten Transports hervor, geschweige denn die damit einhergehenden Transportkosten bzw. Einnahmen. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die eingeklagte Schadenersatzforderung nicht rechtsgenügend ausgewiesen ist und die Berufung demzufolge auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

E. 10

Was den in Ziffer 4 des Rechtsbegehrens gestellten Nachklagevorbehalt anbelangt, so wurden hierzu weder in den Rechtsschriften noch in den Plädoyers weitergehende Ausführungen gemacht. – Die Vorinstanz ist diesbezüglich zum Schluss gekommen, dass dafür keine Grundlage bestehe. Die vorliegend geltend gemachten Mängel und Ansprüche seien beurteilt worden und stellten damit eine *res iudicata* dar (E. 4, S. 21). Die Vorinstanz scheint in ihren Erwägungen zu verkennen, dass das vorliegende Verfahren einen Sachschaden und nicht einen Personenschaden zum Gegenstand hat. Der Gesetzgeber hat nun aber nur in Art. 46 Abs. 2 OR einen Nachklagevorbehalt vorgesehen, spricht nur bei Körperverletzungen. In den übrigen Bereichen des Haftpflichtrechts gilt diese Regelung nicht und ist daher ein Vorbehalt nicht zulässig. Das Gesetz kennt bei Sachschaden keinen Rektifikationsvorbehalt (Oftinger/Stark, a.a.O., § 6 N 223, S. 323 und N 386, S. 376; ZWR 1976 S. 273 f.). Der entsprechende Antrag auf Vormerknahme ist daher abzuweisen, womit sich gegenüber den vorinstanzlichen Erwägungen im Ergebnis nichts ändert.

E. 11

Mit Anschlussberufung vom 16. November 2010 stellte die Berufungsklägerin den Antrag, Ziffer 2 und 3 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und

ersatzlos zu streichen. Was die Vorinstanz in besagten Ziffern

Seite 30 — 34 erkannt habe, sei von der Berufungsklägerin zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens angebeht worden. Zudem sei es selbstverständlich, dass die Garantie noch bestehe, indes gehöre dies nicht ins Dispositiv. – Diesem Begehren ist zu entsprechen. Im vorliegenden Verfahren geht es nicht um Mängelbehebungen aus Garantievertrag, sondern um Wandelung, Minderung und Schadenersatz aus Kauf- und Werkvertrag. Etwas anderes hat die Berufungsklägerin denn auch nie beantragt (vgl. auch E. 5.a hiervor). Es kann daher offen bleiben, ob die Berufungsbeklagte an der mündlichen Hauptverhandlung vor Vorinstanz tatsächlich derartige Zusicherungen gemacht hat. In jedem Fall hätte die Vorinstanz die Berufungsbeklagte nicht zur Mängelbehebung und damit zu etwas verpflichten dürfen, was die Berufungsklägerin gar nie beantragt hat. 12.a. Im Weiteren beantragt die Berufungsbeklagte, Ziffer 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils sei dahingehend abzuändern, als die Berufungsklägerin sie (die Berufungsbeklagte) für das Verfahren vor Bezirksgericht Landquart ausseramtlich mit Fr. 12'000.-- zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu entschädigen habe. Zwar habe sie die Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung dem Ermessen des Gerichts überlassen, indes liege die von der Vorinstanz festgesetzte Entschädigung in Höhe von lediglich Fr. 6'000.-- angesichts des für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache notwendigen Aufwands nicht mehr im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. – Die Berufungsklägerin vertritt hingegen den Standpunkt, dass die Berufungsbeklagte bzw. deren Rechtsvertreter die festgelegte Entschädigung in genannter Höhe akzeptieren müsse. Dem Gericht seien weder eine Honorarvereinbarung noch eine detaillierte Honorarnote eingereicht worden, weshalb es im freien Ermessen des Gerichts stehe, die ausseramtliche Entschädigung festzulegen. Zudem lägen der Berufungsinstanz keine weiteren Unterlagen zu dieser Frage vor und es seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, um die nun neu in der Höhe von Fr. 12'000.-- geltend gemachte ausseramtliche Entschädigung zu begründen. b. Die unterliegende Partei wird in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Die Höhe der aussergerichtlichen Entschädigung ist nach dem Umfang der notwendigen und tatsächlich geleisteten Arbeit sowie nach dem Mass der unumgänglichen Umtriebe und nach der objektiven Bedeutung der Streitsache zu bemessen. Reicht der obsiegende Rechtsvertreter keine detaillierte Honorarnote ein, so bestimmt das Gericht nach konstanter Praxis von sich aus die durch die Gegenpartei an ihn zu entrichtende Entschädigung nach pflichtgemässen Ermessen. Eine Pflicht zur Einreichung einer Honorarnote besteht nicht. Vielmehr han-

Seite 31 — 34 delt es sich um eine blosser Obliegenheit, bei deren Missachtung der Rechtsvertreter Gefahr läuft, dass der Aufwand durch das Gericht geringer eingestuft wird und er damit nicht sämtliche, ihm durch das Verfahren entstandene Kosten erstattet bekommt (PKG 2005 Nr. 5). Die Bemessung des sachgerechten Aufwands beruht mithin auf einer individuellen Würdigung, bei welcher dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Eine Gesetzesverletzung liegt folglich nur vor, wenn sie ihr Ermessen überschreitet oder in Willkür verfällt. Allerdings folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) unter anderem die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Das bedeutet indessen nicht, dass sich diese

ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 126 I 97 E. 2.b S. 102 f.; 112 Ia 107 E. 2.b S. 109). So braucht die Begründung bei Kostenentscheidungen nicht ausdrücklich genannt zu werden, wenn diesbezüglich alle tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen klar und damit die Überlegungen, die den Richter zu seinem Entscheid führten, erkennbar sind (BGE 111 Ia 1 E. 2.a S. 1; 93 I 116 E. 2 S. 120; Urteil des Bundesgerichts vom 9. August 2002, 1P.284/2002, E. 2.4.1; vgl. zum Ganzen auch die Urteile des Bundesgerichts vom 31. Juli 2003; 4P.113/2003, E. 2.2 und vom 19. Dezember 2001, 4P.199/2001, E. 3.b). In Anbetracht der augenscheinlichen Diskrepanz zwischen der von der Berufungsklägerin ins Recht gelegten Honorarnote von Fr. 23'446.65 (inkl. MWSt) und der letztlich der Berufungsbeklagten zugesprochenen Entschädigung von Fr. 6'000.-- (inkl. MWSt) hätte die Vorinstanz somit wenigstens in groben Zügen darlegen müssen, wie die Höhe der ausseramtlichen Entschädigung zustande gekommen ist. Stattdessen hat sie sich mit der Ausführung begnügt, dass nach Ermessen des Gerichts ein notwendiger Aufwand von Fr. 6'000.-- (inkl. MWSt) angemessen erscheine (E. 6, S. 22). Dieser Entscheid enthält mithin keine nachvollziehbare Begründung. Damit hat die Vorinstanz ihre aus dem Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Begründungspflicht verletzt. c. Das Recht angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Berufung in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwer wiegende - Verletzung des rechtlichen

Seite 32 — 34 Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390; 127 V 431 E. 3.d/aa S. 437 f., 126 V 130 E. 2.b S. 132 mit Hinweisen; PKG 2007 Nr. 13 E. 4.c). – Da das Kantonsgericht im Berufungsverfahren über eine volle Kognitionsbefugnis verfügt (Art. 229 Abs.1 ZPO) und die Berufungsbeklagte sich anlässlich der mündlichen Verhandlung zur ausseramtlichen Entschädigung äussern konnte, hat der Mangel als geheilt zu gelten. d. Für die nunmehr zu erfolgende Ermittlung der angemessenen ausseramtlichen Kostenfolge ist im vorliegenden Fall von der im Recht liegenden Honorarnote von Rechtsanwalt Lardi vom 31. August 2010 auszugehen. Diese scheint mit Fr. 23'446.65 (inkl. MWSt) auf den ersten Blick relativ hoch. Eine Überprüfung derselben führt jedoch zum Schluss, dass sie nicht derart unangemessen erscheint, dass eine Korrektur als angezeigt erschiene. Dabei ist nicht allein der Umfang der einzelnen Rechtsschriften, sondern der gesamte Prozessstoff in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht massgebend. Hinzu kommt, dass sich das gesamte Verfahren ab dem ersten Kontakt mit der Berufungsklägerin bis zur Hauptverhandlung vor Vorinstanz über einen Zeitraum von fast zwei Jahren erstreckt hat. Dass in dieser Zeit insgesamt 83.45 Arbeitsstunden angefallen sind, ist aufgrund der einzelnen Positionen ohne weiteres nachvollziehbar. Obschon es gerichtsnotorisch ist, dass der beklagten Prozesspartei in der Regel ein geringerer Aufwand erwächst als der klagenden, hat auch sie sich eingehend mit den vorerwähnten Aspekten auseinanderzusetzen. Selbst wenn Rechtsanwalt Fryberg im Gegensatz zu Rechtsanwalt Lardi nicht an allen Zeugeneinvernahmen anwesend war (vgl. Dossier IV Zeugen) steht die der Berufungsbeklagten von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in keinem vertretbaren Verhältnis zur Honorarnote von Rechtsanwalt Lardi. Mit der um rund $\frac{3}{4}$ tiefer zugesprochenen ausseramtlichen Entschädigung an die

Berufungsbeklagte im Vergleich zur Honorarnote der Berufungsklägerin hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen selbst unter Berücksichtigung, dass ihr ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, verletzt. In Würdigung der vorgenannten Ausführungen erscheint die beantragte Entschädigung von Fr. 12'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer denn auch durchaus als angemessen. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass selbst damit das Honorar der Berufungsbeklagten um rund die Hälfte tiefer ist als die Honorarnote der Gegenpartei. Die Anschlussberufung ist somit auch in diesem Punkt gutzuheissen.

Seite 33 — 34 13.a. Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass sich die Berufung als unbegründet erwiesen hat und vollumfänglich abzuweisen ist. Demgegenüber ist die Anschlussberufung gutzuheissen und die Ziffern 2 bis 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils sind aufzuheben. b. Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Berufungsverfahrens zu Lasten der Berufungsklägerin (Art. 122 Abs. 1) Diese wird zudem verpflichtet, der Berufungsbeklagten alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Rechtsanwalt Fryberg unterliess es, eine detaillierte Honorarnote vorzulegen, weshalb die Höhe der Entschädigung nach richterlichem Ermessen festzusetzen ist. Angesichts des Aufwands sowie der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen erscheint eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. MWSt) als angemessen.

Seite 34 — 34 III.

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