

ZH_OBERGERICHT LB140064 vom 13. November 2014

ZH Obergericht, 2014-11-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140064

FR: ZH_OBERGERICHT LB140064 du 13 novembre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LB140064 del 13 novembre 2014

Erwägungen

E. 1

Die A._____ SA (Beklagte und Berufungsklägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____. Sie betreibt mehrere Steinbrüche, darunter Granitsteinbrüche und einen Marmorsteinbruch (vgl. act. 59 S. 1). Die B._____ AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) mit Sitz in Hinwil bezweckt u.a. Dienstleistungen auf dem Gebiet der Sprengtechnik. Am 2. Februar 2010 schlossen die Parteien einen Werkvertrag (act. 3/1 = act. 13/9) über Sprengungen durch die B._____ AG (fortan nur: die Klägerin) im Steinbruch der A._____ SA (fortan nur: die Beklagte) in E._____, auf dem sich auch deren Werkgelände befindet (vgl. act. 59 S. 3). Die Sprengungen sollten in zwei Etappen erfolgen. Die Arbeiten der ersten Etappe waren ca. Mitte Februar abgeschlossen. Eine erste Akontorechnung der Klägerin für Arbeiten vom 9. Februar bis 19. Februar 2010 über insgesamt Fr. 31'408.75 (act. 3/6) beglich die Beklagte am 2. März 2010. Vor Abschluss der Arbeiten der zweiten Etappe trat die Beklagte vom Vertrag zurück. Weitere zwei Rechnungen der Klägerin (act. 3/8 und act. 3/11) über insgesamt Fr. 34'835.- liess die Beklagte unbezahlt. Die Klägerin anerkennt zwei Forderungen der Beklagten gegen sich aus der Lieferung von Stellriemen im Wert von Fr. 6'096.60 und aus dem Bezug von Dieseltreibstoff über Fr. 951.25. Mit ihrer Klage über Fr. 27'787.10 verlangt sie die Zusprechung des Restbetrages aus Werkvertrag, abzüglich der anerkannten Forderungen der Beklagten, so wie sie ihn in Betreuung gesetzt hat (Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Biasca vom 16. September 2010).

- 4 -

E. 2

Die Klage wurde am 24. November 2010 beim Bezirksgericht Hinwil anhängig gemacht. Das Hauptverfahren wurde schriftlich durchgeführt und nach dem Eingang der Duplik Mitte Juli 2011 geschlossen. Im Oktober 2011 wurde das Beweisverfahren mit dem Beweisauflassbeschluss eröffnet. Im Rahmen des Beweisverfahrens wurden Urkundenbeweise entgegengenommen, drei Zeugen angehört (vgl. act. 57, 59-60) sowie ein Gutachten eingeholt (vgl. act. 83). Nachdem die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis im Februar 2014 eingegangen waren, fällte das Bezirksgericht am 6. März 2014 sein Urteil und eröffnete es den Parteien zunächst ohne Begründung (vgl. act. 97 f.). Die von der Beklagten verlangte Zustellung einer begründeten Urteilsausfertigung erfolgte Ende Juni 2014 (vgl. act. 102). Weitere Einzelheiten zum bezirksgerichtlichen Verfahren können der begründeten Ausfertigung des angefochtenen Urteils (vgl. act. 106 [= act. 101 = act. 105]) entnommen werden.

E. 2.2

Die Beklagte erachtet diese Auffassung des Bezirksgerichtes grundsätzlich als unzutreffend und hält an ihrem bereits dem Bezirksgericht vorgelegten Standpunkt weiterhin fest. Sie rügt am Urteil unter diversen Gesichtspunkten Aktenwidrigkeiten (vgl. act. 104, dort etwa Ziff. 2.1.8, Ziff. 2.1.9, Ziff. 2.1.10) und macht zuweilen auch Willkür geltend (vgl. etwa a.a.O., Ziff. 2.1.9). Sie wirft dem Bezirksgericht ebenfalls eine unzulässige Betrachtungsweise bei der Würdigung von Sachverhalten vor (a.a.O., Ziff. 2.1.14 f.) und legt dar, warum die Klägerin den Vertrag, den die Vorinstanz im Urteil auch noch unvollständig wiedergegeben habe (so

- 7 - a.a.O., Ziff. 2.1.6), nach ihrer – der Beklagten – Auffassung schlecht erfüllt habe (a.a.O., S. 8 ff.). Die Klägerin hält die Berufung insgesamt für unbegründet. Die Beklagte verkenne immer noch den vereinbarten Vertragsinhalt, den das Bezirksgericht im Übrigen zutreffend wiedergegeben habe. Geschuldet gewesen seien Sprengarbeiten, nicht Lieferungen (vgl. act. 112 S. 2). Die Beklagte zitiere die Urteilsbegründung zudem streckenweise falsch (vgl. a.a.O., S. 3, oben), wiederhole sich streckenweise bloss bzw. argumentiere im Kreis, ohne die nachvollziehbaren Ausführungen des Bezirksgerichtes in Zweifel ziehen zu können (a.a.O., S. 4, oben). Endlich trage die Beklagte unzulässige Noven vor (a.a.O., S. 4, Rz. 5) und argumentiere mit einer Unsorgfalt, die gerade widerlegt sei (a.a.O., S. 5). Die Vorbringen der Parteien sind hier sachgemäss – es geht darum, eine Übersicht zu geben – verknüpft dargestellt. Die nachstehenden Erwägungen berücksichtigen hingegen alle Vorbringen in den act. 104 und 112, und zwar auch dann, wenn das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

E. 3

Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'100.- zu bezahlen.

E. 3.2

Das Bezirksgericht hat den Wortlaut des Vertrages über die für beide Etappen vereinbarten Leistungen der Klägerin im angefochtenen Urteil im Wortlaut wiedergegeben (vgl. act. 106 S. 9). Der Klarheit halber – die Beklagte gibt diesen Wortlaut in der Berufungsschrift nämlich nur rudimentär und insofern entstellt wieder (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.6) – sei er auch hier nochmals vorgestellt (vgl. act. 3/1 und 13/9, Blatt 2-3): "Lockerungssprengungen Etappenweises Abbauen von Granit mittels Raupenbohrgerät, Laden von Gelatine und Amolit: Etappe 1: Abtiefen von vertikalen Kleinbohrlöchern (d = 64 mm, l = 1 - 5 m, Bohrraster in Funktion 1) Abraumsprengungen, kein Blockanfall m3f 1'000 16.80 Fr. 16'800.00 Etappe 2: Abtiefen von vertikalen Grossbohrlöchern (d = 90 mm, l = 5 - 15 m, Bohrraster in Funktion 1) Gewinnungssprengungen, Blockanfall 1 - 5 t m3f 10'000 6.50 Fr. 65'000.00".

E. 3.2.1

Richtig ist, wie die Beklagte vermerkt, dass das Bezirksgericht damit nicht alle Vertragspunkte dargestellt hat. Namentlich nicht aufgeführt hat es etwa, dass sämtliche "aufgeführten Sprengfeldpositionen" die Leistungen "projektieren, bohren, laden, sprengen, inkl. Lieferung von Sprengstoffen und Zündmitteln" umfassen (vgl. act. 3/1 Blatt 2). Namentlich nicht aufgeführt hat es weiter den dem Vertragspunkt "Lockerungssprengungen" vorangestellten und im Titel ebenfalls in Fettschrift hervorgehobenen Vertragspunkt "Installation" (umfassend: "Einmaliger An- und

Abtransport von Maschinen und Geräten") sowie z.B. die an den Vertragspunkt "Lockerungssprengungen" anschliessenden Inhalte, die unter dem ebenfalls in Fettschrift hervorgehobenen Titel "Erschütterungsüberwachung" aufgelistet sind oder diesem Vertragspunkt folgen (darunter Bestimmungen zu den

- 9 - Preisen, zur Preisbasis, zu Konditionen, unentgeltlichen Leistungen des Auftraggebers usw. (vgl. act. 3/1 bzw. 13/9). Das alles aufzuführen, bestand allerdings kein Anlass. Ein Gericht ist nicht verpflichtet, Verträge in seinen Erwägungen im (ohnein unstrittigen) Wortlaut wiederzugeben. Es genügt, wenn es auf diesen aktenkundigen Wortlaut verweist und allenfalls zur Verdeutlichung darlegt, welchen Teil des Wortlautes es für die Entscheidung als massgeblich erachtet. Genau dem ist das Bezirksgericht nachgekommen. Im Streit zwischen den Parteien geht es ja nicht darum, ob und wie Erschütterungsüberwachungen erfolgten oder wie es sich mit den Installationen verhielt usw. Streitpunkt war und ist vielmehr vor allem, welches Werk, also welches Arbeitsergebnis bzw. welchen Arbeitserfolg die Klägerin im Rahmen der zweiten Etappe genau versprochen hat. Denn nur wenn das geklärt ist, lässt sich feststellen, ob und inwieweit der Standpunkt der Beklagten haltbar ist, die Klägerin habe den Vertrag schlecht erfüllt, was sie (die Beklagte) zum Rücktritt gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt habe. Und erst danach stellen sich die weiteren Fragen nach der allenfalls geschuldeten Entschädigung (dem Werklohn) oder nach allfälligen Schadenersatzansprüchen der Beklagten usw.

E. 3.2.2

Das Bezirksgericht hat – wie schon vermerkt – im Ergebnis erkannt und dargelegt, dass von der Klägerin versprochene Arbeitsergebnisse nicht in der Ablieferung einer bestimmten Anzahl von Blöcken an die Beklagte bestanden, und schon gar nicht in der Ablieferung von Blöcken bestimmter Grösse oder Form, sondern in Sprengungen von Fels (Geländekeil; vgl. dazu auch act. 3/2) auf dem Grund der Beklagten, die zu einem Anfall von Gesteinsbrocken mit Gewicht von eins bis fünf Tonnen führen. Im Gegenzug habe die Beklagte der Klägerin die Leistung eines Einheitspreises versprochen. Diese Auffassung wird durch den klaren Vertragswortlaut gedeckt, ist im Ergebnis des bezirksgerichtlichen Verfahrens schlüssig und überzeugend, weshalb – zur Vermeidung von Wiederholungen – für Weiteres vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (vgl. a.a.O.). Ergänzend anzumerken ist, dass sich die Beklagte der Sicht nicht (mehr) verschliesst, es habe das Arbeitsergebnis in einem durch die Sprengungen bewirktem Anfall von Felstrümmern bestanden (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.2: in ihrer Form

- 10 - nicht definierte Blöcke, also unförmige Blöcke von 1-5 Tonnen; vgl. ferner a.a.O., Ziff. 2.1.17). Wenn sie gleichwohl auch noch die "Lieferungen" von Blöcken durch die Klägerin als Arbeitserfolg erwähnt, so bleibt das unerheblich – der Anfall befand sich übrigens bereits bei der Beklagten. Fehlt die Beklagte zudem offensichtlich dann, wenn sie behauptet, es sei unbestritten geblieben, dass die Klägerin mit ihren Sprengungen (die gemäss Vertrag auch hinsichtlich der zweiten Etappe primär einmal Lockerungssprengungen waren, was im Vertrag in Fettschrift hervorgehoben ist) keine entsprechenden Blöcke geliefert habe (a.a.O., Ziff. 2.1.3). Denn darum wird zum einen gerade gestritten. Zum anderen hat die Beklagte, worauf bereits verwiesen wurde, in der Klageantwort selbst eingeräumt, die vertragsgemässen Arbeiten (Blöcke) hätten 5'677,81m³ von insgesamt 6'083 m³ weggesprengtem Fels umfasst. Dass die bis zum Arbeitsabbruch aufgrund des Rücktritts der Beklagten weggesprengten 5'677.81m³

Felstrümmer dem vertragsgemässen Arbeitsergebnis entsprachen, weil sie für (weitere) Sprengungen auf Blöcke unter fünf Tonnen geeignet waren, räumt die Beklagte endlich im Einklang mit ihrer Darstellung in der Klageantwort sogar im Berufungsverfahren ein, indem sie geltend macht, es seien ihr Kosten für das Zerkleinern von Blöcken über fünf Tonnen entstanden (vgl. a.a.O., Ziff. 2.3.2; vgl. ferner act. 27 S. 6, Ziff. 1.22: Es wird nicht bestritten, dass auch die Trümmer verwendet werden konnten). Die Klägerin verweist ebenfalls auf diesen Gesichtspunkt (vgl. act. 112 S. 2/3). Es ist daher schon fast müssig, auf die Darstellung der Zeugen C._____ und A1._____ hinzuweisen, nach dem Rücktritt vom Vertrag habe die Beklagte den von der Klägerin mit den bereits vorgenommenen Sprengungen erzielten Anfall selbst noch auf Blöcke unter fünf Tonnen gesprengt (vgl. act. 57 S. 7 und act. 59 S. 9).

E. 3.2.3

Die diversen Rügen der Beklagten in der Berufungsschrift gehen an dem, was nach der zutreffenden Auffassung des Bezirksgerichtes der geschuldete Arbeitserfolg war, im Übrigen praktisch durchgehend vorbei, sofern sie nicht einfach den eigenen Standpunkt erneut betonen bzw. nochmals vortragen. Eine sachbezogene Auseinandersetzung mit der wesentlichen Argumentation des Bezirksgerichtes fehlt insoweit über weite Strecken und es kommt die Beklagte dem entsprechend ihrer Rügeobligiertheit (vgl. vorn Ziff. II/1) nicht nach.

- 11 - Nicht sachbezogen ist die Kritik der Beklagten am vorinstanzlichen Entscheid namentlich dort, um das noch zu verdeutlichen, wo sie diesen unzutreffend wiedergibt und/oder ihm Inhalte unterstellt, die so darin nicht zu finden sind. Darauf wurde bereits im Zusammenhang mit dem Wortlaut von act. 3/1 verwiesen. Es gilt das aber auch für die Darstellungen etwa in Ziff. 2.1.7 von act. 104 (worauf die Klägerin richtig verweist; vgl. act. 112, S. 3 oben), oder in den Ziff. 2.1.9-10 der Berufungsschrift. Die Beklagte übergeht dort schlicht die begründete, nur schon durch den Vertrag belegte Auffassung des Bezirksgerichtes, die Parteien hätten die Sprengmethode vereinbart (vgl. act. 106 S. 11). Hingegen unterstellt sie dem Bezirksgericht zugleich eine implizite andere Auffassung, die aktenwidrig sein soll, um weiter festzuhalten, aus der Urteilsbegründung gehe nicht hervor, wie die Vorinstanz darauf komme, die Beklagte habe eine bestimmte Sprengmethode verlangt. Immerhin: Es kann wohl nicht verwundern, dass ein Urteil für eine Auffassung, die es nicht enthält, keine Begründung liefert. An der Sache vorbei geht die Kritik der Beklagten ebenso überall dort, wo sie die Vorstellung des klägerischen Standpunktes im bezirksgerichtlichen Urteil (vgl. act. 106 S. 4-6) gewissermassen zur Auffassung des Gerichtes erhebt und mit den wirklichen Erwägungen zur Sache vermischt (vgl. etwa act. 104 Ziff. 2.1.11, 2.1.12, 2.1.15). Keine nähere Auseinandersetzung mit der bezirksgerichtlichen Auffassung zum geschuldeten Arbeitsergebnis, die den Entscheid trägt, nimmt die Beklagte schliesslich überall dort vor, wo sie bloss ergänzende Anmerkungen des Bezirksgerichtes aufgreift, die sich mit dem befassen, was eben gerade nicht vereinbart war, aber – so von den (fachkundigen) Parteien gewollt – hätte vereinbart werden können (vgl. act. 106 S. 10 [unten] bis S. 12 [oben] und dazu etwa act. 104 Ziff. 2.1.14 f.). In diesem Zusammenhang greift die Beklagte in der Berufungsschrift übrigens die Aussage des Zeugen D._____ auf (vgl. act. 60 S. 8), er habe aufgrund der Beschaffenheit des zu sprengenden Felses an Blöcken einen Anteil von 40% erwartet, es sei aber mehr gewesen. Die Beklagte argumentiert dazu, 60% Abraum sei mit einer Gewinnsprengung nach Treu und Glauben nicht zu vereinbaren (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.14).

Die Beklagte wiederholt insoweit, was sie dem Bezirksgericht gegenüber bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis

- 12 - vorgetragen hatte (vgl. act. 91 S. 3, dort lit. c). Sie behauptete aber weder damals noch heute mit dieser Wertung der Aussage des Zeugen, die Sprengung habe tatsächlich zu einem Abraum von fast 2/3 geführt, und das mit Recht, weil der Zeuge zum einen dergleichen gerade nicht gesagt hatte und die Beklagte selbst gemäss ihrer Sachdarstellung in der Klageantwort, wie vorhin gesehen, noch ganz anderes behauptet hatte.

E. 3.2.4

Im Berufungsverfahren folgert die Beklagte allerdings aus der Aussage des Zeugen D. _____ weiter (und insofern neu), aus dem Vertrag gehe nicht hervor, sie habe lediglich die Sprengung eines bestimmten Geländeteils gewollt und da- mit Blöcke verlangt oder in Kauf genommen, die zu 60% kleiner oder grösser wa- ren (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.15). Daraus zieht sie im Weiteren endlich den Schluss, es sei willkürlich und aktenwidrig, wenn das Bezirksgericht aus dem Vertrag ablei- te, es sei eine unbestimmte Menge (von 60% gemäss Zeuge D. _____) an Schutt und Abraum in den vertraglich geschuldeten Leistungen der Klägerin inbegriffen gewesen (vgl. a.a.O., Ziff. 2.2.4). Die Inhaltsverschiebungen, die dieser Argumentationskette der Beklagten inne wohnen, sind offenkundig. Es überrascht von daher kaum, dass die Beklagte am Ende ihrer Argumentation nicht zeigt, an welcher Stelle des angefochtenen Urteils das Bezirksgericht die von ihr als willkürlich und aktenwidrig bezeichnete Ableitung angestellt haben soll (vgl. a.a.O.; auf Seite 11 des Entscheides jeden- falls nicht). Richtig ist hingegen, dass das Bezirksgericht u.a. unter Verweis auf das Gutachten ausführte, bei der von den Parteien gewählten Methode und den geologischen Bedingungen des Abbaubereiches (zerklüfteter Fels) sei der Anfall von Trümmern und Abraum unvermeidlich gewesen (vgl. act. 106 S. 10). Für die vereinbarte Wahl der angewendeten Methode hätten indessen gute Gründe be- standen, um die die fachkundige Beklagte sicher gewusst habe (vgl. a.a.O., S. 11). Was daran im Wesentlichen falsch sein soll, ist nicht ersichtlich – jeden- falls leuchtet es einem Laien ein, dass bei Sprengungen Abraum unvermeidlich ist, und dass je nach Art der Sprengung unterschiedliche Trümmer usw. anfallen. Was an der sich auf das Gutachten stützenden Auffassung falsch sein soll, bleibt ebenso dann unergründlich, wenn man sich noch einmal vor Augen hält, was die Beklagte dem Bezirksgericht selbst dargelegt hatte: Im Zeitpunkt des Rücktritts

- 13 - war Gestein im Umfang von 6'083 m³ weggesprengt worden. Der Anteil an "ver- tragsgemässen Arbeiten (Blöcke von 1-5 Tonnen)" habe dabei 5'677,81m³ betra- gen und das (nicht vertraglich vereinbarte) gelieferte Feinmaterial habe 435.5m³ umfasst. Damit legt die Beklagte zum einen nämlich selbst dar, nicht ver- tragsgemäss sei lediglich Feinmaterial gewesen, also das Gegenteil von Blöcken auch über 5 Tonnen, weil diese noch in Stücke von eins bis fünf Tonnen Gewicht zerkleinert werden konnten (vgl. dazu auch act. 106 S. 10 und vorn Ziff. II/3.3.2, a.E.). Und es widerspricht sich die Beklagte insoweit gerade selbst, weil sie damit letztlich gerade die bezirksgerichtliche Auffassung zum geschuldeten Arbeitser- gebnis bestätigt. Zum andern entspricht der von der Beklagten als vertragsge- mäss bezeichnete Wert einem Prozentanteil von rund 93.34% am Gesamtvolu- men. Dass das Feinmaterial endlich nicht 435.5m³ betragen haben kann, liegt rechnerisch auf der Hand (6'083 - 5'677.81 = 385.19), bleibt letztlich unerheblich. Denn dass ein Anfall von Feinmaterial im Bereich von etwas mehr als 6% aus- serhalb des zu erwartenden Unvermeidlichen liegt, behauptet auch die Beklagte, die den zehnfachen Wert dessen zur

Stütze ihrer Kritik nimmt, nicht.

E. 3.2.5

Ergänzend ist dem noch anzufügen, dass sich die Beklagte, wollte sie sich nun auf den Standpunkt stellen, das Ergebnis der Sprengungen habe tatsächlich zu einem Abraum von 60% geführt, nicht bloss in einen logisch und sachlich unauflösbaren Widerspruch zu dem von ihr in der Klageantwort Dargestellten setzte, sondern ebenso Neues vorbringen würde, das gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr zu hören wäre. Denn welcher Abraum tatsächlich anfiel, ist der Beklagten seit den Sprengungen im Frühling 2010 bekannt (es wurde ja gewogen und protokolliert; vgl. act. 12 S. 6 Ziff. 2.23), konnte daher von ihr schon mit der Klageantwort vorgetragen werden (und wurde auch – nur eben anders, nicht 60%, sondern rund 6% umfassend – vorgetragen). Mit Blick auf die Regelung der §§ 114 und 115 Ziff. 2 und 3 ZPO/ZH wäre die Beklagte mit der Behauptung von 60% vertragswidrigen Anfalls im Übrigen schon im vorinstanzlichen Verfahren nach Abschluss des Hauptverfahrens ausgeschlossen gewesen. Zu Recht hat sie sie in der Stellungnahme zum Beweisergebnis nicht vorgebracht. Endlich bleibt festzuhalten, dass die Frage, welcher Abraum tatsächlich angefallen ist, nicht massgeblich sein kann für die Beantwortung dessen, was die

- 14 - Parteien als Arbeitsergebnis vereinbart haben, ausser sie hätten das Arbeitsergebnis entsprechend im Vertrag danach definiert. Das war allerdings gerade nicht der Fall und behauptet die Beklagte, die als vertragswidrigen Abraum Feinmaterial bezeichnete, daher so auch nicht (mit Blick auf den Vertragswortlaut im Übrigen mit Recht). Insofern taugt – um selbst das noch zu erwähnen – der tatsächlich angefallene Abraum auch nicht als Massstab für die Beantwortung der Frage, ob eine Schlechterfüllung vorlag, welche die Beklagte zum Rücktritt berechtigte, wie sie es geltend macht: Schlechterfüllung misst sich bekanntlich an der Abweichung vom Vereinbarten und setzt dessen Feststellung voraus.

E. 3.3

Die Beklagte hat ihren Rücktritt vom Vertrag im bezirksgerichtlichen Verfahren gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR gerechtfertigt (vgl. etwa act. 27 S. 5: mangelhafte Vertragserfüllung). Das Bezirksgericht verweist darauf im angefochtenen Urteil zutreffend (vgl. act. 106 S. 12). Richtig hat es ebenfalls erkannt, dass die mangelhafte Erfüllung aufgrund des geschuldeten Arbeitsergebnisses im Wesentlichen in einer Unsorgfalt des Unternehmers bei der Durchführung der vertraglich vereinbarten Sprengungen hat bestehen müssen. Auch sonst erweisen sich die Erwägungen 5.2 des angefochtenen Entscheides im Ergebnis als zutreffend. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann daher vorab auf sie verwiesen werden.

E. 3.3.1

Nicht zu beanstanden ist – um das noch zu verdeutlichen – insbesondere, dass das Bezirksgericht für die Beurteilung der Frage, ob eine mangelhafte Erfüllung vorlag, darauf abstellte, welches Arbeitsergebnis gemäss Vertrag geschuldet war (vgl. a.a.O.). Dieses bestand (wie gesehen) darin, den Fels nach der von den fachkundigen Parteien in Kenntnis der Beschaffenheit des Abbaugrundes vertraglich vereinbarten Methode weg zu sprengen. Was die Klägerin dabei konkret falsch gemacht haben soll, hat die Beklagte, wie das Bezirksgericht richtig erkannte (vgl. a.a.O.), im vorinstanzlichen Verfahren nie genauer, also nie substantiiert (vgl. dazu act. 12 und act. 27) bzw. näher fassbar ausgeführt (vgl. auch vorn Ziff. II/3.2.2 [a.E.] und II/3.2.4 [a.E.] zur widersprüchlichen Sachdarstellung der

Beklagten zu dem, was vertragsgemäss gewesen sein soll). Der Schluss des Bezirksgerichtes, es bleibe eine Unsorgfalt der Klägerin unerfindlich, trifft nur schon von daher zu. Die Richtigkeit der weiteren Schlussfolgerung des Bezirksgerichtes,

- 15 - weil die Beklagte ihre Vorwürfe an die Klägerin nicht hinreichend substantiiert habe, erübrigten sich Beweiserhebungen (vgl. act. 106 S. 12), liegt nachgerade auf der Hand. Schlechterfüllung, insbesondere Unsorgfalt sind bereits bei diesem Ergebnis offenkundig nicht gegeben und es fehlt an den Voraussetzungen, unter denen der Beklagten ein Recht zum Rücktritt entstehen konnte. Das Bezirksgericht erwähnt übrigens zusätzlich, auch der Gutachter habe keine Anhaltspunkte für mangelnde Sorgfalt oder Ausführungsfehler erkennen können. Damit rundet es das bereits aus anderen Überlegungen zu gewinnende Ergebnis letztlich nur ab. Die gutachterlichen Überlegungen boten ihm daher richtigerweise ebenfalls keinen Anlass für Weiterungen (wie die Einholung eines Ergänzungsgutachten usw.).

E. 3.3.2

Die Beklagte trägt mit der Berufung nichts vor (vgl. act. 104 S. 8 ff.), was wenigstens im Ansatz für ein anderes als das eben dargelegte Ergebnis sprechen könnte. Entweder wiederholt sie letztlich nur ihren – wie gesehen – unzutreffenden Standpunkt, was das vereinbarte Arbeitsergebnis gewesen sein soll, oder sie bringt – worauf die Klägerin richtig verweist (act. 112 S. 4, unten) – in Ziff. 2.2.7 im Lichte von Art. 317 ZPO neue und damit unbeachtliche Behauptungen zur Unsorgfalt der Klägerin vor (vgl. act. 104 S. 9, dort nach "im Sinne von Art. 364 Abs. 1 OR sorgfältig gemacht hätte: ..."). Ob sich aus diesen neuen Behauptungen, wären sie beachtlich, etwas für den Standpunkt der Beklagten herleiten liesse, darf überdies mit Fug bezweifelt werden, wie die Klägerin richtig vermerkt. Zu vertiefen ist das indessen nicht. Die von der Beklagten in Ziff. 2.2.7 der Berufungsschrift zugleich geübte Kritik an den gutachterlichen Ausführungen erweist sich mit Blick auf das vorhin in Ziff. II/3.3.1 (a.E.) Dargelegte endlich nicht als zielführend. Die Kritik wäre es aber auch insoweit nicht, wie dem Gutachten als Mangel vorgeworfen wird, der Gutachter sei bei den Sprengungen nicht anwesend gewesen und habe den Steinbruch nicht besichtigt. Erstes vermag kein Gutachter; zweites ist ebenso jedem Gutachter verwehrt, der längere Zeit nach den Sprengungen im Jahre 2010 Feststellungen über die Beschaffenheit des damals konkret gesprengten Felses treffen soll. Stets ist ein Gutachter m.a.W. auf Bilder angewiesen und das, was fachkundig daraus ersichtlich ist. Auf solche Grundlagen wiederum hat sich der Gut-

- 16 - achter gerade abgestützt. Hält die Beklagte mit ihrer Kritik am Gutachten allenfalls weiterhin an ihrem einst eingenommenen Standpunkt fest, Gutachten seien ohnehin von keinem ersichtlichen Nutzen (vgl. act. 27 S. 5 [Ziff. 1.15]), hätte sie damit schliesslich nichts gewonnen. Denn die Behauptung und der Beweis der Schlechterfüllung bzw. Unsorgfalt obliegen ihr. Wie das Bezirksgericht richtig erkannt hat, gebietet es allerdings bereits an konkreten, fassbaren Behauptungen dazu.

E. 3.4

3.4.1 Die Beklagte war zum Rücktritt vom Vertrag nicht berechtigt. Sie schuldet der Klägerin daher, wie das Bezirksgericht zutreffend vermerkte, grundsätzlich den noch nicht bezahlten Teil des vereinbarten Werklohns, abzüglich anerkannter Forderungen der Beklagten gegenüber der Klägerin für die Lieferung von Stellriemen und den Bezug von Dieseltreibstoff (vgl. act. 106 S. 13). Mit den entsprechenden Überlegungen des

Bezirksgerichts zum Quantitativ, auf die wiederum verwiesen werden kann, setzt sich die Beklagte in der Berufung nicht näher auseinander. Sie begnügt sich, eine Berechnung vorzulegen, die auf der unzutreffenden Annahme eines berechtigten Rücktritts basiert (vgl. act. 104 S. 10 f.). Insoweit genügt sie auch ihrer Rügeobliegenheit (vgl. vorn Ziff. II/1) nicht. Es bleibt folglich ebenso in diesem Punkt beim angefochtenen Entscheid und es ist die Berufung in der Sache abzuweisen.

E. 3.4.2

Das Bezirksgericht hat in Dispositivziffer 2 seines Urteils dem Antrag der Klägerin auf Beseitigung des Rechtsvorschlages in der gegen die Beklagte gerichteten Betreuung stattgegeben. Aufgrund des Ergebnisses, zu dem es in der Sache gelangte, ist das nur folgerichtig und wird von der Beklagten richtigerweise mit keinem Wort bezweifelt (vgl. act. 104). Da die Berufung in der Sache abzuweisen ist, bleibt es – wiederum nur folgerichtig – auch in diesem Punkt beim vorinstanzlichen Ergebnis. Dieses ist daher auch insoweit zu bestätigen. III. (Kosten- und Entschädigungsfolge) Die Berufung ist in der Sache und in Bezug auf die sich daraus ergebende Folge der Beseitigung des Rechtsvorschlages vollumfänglich abzuweisen. Diesem Ver-

- 17 - fahrensausgang entsprechend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) sind die Kosten des bezirksgerichtlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens der Beklagten vollumfänglich aufzuerlegen. Die Festsetzung der Entscheidgebühr, der übrigen Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung durch das Bezirksgericht blieb im Berufungsverfahren unan- gefochten (vgl. act. 104). Das führt zur Bestätigung des gesamten bezirksgerichtlichen Kostendispositivs. Die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens ist gemäss § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'760.- festzusetzen (Erhöhungs- oder Reduktionsgründe i.S.v. § 4 Abs. 2 und 3 GebV OG liegen nicht vor). Analog ist die Parteientschädigung gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 13 Abs. 1 AnwGebV (einfache Grundgebühr von Fr. 4'756.-) zu bemessen und gemäss § 13 Abs. 2 AnwGebV herabzusetzen. Mehrwertsteuerersatz wurde nicht verlangt (vgl. act. 112 S. 2) und ist daher nicht zuzusprechen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und es wird das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 6. März bestätigt. 2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'760.- festgesetzt, der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt sowie mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

E. 4

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 18 -

E. 5

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 27'790.-. Die Beschwerde an das

Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II.
Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. I.
Vourtsis-Müller versandt am:

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