



Mitwirkend: Die Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Ulrich Ritter, Hannes von Orelli und Erich Just sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

Urteil vom 19. Juli 2011

in Sachen

A. SA,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. AG,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung etc.**

Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 1 S. 2; act. 7 S. 1; act. 8)

- " 1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von Fr. 489'627.-- zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit wann rechtens.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, von der Klägerin bis spätestens 31. Dezember 2009 Hartgesteinsplitt nach VSS-Norm für felsgebrochenes Material (Strassenbeläge) im nachfolgenden Umfang und zu den nachfolgenden Bedingungen zu beziehen:
- Liefermenge mindestens 24'000 oder höchstens 35'000 Tonnen
 - Preis für Hartgesteinsplitt 16/22 Fr. 19.20 pro Tonne und Hartgesteinsplitt 22/32 Fr. 19.50 pro Tonne, beide Preisangaben indiziert gemäss Index KBOB für felsgebrochene Zuschlagsstoffe, Basis September 2003
 - Bezahlung des Kaufpreises Zug um Zug bei Materiallieferung.
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von Fr. 20'152.45 zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit 1. November 2004.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

teilweise geändertes Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 26 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von Fr. 421'672.95 zu bezahlen nebst Zins zu 5% seit 19. Juni 2008.
2. Ziffern 2 und 3 unverändert gemäss Klageschrift vom 20.11.2008.
3. Am Rechtsbegehren gemäss Widerklageantwort vom 2. Juni 2009 wird unverändert festgehalten."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(act. 12 S. 2)

- " 1. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin CHF 351'761.40 nebst Zins zu 5% auf CHF 115'132.-- seit 2. Juli 2004, auf CHF 16'140.-- seit 1. Oktober 2004, auf CHF 220'289.50 seit 22. April 2005 und auf CHF 200 seit 4. August 2005 zu bezahlen.
2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 35'000 Tonnen Hartgesteinsplitt nach VSS-Norm für felsgebro-

chenes Material (Strassenbeläge) zu liefern, verladen in W._____ nach Wahl der Klägerin entweder Hartgesteinsplitt 16/22 und/oder Hartgesteinsplitt 22/32, wobei folgende Preise in Ansatz komme: Fr. 19.20 pro Tonne Hartgesteinsplitt 16/22 und Fr. 19.50 pro Tonne Hartgesteinsplitt 22/32, beide Preise indexiert gemäss Index KBOB für felsgebrochene Zuschlagsstoffe, Basis September 2003."

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Widerbeklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

Parteien / Einleitung Sachverhalt

1. Parteien

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, betreibt den Steinabbruch "C._____" im Kanton Z._____ und bietet verschiedene Gesteinsprodukte an (act. 4/2; act. 12 Rz. 15). Die Beklagte ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft, welche unter anderem Aufarbeitungs- und Förderanlagen konstruiert und produziert (act. 12 Rz. 12; act. 13/1, /2c).

2. Sachverhalt

2.1. Im März/April 2003 haben die Parteien einen Vertrag bezüglich Lieferung einer Förderbandanlage geschlossen. Im Einzelnen bestätigte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 25. März 2003 die Erteilung ihres "Auftrages zur Lieferung von Förderanlagen gemäss [...] Auflistung" (act. 4/5). Gewisse zusätzliche Vertragspunkte bestätigte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 2. April 2003, welches in Ziff. 12 auf die Auftragsbestätigung vom 26. März 2003 verwies. Dieses Schreiben wurde von der Beklagten am 14. April 2003 gegengezeichnet (act. 4/6). Als Vergütung wurde ein Pauschalpreis von CHF 1'070'000.-- vereinbart. Als Gegengeschäft vereinbarten die Parteien die Lieferung von Hart-

gesteinsplitt durch die Klägerin an die Beklagte bis spätestens 31. Dezember 2009 (act. 1 S. 3 f.; act. 12 Rz. 2, 17, 57; act. 4/6 Ziff. 01.07).

2.2. Gegenstand des Vertrages ist eine Förderanlage, welche aus vier Förderbändern sowie einer Bunkerabzugsrinne besteht. Mittels dieser Förderanlage werden die Gesteinsprodukte aus dem Steinbruch in die Zwischenlager, anschliessend in die Brechaufbereitung und dann in die Verladesilos befördert (act. 12 Rz. 16, 18; act. 17 S. 9). Mit der Anlage wird auch über generatorisch betriebene Motoren elektrische Energie produziert (act. 12 Rz. 16; act. 22 S. 6).

2.3. Unbestritten wurde die Steuerung der Anlage nicht von der Beklagten, sondern von der Firma D._____ geliefert (act. 12 Rz. 19; act. 17 Rz. 9)

2.4. Die Förderbandanlage wurde im Juni 2004 durch die Beklagte geliefert (act. 1 S. 4; act. 12 Rz. 21). Die endgültige Abnahme der Anlage fand am 19. Oktober 2004 durch die Klägerin statt (act. 12 Rz. 28; act. 17 S. 14; act. 13/12).

2.5. Unbestritten ereignete sich am 4. Juni 2004 eine erste Havarie. Die Unfallursache ist bestritten (act. 12 Rz. 22; act. 17 S. 12). Weiter ereignete sich am 15. März 2007 ein schwerwiegender Unfall (act. 1 S. 5; act. 12 Rz. 30). Im vorliegenden Verfahren ist/sind die Ursache/n dieses Unfalls umstritten. Feststeht, dass die Klägerin die Beklagte mit Einschreibebrief vom 12. April 2007 über den Unfall vom 15. März 2007 orientierte.

2.6. Weiter ist unbestritten, dass die Parteien die Lieferung von Hartgesteinssplitt zu den festgelegten Konditionen vereinbart haben (act. 12 Rz. 57 ff.; act. 17 S. 19; act. 4/5 Ziff. 01.07). Unbestritten ist zudem, dass die erste Lieferung des Hartgesteinssplitts am 14. September 2004 erfolgte (act. 12 Rz. 61). Bestritten sind aber die Umstände der Bezahlung/Verrechnung.

II. Prozessverlauf und Prozessvoraussetzungen

1. Prozessverlauf

Am 20. November 2008 reichte die Klägerin Klage und Weisung ein (act. 1 und 3). Mit Schreiben vom 24. November 2008 ersuchte die Klägerin das Rechtsbegehren gemäss Beilage (act. 8) zu berichtigen (act. 7). Mit der Klageantwortschrift vom 9. März 2009 erhob die Beklagte Widerklage (act. 12). Nach Eingang der Hauptklagereplik und Widerklageantwort vom 2. Juni 2009 (act. 17) fand am 2. Oktober 2009 eine Referentenaudienz statt, anlässlich welcher zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 5 f.). Mit Verfügung vom 5. Oktober 2009 wurden das Verfahren schriftlich fortgesetzt und die Parteien auf ihre Substantiierungspflicht hingewiesen (Prot. S. 7 f.). Die Hauptklageduplik und Widerklageduplik wurde am 18. Januar 2010 erstattet (act. 22). Die Hauptklagetriplik und Widerklageduplik datiert vom 19. April 2010 (act. 26); die Quadruplik / Stellungnahme zur "Partiellen Hauptklagetriplik und Widerklageduplik" wurde am 7. Juni 2010 erstellt (act. 31). Mit Verfügung vom 14. Juni 2010 ist das Hauptverfahren als geschlossen erklärt worden (Prot. S. 11).

2. Örtliche Zuständigkeit

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____, die Beklagte eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F._____ (act. 4/2; act. 13/1). Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich für Haupt- und Widerklage blieb unbestritten und steht angesichts des Sitzes beider Parteien in Zürich sowie des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Haupt- und Widerklage ausser Frage (act. 12 Rz. 9; Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GestG).

3. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist ebenfalls gegeben, da beide Parteien als Firma im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, der hier zu beurteilende Streit sich auf das von ihr betriebene Gewerbe bezieht, die glei-

che Verfahrensart zur Anwendung kommt und der Streitwert CHF 30'000.– für Klage und Widerklage erreicht ist (§ 60 ZPO i.V.m. § 62 GVG).

4. Die weiteren Prozessvoraussetzungen (§ 108 ZPO) sind ebenfalls erfüllt.

5. Änderung Rechtsbegehren

Die Klägerin setzt in der Widerklageduplik die Ziff. 1 des Rechtsbegehrens auf CHF 421'672.95 herab. Sie begründet die Korrektur damit, dass sie irrtümlich die Mehrwertsteuer in die Schadensrechnung einbezogen habe und ebenfalls irrtümlich eine doppelte Verrechnung zweier Schadenspositionen erfolgt sei. Diese Irrtümer seien bereits in der Hauptklagereplik/Widerklageantwort anerkannt worden, ohne dass sie Berücksichtigung im Rechtsbegehren gefunden hätten (act. 26 S. 2).

Somit hat die Klägerin in Hauptklageduplik / Widerklagereplik ihr Rechtsbegehren Ziff. 1 um CHF 67'954.05 auf CHF 421'672.95 reduziert (act. 26 S. 2). Diese Einschränkung des Rechtsbegehrens stellt keine Klageänderung dar, sondern kommt vielmehr einem teilweisen Klagerückzug gleich und ein solcher ist stets erlaubt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 7 zu § 107 ZPO/ZH). Dementsprechend ist das Rechtsbegehren Ziff. 1 der Hauptklage im Umfang von CHF 67'954.05 als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

III. Parteibehauptungen

1. Standpunkt der Klägerin

1.1. Die Klägerin macht geltend, dass sie die Schadensursache durch den Sachverständigen Prof. G. _____ vom Institut ..., habe abklären lassen. Diese Ab-

klärungen hätten zusammenfassend ergeben, dass einerseits bei der Bemessung der Bremsen Fehler bestünden, andererseits Fehlüberlegungen beim Sicherheitskonzept vorlägen. Diese bestünden darin, dass die konstruktive Aufteilung des notwendigen Bremsmomentes auf zwei Bremsen liege sowie, dass die Lastüberwachung der Steuerung nicht in der Lage sei, eine Überladung festzustellen (act. 1 S. 5 f.; act. 4/7 und /9). Gemäss Gutachter stehe das Ereignis vom 15. März 2007 in keinem Zusammenhang mit irgendwelchen Wartungs- oder Unterhaltsfragen, sondern es sei auf ein grundlegendes Ungenügen, d.h. auf Auslegungs- und Konzeptionsfehler der Beklagten zurückzuführen (act. 1 S. 5; act. 17 S. 15). Die Klägerin bestreitet so auch, dass die angeblich falsche Einstellung der Bremsmomente die Schadensursache sei. Dies widerlege auch der Gutachter (act. 17 S. 15).

1.2. Die Klägerin ergänzt, dass das Band F5 nicht geliefert worden sei, was unter anderem Gegenstand der Auseinandersetzung bezüglich der Schlussrechnung gewesen sei (act. 17 S. 9). Zudem habe sie von Beginn weg die Mehrkosten der Beklagten von über CHF 300'000.-- bestritten (act. 1 S. 4).

1.3. Die Klägerin weist ausserdem darauf hin, dass die Beklagte in ihrer Konformitätserklärung die Konformität der gesamten Anlage völlig vorbehaltlos bestätigt habe (act. 17 S. 21; act. 26 S. 27).

1.4. Die Klägerin beziffert die Kosten, die im Zusammenhang mit dem Unfall vom 15. März 2007 entstanden sind, mit CHF 455'044.21 ohne Mehrwertsteuer (act. 1 S. 8).

1.5. Die Klägerin legt weiter dar, dass die Beklagte lediglich im September 2004 eine Lieferung von 935,39 Tonnen Hartgesteinssplitt 22/32 bezogen habe, aber diese nicht bezahlt bzw. mit einer bestrittenen Gegenforderung verrechnet habe. Zusammen mit anderen Leistungen gemäss Zusammenstellung vom 23. Juni 2005 und einer Gutschrift ihrerseits zugunsten der Beklagten, schulde die Beklagte einen Betrag von CHF 20'152.45, inkl. MWST (act. 1 S. 9; act. 4/11, /12; act. 17 S. 19). Die Beklagte habe erst am 2. Juli 2008 telefonisch wieder eine Lieferung von Hartgesteinssplitt verlangt. Sie habe die Lieferung mit Zahlung Zug um

Zug im Schreiben vom 23. Juli 2008 angeboten, aber nichts mehr von der Beklagten gehört (act. 17 S. 20).

1.6. Die Klägerin stützt ihre Forderung zusätzlich auf Art. 41 OR. Sie macht geltend, dass die Beklagte elementare Sicherheitsanforderungen verletzt und damit gegen das Bundesgesetz über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (SR 819.1), mithin gegen eine einschlägige Schutznorm verstossen habe (inkl. der diesbezüglichen Strafbestimmungen). Somit sei die Lieferung der Förderanlage durch die Beklagte widerrechtlich im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie. Nachdem der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem der Klägerin entstandenen Schaden und dem haftpflichtbegründeten Verhalten der Beklagten offenkundig sei, führe dies zu einer Haftung der Beklagten gemäss Art. 41 OR für den der Klägerin entstandenen Schaden (act. 1 S. 8; act. 17 S. 9, 18, 23).

1.7. Die Klägerin führt zur Widerklage aus, dass sie in ihrer Schlussrechnung vom 21. März 2005 zu den Forderungen der Beklagten unter Auflistung der Mehr- und Minderleistungen gegenüber dem vereinbarten Pauschalpreis sowie unter Einbezug der letzten Teilrechnung der Beklagten sowie der dem Grundsatz nach von der Beklagten anerkannten Konventionalstrafe Stellung genommen und bestimmte Mehrbeträge akzeptiert bzw. bestimmte Minderbeträge in Abzug gebracht habe. Daraus ergebe sich ein Saldobetrag zugunsten der Beklagten von CHF 7'627.90 (act. 17 S. 28 ff.).

2. Standpunkt der Beklagten

2.1. Die Beklagte erwidert zusammenfassend Folgendes: Nach fast dreijährigem, offenbar problemlosen Betrieb habe sich der Unfall vom 15. März 2007 beim Band F4 mit Schadenfolge ereignet. Wie sich zeigen sollte, habe die Klägerin das Band massiv überladen. Infolge der Überladung habe dieses eine Übergeschwindigkeit erreicht, die zu einer Notabschaltung des Bandes geführt habe. Die Bremsen hätten das massiv überladene Band nicht zu stoppen vermocht, weshalb es zu einem Bremsversagen und schliesslich zum Schaden gekommen sei (act. 4/7 Ziff. 2.1. = Bericht - Privatgutachten der Klägerin). Die Klägerin habe seit

Inbetriebnahme der Anlage im März 2004 keine Kalibrierung der Waage mehr durchgeführt. Die Waage (Steuerung) sei deshalb nicht mehr in der Lage gewesen, eine allfällige Überladung zu erkennen und zu vermeiden (act. 4/7 Ziff. 6.5.). Mit anderen Worten habe die Klägerin die steuerungstechnische Vorgabe der Beklagten, bei zu grosser Leistung die Materialzufuhr auszuschalten, nicht berücksichtigt. Am Unfalltag sei es zu einer Überladung des Bandes von nicht weniger als 40% gekommen, wie sich aus dem Parteigutachten der Klägerin ergebe (act. 4/9 Ziff. 1. = Kurzbericht - Privatgutachten). Eine weitere Schadensursache sei sodann, dass die Bremsmomente im Unfallzeitpunkt um 35% zu schwach, nämlich auf je 1'050 Nm, anstelle der notwendigen 1'350 Nm, eingestellt gewesen seien (act. 4/7 Ziff. 2.2. und 6.2.). Die Klägerin habe nach der Inbetriebnahme der Anlage die Bremsmomente manuell (und verantwortungslos) und entgegen den Betriebsvorschriften der Beklagten verstellt (act. 12 Rz. 30 ff.).

2.2. Die Beklagte legt weiter dar, dass die Anlage und ihre Einzelteile dem damaligen und heutigen Stand der Technik entsprachen, insbesondere habe die Anordnung der Bremsen dem damaligen bzw. gegenwärtigen praktischen und theoretischen Wissensstand entsprochen, weshalb die Anlage auch von der VERSICHERUNG V._____ abgenommen worden sei (act. 12 Rz. 38). Ebenso habe die gelieferte und montierte Anlage den vertraglichen Anforderungen entsprochen (act. 12 Rz. 40).

2.3. Die Beklagte wendet zudem gegen den Zeitpunkt der Abnahme vom 19. Oktober 2004 ein, dass diese eher bereits im Juni 2004 erfolgt sei (act. 12 Rz. 49).

2.4. Ausserdem macht die Beklagte geltend, dass die Parteien die Haftung für nach der Garantiefrist auftretende geheime oder verdeckte Mängel ausgeschlossen hätten (act. 12 Rz. 53). Gemäss Haftungswegbedingung in der Auftragsbestätigung hafte sie nicht für das von ihr nicht gelieferte Material, hier also insbesondere die Bremsen und Getriebe (act. 12 Rz. 54; act. 22 Rz. 88, 114; vgl. act. 4/5 Ziff. 01.05). Ebenso bestreitet die Beklagte den Schaden vollumfänglich. Bei Schlecht- oder Nichterfüllung würde sie nur für den direkten Schaden, welcher der von ihr gelieferten und montierten Anlage bzw. Anlageteilen entstanden ist,

haften. Für den Folgeschaden (indirekter Schaden), wie Ausfälle infolge Betriebsunterbruchs oder entgangenen Gewinns, habe sie nicht einzustehen (act. 12 Rz. 85 ff.).

2.5. Die Beklagte bestreitet grundsätzlich, dass sie gesetzliche Vorschriften (STEG bzw. Richtlinie 98/37/EG) verletzt habe, weshalb keine Widerrechtlichkeit vorliege (act. 12 Rz. 131; act. 22 Rz. 92 ff.). Die Beklagte macht zudem geltend, dass die Haftung vertraglich gültig wegbedungen worden sei (act. 22 Rz. 83 f). Schliesslich seien die ausservertraglichen Ansprüche nach Art. 60 Abs. 1 OR verjährt (act. 22 Rz. 102 ff.).

2.6. Die Beklagte macht weiter geltend, dass sie die Vereinbarung betreffend Hartgesteinssplitt einhalte und diese mit der Widerklage abrufe (act. 12 Rz. 60). Sie legt weiter dar, dass sie mehrfach versucht habe, die Splittmenge abzurufen. Die Klägerin habe jedoch die jeweilige Lieferung ohne Vorauskasse verweigert (act. 12 Rz. 63). Ebenso macht die Beklagte die 10% des Pauschalpreises CHF 107'000.00 (plus MWST = CHF 115'132.00), welche noch nicht beglichen worden seien, sowie den anerkannten Kostenanteil aus dem Vorfall vom 4. Juni 2004 im Betrag von CHF 15'000.00 widerklageweise geltend (act. 12 Rz. 66; act. 22 Rz. 162 f.).

3. Auf die weiteren Ausführungen und die Akten wird – soweit notwendig – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

IV. Materielles

A Haftung aus Vertrag

1. Einleitung

Zwischen den Parteien ist zunächst streitig, wie der Vertrag zu qualifizieren ist. Dies wird sogleich zu prüfen sein. In der Folge wird zu untersuchen sein, ob die Beklagte für die von der Klägerin geltend gemachten Schäden haften muss.

2. Qualifikation des Vertragsverhältnisses

2.1. Die Parteien haben wie schon erwähnt im März/April 2003 einen Vertrag bezüglich Lieferung einer Förderbandanlage geschlossen (vgl. vorstehend Ziff. I./2.1).

2.2. Die Klägerin geht in der Klagebegründung verschiedenenorts von einem Kaufvertrag bezüglich der Förderbandanlage aus (act. 1 S. 6, 10). In der Replik erklärt sie, dass es zweitrangig sei, ob das Vertragsverhältnis als Werk- oder Kaufvertrag qualifiziert werde. Von Bedeutung sei, dass die erbrachte Vertragsleistung nicht den grundlegenden gesetzlichen Sicherheitsanforderungen entsprochen habe (act. 17 S. 9).

2.3. Die Beklagte macht hingegen geltend, dass der Vertrag als Werk-, allenfalls als Werklieferungsvertrag zu qualifizieren sei. Sie begründet dies damit, dass sie für die Klägerin eine Bandförderanlage, bestehend aus verschiedenen Stahlkonstruktionen und Bandanlagen, hergestellt habe. Die Bandanlage habe vier Förderbänder von verschiedenen Ausmassen sowie eine Bunkerabzugsrinne umfasst. Die Stahlkonstruktionen und die Bandanlagen seien eigens nach den Anforderungen der Klägerin hergestellt und von ihr montiert worden (act. 12 Rz. 18).

2.4. Zunächst ist festzuhalten, dass der Vertrag als *"Auftrag zur Lieferung einer Förderanlage"* betitelt ist und die entsprechenden SIA- oder DIN-Normen als

verbindlich erklärt worden sind. Insbesondere wurden die SIA-Norm 230 für Stahlbauten sowie SIA-Norm 160/161 für die statische Berechnung von Stahlkonstruktionen vereinbart (act. 4/5). Vertragsgegenstand ist wie bereits erwähnt die Förderbandanlage sowie die Bunkerabzugsrinne (act. 4/5 S. 1 f.).

Die Hauptleistungspflicht beim Werkvertrag ist die Herstellung eines Werks durch den Unternehmer, beim Kaufvertrag hingegen besteht die Pflicht des Verkäufers darin, die Kaufsache zu übereignen. Ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium ist das Verhältnis der Bedeutung der Arbeit einerseits und Warenlieferung andererseits. So liegt bei einer individuell für die Bestellerin herzustellenden Sache ein Werkvertrag vor (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2008, N 609 ff.). Bei einem Werklieferungsvertrag hat der Unternehmer das Werk aus selbst beschafftem Stoff herzustellen (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl. 1996, Rz. 122).

Vorliegend hat die Beklagte die Förderanlage und Bunkerabzugsrinne gemäss den klägerischen Bedürfnissen herzustellen. Da somit die Herstellung der Sache Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht bildet, liegt ein Werklieferungsvertrag vor. Ein schlichter Werkvertrag liegt nicht vor, da die Beklagte die Sache aus eigenem Stoff herzustellen hatte (GAUCH, a.a.O., Rz. 127, 133). Beispielsweise wurde im Vertrag genau festgelegt, welche Stahlqualität verwendet werden muss (vgl. act. 4/5 S. 5). Gemäss schweizerischem Recht untersteht der Werklieferungsvertrag (Art. 365 Abs. 1 OR) den Regeln des Werkvertragsrechts, einzig für die Rechtsgewährleistung, die vorliegend aber nicht entscheidend ist, wird auf das Kaufrecht verwiesen (GAUCH, a.a.O., Rz. 82, 123).

Zusammenfassend liegt ein Werklieferungsvertrag vor, da sich die Beklagte zur Lieferung resp. Herstellung einer für die Klägerin individuell angefertigten Förderanlage aus von ihr beigestelltem Stoff verpflichtet habe.

2.5. Bezüglich anwendbaren Rechts wurden bereits in der Auftragsbestätigung (act. 4/5), welche von beiden Parteien am 2. bzw. 14. April 2003 bestätigt wurde (act. 4/6) die SIA- sowie die DIN-Normen, insbesondere die SIA 230 für Stahlbauten sowie SIA 160/161 für die statische Berechnung von Stahlkonstruktio-

onen als verbindlich erklärt (act. 4/5 S. 3). In dieser Auftragsbestätigung wurde zur Hierarchie der Dokumente zusätzlich festgehalten, dass dieses Schreiben an erster Stelle stehe, danach die Auftragsbestätigung vom 26. März 2003 und schliesslich die Pläne Bureau H._____ folgen sollten (act. 4/6 S. 3).

Der Prozessgegenstand betrifft nicht Stahlbauten bzw. -konstruktionen, sondern das Bremssystem. Dementsprechend sind auch nicht die diesbezüglichen SIA-Normen massgeblich. Die Parteien verwiesen aber auch grundsätzlich auf die SIA-Normen, weshalb zu prüfen ist, ob auf den vorliegenden Werklieferungsvertrag die SIA-Norm 118 betreffend "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" zur Anwendung gelangen. Die SIA-Norm 118, "*Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977/ 1991*", hat rein privaten Charakter. Da ihr keine Gesetzeskraft zukommt, sind ihre Bestimmungen für die Vertragsparteien nur verbindlich, wenn sie von diesen durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zum Vertragsbestandteil erhoben worden sind (ZINDEL/PULVER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl. 2007, N 22 zu Vor Art. 363-379 OR). Da keine Partei Einwendungen gegen die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 erhebt und auch des Weiteren kein Grund dagegen spricht, reicht der allgemeine Verweis auf SIA-Normen dafür aus, dass die SIA-Norm 118 zur Anwendung gelangen.

Vorbehältlich der zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts sind somit in erster Linie die vertraglichen Bestimmungen massgebend, dann folgen die SIA-Norm 118 und schliesslich die dispositiven Gesetzesbestimmungen des OR.

Somit steht fest, dass aufgrund der werkvertraglichen Regeln zu prüfen ist, ob die Beklagte für die/den von der Klägerin geltend gemachten Kosten/Schaden einzustehen hat.

3. Haftung für die "fehlerhafte" Förderbandanlage

3.1. Die Klägerin stützt ihren Schadenersatzanspruch nicht auf Sachgewährleistungsansprüche, sondern auf Nichterfüllung (Schuldnerverzug). Sie legt dar,

dass eine Falsch- resp. Aliud-Lieferung vorliege, weil sie eine Förderanlage mit viel tieferer Betriebsleistung, statt 500 Tonnen/h nur 250 Tonnen/h, erhalten habe (Art. 97 ff. OR) (act. 1 S. 10; act. 17 S. 18 f., 23). Die Klägerin macht insbesondere geltend, dass die vom Drittlieferanten gelieferte Antriebs- und Bremseinheit grundsätzlich eine Gattungssache darstelle, welche für sich betrachtet nicht mangelhaft, sondern – wie eben beschrieben – lediglich für eine bedeutend tiefere Betriebsleistung (maximal 250 Tonnen pro Stunde) ausgelegt gewesen sei. Unter diesem Gesichtspunkt habe sie etwas Anderes erhalten, als sie bestellt habe, weshalb nicht der Tatbestand der Sachgewährleistung, sondern der Nichterfüllung (Schuldnerverzug) zum Zuge komme (act. 1 S. 10). Von einer Falschlieferrung auszugehen rechtfertige sich im vorliegenden Fall umso mehr, als es sich bei den fraglichen Anlageteilen (Bremsen, Getriebe) um vorfabrizierte Gattungsware handle, für welche die Beklagte lediglich die Spezifikationen, d.h. die Auswahlkriterien habe bestimmen müssen (act. 17 S. 18; act. 1 S. 10).

Die Klägerin bestreitet, dass die angeblichen, teilweise täglichen Kontrollen in einem Zusammenhang mit den Unfallereignissen stünden und die gravierenden Auslegungs- und Konzeptionsfehler beeinflussen könnten (act. 17 S. 14). Zudem halte das Gutachten fest, dass allfällige Kontroll- bzw. Wartungsmängel nicht unfallkausal gewesen seien (act. 26 S. 25, 28, 33, 38, 40).

Weiter bestätigt die Klägerin, dass von einer Abnahme der Bandanlage durch die Klägerin gemäss Protokoll vom 19. Oktober 2004 ausgegangen werden könne. Diese Abnahme sei indessen unter Vorbehalt bestimmter Mängel, aber auch übermässiger Lärmbelastung und der Schlussabrechnung erfolgt (act. 17 S. 14; act. 13/12).

3.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, dass eine Aliud-Lieferung beim Werkvertrag nur vorliegen könne, wenn ein anderes Werk geliefert werde. Vorliegend sei aber wie vertraglich vereinbart, eine Förderanlage geliefert worden. Sie merkt weiter an, dass sich der Unfall beim Band 4 nach fast dreijährigem offenbar problemlosem Betrieb ereignet habe. Die Beklagte bestreitet, dass die Anlage nicht die vertraglichen Anforderungen erfüllt habe, insbesondere habe die Leistung der Förderanlage F4 500 Tonnen/Stunde betragen (act. 12 Rz. 41). Überdies sei die

Anlage spätestens am 19. Oktober 2004 abgenommen und als vertragsgemäss genehmigt worden. Folglich habe die Klägerin als Werkbestellerin keine Ansprüche aus Art. 97 ff. OR (act. 12 Rz. 30, 48, act. 22 Rz. 56 f). Die Beklagte wendet zudem ein, sie gehe eigentlich davon aus, dass die Abnahme bereits am 22. Juni 2004 stattgefunden habe (act. 12 Rz. 28, 49; act. 22 Rz. 145).

3.3. Vorbemerkung zur Abnahme des Werks

3.3.1. Sowohl nach Art. 370 Abs. 1 OR als auch nach Art. 157 Abs. 1 SIA 118 muss das Werk für die Abnahme vollendet sein. Vollendet muss das Werk sein, das der betreffende Unternehmer schuldet, nicht auch ein allfälliges (grösseres) Gesamtwerk, an dessen Ausführung der Unternehmer sich neben andern Unternehmern (mit je eigenem Werkvertrag) als Nebenunternehmer beteiligt (GAUCH, a.a.O., Rz. 101, 209, 219, 2594, 2597).

Im Vertrag ist keine konkrete Bestimmung bezüglich Abnahme enthalten, weshalb - wie vorstehend ausgeführt (vgl. Ziff. IV./A.2.5) - die SIA-Norm 118 zur Anwendung kommt. Da beide Parteien von einer Abnahme am 19. Oktober 2004 ausgehen und ein entsprechendes Abnahmeprotokoll besteht (act. 13/12), ist vom Abnahmezeitpunkt 19. Oktober 2004 auszugehen. Die Klägerin wendet zwar dagegen ein, dass diese Abnahme unter Vorbehalt bestimmter Mängel, aber auch übermässiger Lärmbelastung und der Schlussabrechnung erfolgt sei (act. 17 S. 14; act. 13/12). Jedoch unterlässt es die Klägerin genauer zu behaupten, welche Mängel bei der Abnahme vom 19. Oktober 2004 noch bestanden haben. Gemäss ständiger Zürcher Rechtsprechung genügt der Verweis auf eine Beilage, vorliegend auf das Abnahmeprotokoll, nicht. Zudem wurden beide Parteien mit Verfügung vom 5. Oktober 2009 daraufhingewiesen, dass sie ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen haben (Prot. S. 7 f.). Hinzu kommt, dass die Klägerin nicht behauptet, der Beklagten im Sinne von Art. 162 Abs. 1 SIA-Norm 118 ohne Versäumnis Frist zur Behebung wesentlicher Mängel angesetzt zu haben (act. 13/12). Folglich gilt das Werk trotz allfälliger wesentlicher Mängel als abgenommen im Sinne von Art. 162 Abs. 1 SIA-Norm 118. Ebenso gilt das Werk nach Art. 160 SIA-Norm 118 bei unwesentlichen Mängel als abgenommen, insbesondere bei fehlender Fristansetzung betreffend deren Behebung (GAUCH, a.a.O.,

Rz. 2616). Folglich ist es nicht entscheidend, ob es sich bei den im Abnahmeprotokoll vom 19. Oktober 2004 vermerkten Mängeln um wesentliche oder unwesentliche Mängel handelte, da so oder anders die Abnahme, den vorstehenden Erwägungen entsprechend, am 19. Oktober 2004 erfolgte.

Bezüglich des beklaglichen Einwands, die Abnahme habe bereits am 22. Juni 2004 stattgefunden (act. 12 Rz. 28, 49; 22 Rz. 145), hält das Abnahmeprotokoll vom 22. Juni 2004 unter Ziffer 1 allerdings als "But"/ Ziel fest, dass der aktuelle Stand der Installationen zu besichtigen sei, sowie dass die Abnahme noch nicht stattfinden könne ("Au vu de l'état actuel de l'installation, la réception n'a pas pu avoir lieu."; act. 13/11). Zudem wäre es widersprüchlich und unnötig gewesen, eine erneute Abnahme am 19. Oktober 2004 durchzuführen, wenn die Abnahme bereits am 22. Juni 2004 stattgefunden hätte. Zusammenfassend ist von der Abnahme des Werks am 19. Oktober 2004 auszugehen.

3.3.2. Die Abnahme bedeutet nicht Genehmigung des Werkes, so dass die Mängelhaftung des Unternehmers von der Abnahme unberührt bleibt. Dies gilt bei der Abnahme nach gemeinsamer Prüfung ebenso wie bei einer Abnahme ohne gemeinsame Prüfung (GAUCH, a.a.O., Rz. 2632). Jedoch gilt nach Art. 157 Abs. 2 SIA-Norm 118 das Werk (oder der Werkteil) mit der Abnahme als abgeliefert. Es geht in die Obhut des Bauherrn über; dieser trägt fortan die Gefahr. Sowohl die Garantie- als auch die Verjährungsfrist für Mängelrechte des Bauherrn beginnen zu laufen (Art. 172 Abs. 2, Art. 180 Abs. 1 SIA-Norm 118).

3.3.3. In der Folge ist zu prüfen, ob der klägerische Einwand, dass es sich bei der "fehlerhaften" Förderbandlieferung um eine Aliud-Lieferung handelt, zutrifft.

3.3.4. Vorab ist anzumerken, dass die Bestimmungen der werkvertraglichen Mängelhaftung (Art. 368-371 OR) mit einer Ausnahme dispositiver Natur sind. Die Haftung des Unternehmers für absichtlich verschwiegene Werkmängel (Art. 370 Abs. 1 a.E. OR) stellt zwingendes Recht dar (ZINDEL/PULVER, in: BSK OR I, N 24 zu Art. 370 OR). Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118 hält sogar ausdrücklich fest, dass der Bauherr nicht berechtigt sei, anstelle des Wandlungs-, Minderungs-

und Nachbesserungsrechts "Schadenersatz nach Art. 97 ff. OR anstelle der Mängelrechte nach Art. 169 SIA-Norm 118 geltend zu machen" (GAUCH, a.a.O., Rz. 2657). Folglich kommen vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen der SIA-Norm 118 betreffend Haftung für Mängel (Art. 165-171 SIA-Norm 118) zur Anwendung.

Mit anderen Worten heisst das, wenn ein mangelhaftes Werk vorliegt und die SIA-Norm 118 zur Anwendung gelangt, hat der Besteller nicht die Wahl entweder nach Art. 165 ff. SIA-Norm 118 oder nach Art. 97 ff. OR vorzugehen.

3.4. Vorliegen einer Aliud-Lieferung oder eines Mangels

3.4.1. Ein Werkmangel ist eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Werks, also die Differenz zum vereinbarten Leistungsprogramm. Nicht als Mangel gilt im Übrigen die Lieferung eines Aliud, also eines völlig anderen Werks (Falschlieferung). Jedoch fehlt jedem Werk, das mangelhaft ist, eine bestimmte Eigenschaft, die es nach dem Verträge haben sollte. Diese Vertragsabweichung bildet den Werkmangel (BGE 114 II 239 E. 5; HUGUENIN, a.a.O., N 637 ff.; GAUCH, a.a.O., Rz. 1355 f., 1443 ff.). Um die Frage, ob im konkreten Fall eine Aliud-Lieferung oder "nur" ein mangelhaftes Werk vorliegt, ist vorrangig nach der Verkehrsauffassung in der betreffenden Branche zu entscheiden (GAUCH, a.a.O., Rz. 1445).

3.4.2. Die Klägerin macht geltend, dass die von der Beklagten gelieferte Anlage nur für eine Betriebsleistung von maximal 250 Tonnen pro Stunde ausgelegt gewesen sei (act. 1 S. 10). Selbst wenn dies zutreffen sollte, kann allein aus diesem Grund nicht von einer Falschlieferung gesprochen werden. Zudem hat die Klägerin auch nie beanstandet, dass die Anlage nicht die verlangte Menge von 500 Tonnen pro Stunde transportieren könne. Ebenso wenig handelt es sich bei einer Anlage mit tieferer Leistungskapazität um ein völlig anderes Werk. Vielmehr wäre die Anlage mangelhaft im Sinne, dass das abgelieferte Werk nicht alle vertraglich vereinbarten Eigenschaften erfüllt.

Der Einwand der Klägerin, dass es sich bei den fraglichen Anlageteilen (Bremsen, Getriebe) um vorfabrizierte Gattungsware handle, für welche die Beklagte lediglich die Spezifikationen, d.h. die Auswahlkriterien habe bestimmen müssen (act. 17 S. 18; act. 1 S. 10), hat nichts mit der Beurteilung, ob eine mangelhafte oder eine Falschlieferung vorliegt, zu tun. Insbesondere da es sich bei der von der Beklagten gelieferten Anlage insgesamt nicht um eine Gattungsschuld handelte. Gerade weil die Beklagte die Auswahlkriterien für die Klägerin konkret bestimmen musste, kann es sich rein begrifflich nicht um eine Gattungsschuld handeln (vgl. statt vieler EUGEN BUCHER, in: BSK OR I, N 33 zu Vor Art. 1-40 OR). Wie bereits festgehalten wurde, handelt es sich bei der Förderbandanlage – unabhängig davon, ob die Anlage mangelhaft ist oder nicht – nicht um eine Aliud-Lieferung.

3.5. Einhaltung Prüfungs- und Anzeigepflicht nach Art. 367/370 OR bzw. Art. 165 ff. SIA-Norm 118

3.5.1. Wie eben ausgeführt wurde, handelt es sich nicht um eine Aliud-Lieferung. Unabhängig von der Unfallursache kann die Klägerin den aus einer allfällig mangelhaften Lieferung entstandenen Schaden nur geltend machen, wenn sie die Prüfungs- und Anzeigepflicht nach Art. 367/370 OR bzw. Art. 165 ff. SIA-Norm 118 einhielt. Gemäss der vorliegend zur Anwendung kommenden die SIA-Norm 118 kann der Bauherr einerseits während der Garantiefrist in Abweichung vom Gesetz (Art. 367 und 370 OR) Mängel aller Art jederzeit rügen (Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118), so dass jede Mängelrüge innerhalb der Garantiefrist rechtzeitig erfolgt, gleichgültig, wann der Bauherr (oder dessen Bauleitung) den gerügten Mangel erkannt hat. Andererseits muss der Bauherr bestimmte (nicht alle) Mängel bis zum Ablauf der Garantiefrist rügen, ansonst die Mängelhaftung des Unternehmers für die betreffenden Mängel entfällt (GAUCH, a.a.O., N 2683, 2690; vgl. Art. 178 f. SIA-Norm 118; vgl. nachfolgend Ziff. IV./A.3.5.4.1.g).

3.5.2. Klägerischer Standpunkt

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte im Zusammenhang mit dem Unfall vom 15. März 2007 jede Mitwirkung verweigert habe, weshalb sie sich gezwungen gesehen habe, die Schadensursache sowie deren Behebung durch einen Sachverständigen abklären zu lassen (act. 1 S. 5; act. 17 S. 16). Sie ergänzt, es sei nach dem Unfall im März 2007 festgestanden, dass die Schadensursache nicht durch die Beklagte eruiert und behoben werden könne, weil sie seit Jahren jede weitere Mitwirkung oder Erfüllungshandlung verweigert habe (act. 17 S. 5). Überdies bestreitet die Klägerin die Verwirkung der Mängelrechte, da es nicht zumutbar gewesen sei, die Beklagte als Delinquentin für Mängel- und Schadenbehebungsarbeiten beizuziehen (act. 26 S. 16).

3.5.3. Beklagtischer Standpunkt

Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin sie erst mit Schreiben vom 12. April 2007 über den Unfall orientiert habe. Eine sofortige Anzeige wäre jedoch angezeigt gewesen, weshalb die Klägerin nicht bis nach Reparatur sowie Gutachterbericht hätte zuwarten dürfen, zumal bei relevanten Mängeln ein Nachbesserungsrecht ihrerseits vereinbart gewesen sei (act. 12 Rz. 4, 34). Die Beklagte bestreitet insbesondere, dass sie die Mitwirkung bei der Unfallbehebung verweigert habe (act. 12 Rz. 69). Die Beklagte ergänzt, die Klägerin habe die Mängelrechte auch unter dem Aspekt verwirkt, dass sie die Nachbesserung nicht von ihr verlangt, sondern sogleich Dritte beigezogen habe (act. 22 Rz. 89). Zudem seien die Ansprüche aus Mängelhaftung wegbedungen bzw. verwirkt bzw. verjährt (act. 12 Rz. 128). Die Beklagte macht ausserdem geltend, dass der Auftrag an Prof. G._____ bereits von der Klägerin erteilt gewesen sein musste, als sie orientiert worden sei, weshalb nicht die fehlende Mitwirkung ihrerseits den Beizug von Prof. G._____ habe nötig machen können (act. 12 Rz. 69).

3.5.4. Würdigung

3.5.4.1. Garantiefrist

Grundsätzlich ist eine vertragliche, individuelle Regelung der Garantiefrist gemäss Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118 zulässig und geht grundsätzlich der SIA-Norm 118 vor (GAUCH, a.a.O., Rz. 2678 f.)

Die Auftragsbestätigung vom 25. März 2003, welche von beiden Parteien am 2. bzw. 14. April 2003 ohne weitere Ergänzungen bestätigt wurde, enthält betreffend Garantiefrist in Ziffer 01.05 Abs. 1 folgende Bestimmung (act. 4/5):

"Vom Tage der Inbetriebnahme garantiert B. _____ AG für fabrikneues Material auf die nachfolgend aufgeführte Dauer bei normalem einschichtigen Betrieb, für zweckentsprechende Materialien und fachmännische Ausführung. Sie verpflichtet sich, allfällige während dieser Frist nachweisbar infolge ungeeigneter Materialien oder mangelhafter Ausführung schadhaft oder unbrauchbar gewordene Teile in Ihren Werkstätten kostenlos zu reparieren oder zu ersetzen.

Garantiezeit oder	12 Mt.
Garantiebetriebsstunden	2000 Std." (Abs. 1)

Absatz 1 der Ziff. 01.05 (Garantieleistungen) sieht vor, dass nach Ablauf der Garantiezeit/Garantiebetriebsstunden jegliche Haftung ausgeschlossen ist. Mit anderen Worten wurde eine absolute Rügefrist vereinbart, was als zulässig erachtet wird (GAUCH, a.a.O., Rz. 2542 ff.).

a) Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass aufgrund dieses Absatzes die Haftung für nach der Garantiefrist (12 Monate bzw. 2'000 Stunden ab Inbetriebnahme) auftretende geheime oder verdeckte Mängel ausgeschlossen worden sei (act. 12 Rz. 53; act. 4/5). Weiter bringt die Beklagte vorsorglich vor, dass die Mängel bereits bei der Abnahme hätten entdeckt werden können, weshalb es sich nicht um geheime oder verdeckte Mängel handle. Weiter seien die Mängel nicht sofort nach Entdeckung gerügt worden und die Mängelansprüche der Klägerin würden ohnehin nur auf Nachbesserung gehen. Da die Klägerin nicht

Nachbesserung verlangt, sondern sogleich Dritte beigezogen habe, habe sie auch unter diesem Aspekt die Mängelrechte verwirkt (act. 12 Rz. 54 f.).

b) Die Klägerin macht in der Replik gegen den Einwand der Haftungswegbedingung geltend, dass die Beklagte nicht irgendein Verkehrsgut geliefert habe, sondern eine Bandanlage zur Talwärtsförderung von Gesteinsmassen. Die Pflichten und Haftung der Beklagten als Lieferantin dieser Anlage (die Beklagte habe dafür eine EU Konformitätserklärung nach Massgabe der Maschinenrichtlinie 98/37/EG vom 22. Juni 1998 ausgestellt und damit habe sie bestätigt, dass die Maschine als ganzes mit allen Vorschriften der Richtlinie übereinstimme) richte sich bezüglich der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nicht nach Vertrag und allfälligen Freizeichnungsklauseln, sondern nach den gesetzlichen und den Richtlinienbestimmungen (act. 17 S. 4). In der Widerklageduplik bzw. in der Triplik bringt die Klägerin weiter vor, dass sie grundsätzlich das Prinzip der freien Abdingbarkeit der Haftung anerkenne, aber dies nicht ohne Ausnahme bestehe. Ausnahmen von diesem Prinzip würden zum Beispiel im Falle einer arglistigen Verschweigung von dem Verkäufer/Unternehmer bekannten Mängeln bestehen, weil es sich diesfalls um ein deliktsähnliches Verhalten des Verkäufers/Unternehmers handelt, dessen Risiko der Abnehmer nicht zum voraus übernehmen könne und wolle (betrugsähnliches Verhalten) (act. 26 S. 13). Weiter ergänzt sie, dass eine ganz ähnliche Einschränkung des Prinzips der freien Abdingbarkeit nun auch dort bestehe, wo die Kaufsache oder das Werk unter derart gefährlichen Sicherheitsmängeln leide, dass der öffentlich-rechtliche Gesetzgeber schon die Inverkehrsetzung, d.h. die Auslieferung der Sache oder des Werks verbiete und unter Strafe stelle, d.h. bereits die Lieferung zu einer unerlaubten und strafbaren Handlung erkläre, wie dies das STEG für Maschinen, die nicht den Sicherheitsbestimmungen der Maschinenrichtlinie entsprechen, in Art. 3 und 13 STEG tue (act. 26 S. 13 f.). Schliesslich macht die Klägerin geltend, dass es sich um verdeckte Mängel gehandelt habe, weshalb die Abnahme des Werks keinerlei Genehmigungswirkung haben könne (act. 26 S. 38).

Ob trotz dieser Konformitätserklärung ein Haftungsausschluss für nach Ablauf der Rügefrist auftretende Mängel zulässig ist oder nicht, ist im Folgenden zu prüfen.

c) Ob ein Haftungsausschluss für zugesicherte Eigenschaften möglich ist, kommt auf den Umstand an, ob es eine reine oder eine qualifizierte Zusicherung ist. Bei einer reinen Zusicherung ist ein Haftungsausschluss durchaus möglich. Dabei verspricht der Unternehmer zwar eine Eigenschaft, ohne aber zu erklären, er wolle dafür einstehen. Danach haftet er nur (aber immerhin) kraft Gesetz. Diese gesetzliche Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR) kann (in Schranken der Rechtsordnung) wegbedungen werden (GAUCH, a.a.O., Rz. 2563 f., 1375). Die qualifizierte Zusicherung dagegen ist verbunden mit einer Erklärung des Unternehmers, dass er die Haftung für die zugesicherte Eigenschaft übernehme (GAUCH, a.a.O., Rz. 2564 f., 1375 f.). Auf die Hierarchie der Dokumente wurde bereits verwiesen (vgl. vorstehend Ziff. IV./A.2.5).

Daher ist vorgängig zu klären, ob es sich bei der von der Beklagten abgegebenen Konformitätserklärung um eine *reine oder qualifizierte Zusicherung* handelt.

Diesbezüglich macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe eine EU Konformitätserklärung nach Massgabe der Maschinenrichtlinie 98/37/EG vom 22. Juni 1998 ausgestellt und damit bestätigt, dass die Maschine als Ganzes mit allen Vorschriften der Richtlinie übereinstimme (act. 17 S. 4; act. 18/17). Mit anderen Worten habe die Beklagte die Gesamtverantwortung inklusive Steuerung übernommen, weshalb sie für die Gesamtanlage die EU Konformitätserklärung abgegeben habe (act. 17 S. 21). Die Beklagte entgegnet, dass die CE-Kennzeichnung kein Qualitätszeichen, sondern ein Verwaltungszeichen sei, weshalb sich daraus keine zivilrechtlichen Ansprüche ableiten liessen (act. 22 Rz. 59 ff.).

In den Vertragsdokumenten (act. 4/5 und /6) wurde nirgends die Abgabe einer EU Konformitätserklärung vereinbart. Ebenso wenig behaupten die Parteien, dass sie mündlich eine solche vereinbart hätten. Allein aus dem Umstand, dass die Beklagte eine EU / CE Konformitätserklärung (act. 18/17) abgegeben hat, kann nach Treu und Glauben nicht geschlossen werden, die Beklagte hätte nicht nur die Normenkonformität zugesichert, sondern zudem zugesichert, die Haftung für die zugesicherte Eigenschaft übernehmen zu wollen. Hinzu kommt, dass die Konformitätserklärung selbst gar nicht Vertragsbestandteil wurde. Somit kann aus

der Konformitätserklärung keine qualifizierte Zusicherung abgeleitet werden, bei welcher ein Haftungssauschluss nach Ablauf der Garantiezeit bzw. -frist nicht zulässig wäre (vgl. auch GAUCH, a.a.O., Rz. 2564 ff.). Dementsprechend ist nicht entscheidend, ob sie zu Recht oder Unrecht abgegeben wurde.

d) Die Klägerin wendet ausserdem ein, dass sie grundsätzlich das Prinzip der freien Abdingbarkeit der Haftung anerkenne, jedoch – wie bereits vorstehend ausgeführt – davon Ausnahmen bestünden. Beispielsweise bei arglistigem Verschweigen von dem Unternehmer bekannten Mängeln, weil es sich diesfalls um ein deliktsähnliches Verhalten des Unternehmers handle, dessen Risiko der Abnehmer nicht zum Voraus übernehmen könne und wolle (betrugsähnliches Verhalten.). Eine ganz ähnliche Einschränkung des Prinzips der freien Abdingbarkeit bestehe nun auch dort, wo die Kaufsache oder das Werk unter derart gefährlichen Sicherheitsmängeln leide, dass der öffentlich-rechtliche Gesetzgeber schon die Inverkehrsetzung, d.h. die Auslieferung der Sache oder des Werks verbiete und unter Strafe stelle, d.h. bereits die Lieferung zu einer unerlaubten und strafbaren Handlung erkläre, wie dies das STEG für Maschinen, die nicht den Sicherheitsbestimmungen der Maschinenrichtlinie entsprechen, in Art. 3 und 13 STEG tue (act. 26 S. 13 f.).

Die Beklagte bestreitet, einerseits dass die Auslieferung der Anlage eine strafbare Handlung gemäss Art. 13 STEG darstelle. Andererseits würde ein allfälliger Verstoss gegen das STEG nicht ohne Weiteres zu einer unerlaubten Handlung i.S.v. Art. 13 STEG führen. Denn die Lieferung einer mangelhaften Sache stelle keine unerlaubte Handlung dar (act. 31 Rz. 13 f., 28 ff.).

Grundsätzlich ist eine zum Voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wäre, nach Art. 100 Abs. 1 OR nichtig. Ebenso ist der Ausschluss der Haftung für Mangelgeschäden bei arglistiger Verschweigung von Mängeln nicht zulässig (SIEGENTHALER, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen, 2000, Rz. 179 f.; GAUCH, a.a.O., Rz. 2555, 2567 f.). Allerdings behauptet die Klägerin nicht, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Werkablieferung die (allfälligen) Mängel arglistig verschwiegen habe. Sie erklärt vielmehr, dass bei der Nicht-Übereinstimmung der

Anlage mit den genannten Normen dies eine strafbare und unerlaubte Handlung darstelle und dieser Umstand mit dem arglistigen Verschweigen vom Unrechtsgehalt gleichzusetzen sei. Dem kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Einerseits handelt es sich bei den von der Klägerin angerufenen Normen, wie zum Beispiel der Maschinenrichtlinie 98/37/EG vom 22. Juni 1998, welche in der Schweiz in der Verordnung über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEV, SR 819.11) umgesetzt wurde, um öffentlichrechtliche Arbeitgeberschutzgesetzgebung (LUKAS WYSS, Technische Normen und Vorschriften im Spannungsfeld zwischen Haftpflicht und Produktsicherheitsrecht, AJP 2006, S. 53 ff., 60). Andererseits stellt die Verletzung einer solchen öffentlichrechtlichen Norm nur dann eine unerlaubte Handlung dar, wenn sie eine sog. besondere Verhaltensnorm ist. Eine solche liegt vor, wenn sie vor Schädigungen von der Art der eingetretenen schützen soll (HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, N 698; BGE 124 III 297 E. 5b). Art. 13 STEG (Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten, SR 819.1) schützt aber nicht vor Verletzungen individueller Rechtsgüter, sondern diese Strafbestimmung dient vielmehr der Allgemeinheit (Urteil des Bundesgerichts 6S.449/2004 vom 21. September 2005 E. 6). Folglich steht die Abgabe der Konformitätserklärung durch die Beklagte der Haftungsbeschränkung nach Absatz 1 der Ziffer 01.05 nicht entgegen. Obendrein kann die Klägerin der Konformitätserklärung – wie vorstehend ausgeführt (vgl. vorstehend Ziff. IV./A.3.5.4.1.c) – auch nicht eine weitergehende Haftungsübernahme als der Auftragsbestätigung vom 2. bzw. 14. April 2003 entnehmen, da sie nicht Vertragsbestandteil wurde und eben gerade keine qualifizierte Zusicherung enthält.

Anzumerken ist, dass sowohl das STEG als auch die STEV ab 1. Juli 2010 ausser Kraft traten und durch das PrSG sowie die PrSV (Bundesgesetz bzw. Verordnung über die Produktsicherheit vom 12. Juni 2009 resp. 19. Mai 2010, SR 930.11 bzw. 930.111) ersetzt wurden. Da aber vorliegend zu prüfen ist, ob die Beklagte sämtliche damals geltenden Normen eingehalten hat, ist dies aufgrund der damaligen (2004) Rechtsnormen zu untersuchen.

e) Die Klägerin behauptet weiter, dass die Beklagte diese Normen eventualvorsätzlich bzw. grobfahrlässig verletzt habe. Sie begründet dies damit, dass die von der Beklagten vorgenommene Auslegung falsch sei und, wie der Parteiperte detailliert begründet habe, sowohl eine grobe Verletzung elementarer Regeln der Technik als auch ein erhebliches Sicherheitsrisiko darstelle (act. 1 S. 7 f.). Aus dem eingereichten Gutachten von Professor G._____ vom 15.4.2009 gehe mit aller Deutlichkeit hervor, dass die von der Beklagten gelieferten Bremsen grobe Auslegungsfehler aufweisen würden, welche die Lebensdauer, Betriebssicherheit und Personensicherheit weit unter den zu erwartenden normgemässen Standard herabsetze und dass deshalb die gesamte Anlage ein "enormes Sicherheitsrisiko" aufweisen würde (act. 18/16 S. 3 und 5). Für eine ausgewiesene Fachfirma wie die Beklagte bedeute dieses Expertenurteil nichts anderes als die Feststellung eines eventualvorsätzlichen, mindestens aber grobfahrlässigen Verhaltens der Beklagten, die bei der Herstellung und Auslieferung der Anlage ihre elementarsten und grundlegendsten Sorgfaltspflichten grob verletzt habe. Dieses extrem unsorgfältige Verhalten der Beklagten lasse sich nur dadurch erklären, dass der Vertrag für die Anlage einen Pauschalpreis vorgesehen habe und die Beklagte vor hohen Aufwendungen für ein den Sicherheitsbestimmungen genügendes Bremssystem zurückgeschreckt sei, um ihren Gewinn nicht allzu sehr schmälern zu müssen. Die Beklagte habe somit die Sicherheitsmängel und damit die Gefahr von Unfällen wie denjenigen vom 15.3.2007 bewusst in Kauf genommen, so dass die Verschuldensform des Eventualvorsatzes hier vorliege. Dies werde auch durch das Verhalten der Beklagten bei der Inbetriebnahme bestätigt, in deren Rahmen die Beklagte die notwendigen, vom Bremslieferanten vorgeschriebenen mehrmaligen Notausstoppbremsungen mit halber und ganzer Last wohl bewusst nicht vorgenommen habe. Selbst wenn man die Verschuldensform des Eventualvorsatzes fälschlicherweise verneinen würde, wäre angesichts der fundamentalen Sorgfaltspflichtverletzungen durch eine Fachfirma auf jeden Fall sehr grobe Fahrlässigkeit anzunehmen. Die vertraglich vorgesehene Überfüllsicherung sei von der Beklagten nicht geliefert worden. Spätestens bei der ersten Havarie vom 4.6.2004, welche unter der alleinigen Verantwortung der Beklagten erfolgt sei und ihre Ursache in einer Bandüberladung habe, hätte die Beklagte die

erforderlichen Sicherheitselemente zur Vermeidung derartiger Havarien in der Zukunft einbauen müssen. Sie habe es offensichtlich aus Kostengründen (Maximierung des Gewinnes innerhalb des fixen Pauschalpreises) unterlassen und damit eventualvorsätzlich, jedenfalls aber grobfahrlässig Menschenleben und Sachgüter schwer gefährdet (act. 26 S. 14 f., 21 f.; 43, 44 f.). Die Beklagte bestreitet ein grobfahrlässiges oder gar vorsätzliches Verhalten (act. 31 Rz. 27, 31).

Die Frage, ob die Beklagte – wie von der Klägerin behauptet – eventualvorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat, kann aus nachfolgendem Grund offen gelassen werden. Unter der Annahme, dass die Beklagte eventualvorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hatte, ist der Haftungsausschluss nicht aufgrund der von der Klägerin geltend gemachten verletzten Normen unzulässig, sondern aufgrund von Art. 100 Abs. 1 OR nichtig. Hat der Unternehmer den Werkmangel absichtlich oder grobfahrlässig verursacht, so stehen dem Besteller die Mängelrechte des Art. 368 OR selbst dann zu, wenn die Mängelhaftung zum Voraus vertraglich ausgeschlossen wurde. Insoweit ist die Freizeichnung nichtig und wird ersetzt durch die zwingende Regel des Art. 100 Abs. 1 OR, wonach der Schuldner für grobes Verschulden haftet (GAUCH, a.a.O., Rz. 2576). Allerdings hat der Besteller auch bei dieser Ausgangslage verursachte Mängel gemäss Art. 179 Abs. 1 SIA-Norm 118 sofort zu rügen, da die Klägerin nicht geltend macht, die Beklagte habe den Mangel absichtlich verschwiegen (vgl. act. 26 S. 13 f.; vgl. vorstehend Ziff. IV./A.3.5.4.1.b; und Abs. 3 und 4 von Art. 19 SIA-Norm 118; vgl. auch ZINDEL/PULVER, in: BSK OR I, N 20 und 23 zu Art. 370 OR). Hinzu kommt, dass diesfalls in Folge der Nichtigkeit der Ziffer 01.05 wegen der eventualvorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verursachung Art. 172 SIA-Norm 118 zur Anwendung käme, wonach eine allgemeine zweijährige Rügefrist gilt, was nachfolgend zu prüfen sein wird (vgl. nachstehend Ziff. IV./A.3.5.4.1.f).

f) Wie vorstehend ausgeführt haben die Parteien eine "Garantiezeit" bzw. Rügefrist von zwölf Monaten bzw. 2'000 Garantiebetriebsstunden vereinbart (vgl. vorstehend Ziff. IV./A.3.5.4.1; act. 4/5 Ziff. 01.05).

Vorliegend wurde das Werk – allenfalls Teilwerk – unbestritten spätestens am 19. Oktober 2004 abgenommen (vgl. vorstehend Ziff. IV./A.3.3.1). Zweifellos war die

"Garantiezeit resp. -frist" von einem Jahr im Zeitpunkt des Schadeneintritts (15. März 2007) bereits verstrichen. Desgleichen wäre – für den Fall, dass die Beklagte den Mangel grobfahrlässig oder eventualvorsätzlich verursacht hätte – die zweijährige Garantiefrist nach Art. 172 SIA-Norm 118 bereits abgelaufen. Ebenso macht die Beklagte geltend, dass die 2'000 Stunden ab Inbetriebnahme beim Unfall bereits vorbei gewesen seien (act. 12 Rz. 53), was klägerischerseits unbestritten blieb.

g) Mängel, die der Bauherr erst nach Ablauf der Garantiefrist entdeckt, werden gemäss Art. 179 Abs. 1 SIA-Norm 118 verdeckte Mängel genannt. Grundsätzlich kann die Gewährleistung auch für versteckte Mängel aufgehoben werden (BGE 130 III 686 E. 4.3.2). Verdeckte Mängel im Sinne der SIA-Norm 118 sind allerdings von den geheimen Mängeln im Sinne des Gesetzes zu unterscheiden, welche letztere "bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung" (Art. 370 Abs. 1 OR) nicht erkennbar sind. Das Kriterium dafür, ob ein Mangel im Sinne der SIA-Norm 118 "verdeckt" ist oder nicht, bildet somit der Zeitpunkt, in dem der Bauherr den Mangel tatsächlich erkennt. Doch ist einschränkend beizufügen, dass "Mängel, die schon während der Garantiefrist offensichtlich waren, [...] unwiderleglich als vor deren Ablauf entdeckt" gelten (Art. 178 Abs. 2 SIA-Norm 118), so dass sie von daher keine verdeckten Mängel sein können (GAUCH, a.a.O., Rz. 2075, 2715).

Somit ist entscheidend, ob die allfälligen Mängel bereits vor Ablauf der absoluten Garantiefrist in Ziffer 01.05 erkennbar waren oder nicht. Nach dem Grundsatz der Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB) hat jede Partei die tatbestandlichen Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes zu beweisen, der zu ihren Gunsten wirkt (TARKAN GÖKSU, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, (fortan: CHK), N 13 zu Art. 8 ZGB). Beim Einwand der Beklagten, dass der Mangel vor Ablauf der Garantiefrist erkennbar gewesen sei, handelt es sich um eine rechtsaufhebende (rechtsvernichtende) Tatsache. Diese ist von derjenigen Partei zu beweisen, welche sie vorbringt (GÖKSU, in: CHK, N 15 zu Art. 8 ZGB). Folglich obliegt der Beklagten die Behauptungs- und Beweislast für diese rechtsvernichtende

Tatsache. Dementsprechend ist zu prüfen, ob die Beklagte genügend konkret vorbrachte, dass der Mangel bereits vor Ablauf der Garantiefrist erkennbar war.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass *Substanziierung* Folgendes bedeutet: Die Parteien haben die rechtserheblichen Tatsachen so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Mit anderen Worten kann sich eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben, denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die rechtserheblichen Tatsachen sind daher so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Legt eine Partei den Sachverhalt auch nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH nicht ausreichend konkret dar, ist das Gericht zur Annahme berechtigt, dass sich die betreffenden Tatsachen nicht ereignet haben und aus diesem Grund nicht behauptet wurden (vgl. § 113 ZPO/ZH; VOGEL/SPÜHLER/GEHRI, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 2006, 10. Kap. N 55 f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 zu § 54; N 4 zu § 55 ZPO; und N 3, 3a zu § 113 ZPO/ZH; ZR 102 Nr. 15; ZR 60 Nr. 64; ZR 55 Nr. 71; BGE 127 III 365 E. 2c). Um der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH gerecht zu werden, wurden den Parteien Hinweise zur Erfüllung ihrer Substanziierungsobliegenheit mit Verfügung vom 5. Oktober 2009 erteilt. Die Parteien wurden insbesondere darauf hingewiesen, dass sie ihre Behauptungen im Hauptverfahren bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen haben (§ 113 ZPO/ZH). Zudem können sich die Parteien nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (Prot. S. 7 f.).

Die Beklagte bringt zwar vor, dass die Mängel bereits bei der Abnahme hätten entdeckt werden können, weshalb es keine geheimen oder verdeckten Mängel seien (act. 12 Rz. 54; act. 22 Rz. 88). Im Abnahmeprotokoll vom 19. Oktober 2004 (act. 13/12) sind zwar Mängel festgehalten. Gemäss Art. 163 Abs. 2 SIA

Norm 118 wird ein stillschweigender Verzicht für erkannte Mängel vermutet, die ein allfälliges Prüfungsprotokoll (Art. 158 Abs. 3 SIA-Norm 118) nicht aufführt; ferner für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Im zweiten Falle ist die Vermutung unwiderleglich. Keine Partei führt aus, dass erkannte aber nicht aufgenommene Mängel bei der Abnahme vorhanden waren. Die Beklagte beruft sich vielmehr implizit darauf, dass es offensichtlich erkennbare Mängel waren, die bei der Abnahme erkennbar gewesen seien. Diesem Standpunkt kann nicht gefolgt werden, da bis heute nicht feststeht, was die Schadensursache gewesen ist. Konsequenterweise kann eine solche – von der Beklagten überdies bestrittene – Mangelhaftigkeit gar nicht offensichtlich gewesen sein, so dass kein stillschweigender Verzicht nach Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118 vermutet werden darf. Mit der gleichen Begründung kann sich die Beklagte auch nicht auf Art. 178 Abs. 2 SIA Norm 118 berufen, wonach Mängel, die schon während der Garantiefrist (Rügefrist) offensichtlich waren, unwiderleglich als vor deren Ablauf entdeckt gelten, weshalb sie nach Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) nicht mehr gerügt werden können. Obendrein bringt die Beklagte ausser ihrer Behauptung, dass die Mängel schon bei Abnahme erkennbar gewesen seien nichts vor. Sie erklärt insbesondere nicht aufgrund welchen Umstands der Mangel, insbesondere auch nicht welcher Mangel, hätte erkennbar sein können. Wenn sie dies könnte bzw. getan hätte, würde sich sodann die Frage stellen, ob sie den Mangel arglistig verschwiegen hätte. Dies kann aber offen gelassen werden, da es von der Klägerin nicht behauptet wird.

Somit handelt es sich vorliegend um einen Mangel, der nach Ablauf der Garantiefrist nach Ziff. 01.05 bzw. nach Art. 172 SIA-Norm 118 zu Tage trat. Obwohl die Garantiefrist nach SIA-Norm 118 eine Rügefrist ist, schliesst sie nicht aus, dass der Unternehmer auch nach ihrem Ablauf für Mängel seines Werkes haftet (GAUCH, a.a.O., Rz. 2706). Gemäss Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118 haftet der Unternehmer für verdeckte Mängel, sofern sie vom Bauherrn sofort nach der Entdeckung gerügt werden. Wie bereits erwähnt (vgl. vorstehend Ziff. IV./A.3.5.4.1.e), müssen auch grobfahrlässig oder eventualvorsätzlich verursachte Mängel nach Ablauf der Rügefrist sofort gerügt werden. Folglich ist zu prüfen, ob die Klägerin das Entdecken des Mangels sofort im Sinne von Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118

gerügt hat. Andernfalls wären sämtliche Rechte (Art. 169-171 SIA-Norm 118) für diesen Mangel verwirkt. Jedoch beziehen sich die Verwirkungsfolgen von Art. 178 und 179 SIA-Norm 118 nur auf den betreffenden Mangel als solchen, nicht auch auf allfällige "Sekundärmängel", die daraus entstehen. Bloss dann, wenn der "Sekundärmangel" selber nicht rechtzeitig gerügt wird, erlischt die Haftung des Unternehmers auch für ihn (PETER GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, 1977, (fortan: SIA-Komm.), Vorb. zu Art. 178-179 SIA-Norm 118). Zudem bleiben die "absichtlich" (arglistig) verschwiegenen" Mängel von der Verwirkung ausgenommen (vgl. Art. 370 Abs. 1 OR; GAUCH, a.a.O., Rz. 2718).

Vorab ist nochmals festzuhalten, dass die Klägerin nicht geltend macht, es handle sich um absichtlich (arglistig) verschwiegene Mängel (vgl. vorstehend Ziff. IV./A.3.5.4.1.b).

3.5.4.2. Sofortige Rüge?

Grundsätzlich ist ein Mangel "entdeckt", wenn der Bauherr über dessen Vorliegen Gewissheit erlangt hat und der Mangel in diesem Sinne erkannt ist. Das setzt voraus, dass der Bauherr sowohl den vertragswidrigen Zustand des vom konkreten Unternehmer hergestellten Werkes (oder Werkteils) kennt als auch den Umstand, dass dieser Zustand vertragswidrig ist. Unter dem Begriff "sofort" ist "unverzüglich" zu verstehen (GAUCH, SIA-Komm., Anm. 5 zu Art. 173 SIA-Norm 118; BGE 107 II 172E. 1a) und b); Urteil des Bundesgerichts 4A_82/2008 vom 29. April 2009 E. 7.5).

Die Klägerin bestreitet nicht konkret, dass sie nach dem Vorfall vom 15. März 2007 den vertragswidrigen Zustand sowie den dafür verantwortlichen Unternehmer gekannt habe. Sie legt in der Replik trotz Substanziierungshinweis vom 5. Oktober 2009 lediglich dar, dass sie sich gezwungen gesehen habe, in einer ersten Phase und als Sofortmassnahme den weiteren Betrieb sicherzustellen (mit einer Herabsetzung der Förderleistung auf die Hälfte) sowie durch einen kompetenten Gutachter die Schadensursachen und die Sicherheit der Anlage feststellen und überprüfen zu lassen. Weiter ergänzt sie einzig, es sei nicht ersichtlich, was für Nachteile durch dieses Vorgehen der Beklagten entstanden sein sollen

(act. 17 S. 16). Die Klägerin legt insbesondere nicht dar, vor dem Bericht des Gutachters gezweifelt zu haben, dass die Beklagte für den Unfall verantwortlich sei. Sie macht auch nicht geltend, es habe eine diesbezügliche Ungewissheit für sie bestanden, welche sie dazu veranlasst habe, mit der Mängelrüge zuzuwarten. Insbesondere behauptet sie nicht, das Gutachten vom 19. Juni 2007 sei nötig gewesen, den Mangel überhaupt erst der Beklagten zuordnen zu können (act. 17 S. 16, act. 26 S. 28 unten). Denn selbst nach ihrer Darstellung erfolgte das Mängelrüge-Schreiben an die Beklagte am 12. April 2007, also lange bevor ihr das besagte Gutachten vorlag (vgl. act. 26 S. 4 oben). Gemäss Bundesgericht genügt es, die Mängel insoweit zu nennen und zu beschreiben, als der Besteller sie durch seine pflichtgemässe Untersuchung erkennen konnte (BGE 107 II 172 E. 1/a m.w.H.). Mangels gegenteiliger Behauptungen ist davon auszugehen, dass die Klägerin nicht daran gezweifelt hat, die Beklagte habe als Werklieferantin für den Werkmangel einzustehen. Folglich war das Schreiben vom 12. April 2007 betreffend den Unfall verspätet im Sinne von Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118. Denn zwischen dem Vorfall vom 15. März 2007 und dem 12. April 2007 verging fast ein Monat, was zweifellos keine unverzüglich resp. sofortige Rüge mehr darstellt.

3.5.4.3. Angemessene Frist für Nachbesserung?

Nach Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118 hat der Besteller neben der sofortigen Anzeige dem Unternehmer auch eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel anzusetzen. Zudem sind die Art. 169-171 SIA-Norm 118 anzuwenden. Wie vorstehend ausgeführt macht die Klägerin nicht geltend, dass sie der Beklagten eine angemessene Frist für Nachbesserung gesetzt habe. Sie beruft sich vielmehr darauf, dass die Beklagte im Zusammenhang mit dem Unfall vom 15. März 2007 bzw. bereits seit Jahren jede Mitwirkung verweigert habe (act. 1 S. 5; act. 17 S. 5, 16).

Grundsätzlich handelt ein Bauherr, der die Regel des Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118 betreffend die Nachbesserung missachtet, indem er einen Mangel selber beseitigt oder durch einen Dritten beseitigen lässt, ohne dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist anzusetzen und deren Ablauf abzuwarten, auf eigene Kosten und Gefahr (GAUCH, SIA-Komm., Anm. 7b zu Art. 169 SIA-

Norm 118; GAUCH, a.a.O., Rz. 2665). Dazu gibt es folgende Ausnahmeregelung: Nach Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118 stehen dem Bauherrn die Rechte gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1-3 SIA-Norm 118 schon vor Ablauf der Verbesserungsfrist zu, wenn der Unternehmer sich ausdrücklich geweigert hat, eine Verbesserung vorzunehmen, oder hiezu offensichtlich nicht imstande ist.

Vorliegend beruft sich die Klägerin darauf, dass die Beklagte sich ausdrücklich geweigert habe. Sie begründet dies damit, dass die Anlage bereits vor dem Unfall vom 15. März 2007 nicht problemlos funktioniert habe. Vielmehr hätten sich Schwachstellen gezeigt, welche der Beklagten auch angezeigt worden seien. Die Beklagte habe indessen aufgrund der Auseinandersetzung über die Schlussabrechnung und dem Scheitern der Bemühungen um eine gütliche Lösung die Zusammenarbeit verweigert und habe dies der Klägerin auch zu verstehen gegeben (act. 17 S. 14; act. 26 S. 39; act. 27/21). Die Beklagte bestreitet dies und wendet ein, dass diese Behauptungen unsubstanziert seien, da weder ausgeführt werde, wann wer welchen Mangel (Schwachstelle) gerügt habe. Es fehle auch eine schriftliche Mängelrüge. Zudem werde auch nicht ausgeführt, inwiefern sie die Mitarbeit bei einem Garantieanspruch verweigert habe (act. 22 Rz. 148). Unter einer "ausdrücklichen Weigerung" ist eine "deutliche" und "entschiedene" Weigerung zu verstehen. Sie kann mündlich oder schriftlich und auch in der Weise erfolgen, dass der Unternehmer das Vorliegen eines (Werk-) Mangels oder seine Haftung für den Mangel endgültig bestreitet (GAUCH, SIA-Komm., Anm. 39 zu Art. 169 SIA-Norm 118).

Folglich ist zu untersuchen, ob die Klägerin die "*ausdrückliche Weigerung*" genügend konkret behauptete (vgl. zur Substanziierung vorstehend Ziff. IV./A.3.5.4.1.g). Betreffend die von der Klägerin geltend gemachten Schwachstellen und Probleme ist festzuhalten, dass diese in keiner Weise ausreichend behauptet wurden. Einerseits unterliess die Klägerin jegliche Konkretisierung, worin die Probleme/Mängel bestanden haben sollen. Andererseits fehlen auch Ausführungen, wann diese aufgetreten und der Beklagten mitgeteilt worden sein sollen. Erschwerend kommt hinzu, dass die Klägerin auch nicht behauptet, wie bzw. wann sich die Beklagte (ausdrücklich oder implizit) geweigert habe. Folglich kann

die Klägerin daraus nicht eine "ausdrückliche Weigerung" im Sinne von Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118 ableiten. Auch der Umstand, dass sich die Parteien nicht über die Schlussrechnung bzw. die letzte Werklohnrate von 10% einigen konnten, durfte von der Klägerin nicht als "ausdrücklich Weigerung" aufgefasst werden. Selbst die ausdrückliche Weigerung im Schreiben vom 16. Juni 2005, wonach die Beklagte aufgrund der ausstehenden Zahlungen keine weiteren Arbeiten mehr ausführen wollte (act. 27/21), ändert nichts daran, weil die Parteien einzig ein Nachbesserungsrecht vereinbart hatten (vgl. act. 4/5 Ziff. 01.05). Deshalb konnte die Klägerin der Beklagten nicht einfach die Nachbesserungsmöglichkeit nehmen, da vertraglich nicht vereinbart war, dass neben der Nachbesserung in einem solchen Fall auch ein Nachbesserungsrecht durch Dritte, ein Minderwert oder ein Vertragsrücktritt im Sinne von Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 SIA-Norm 118 möglich ist. Die Klägerin durfte daher nach Treu und Glauben der Beklagten nicht einzig aus dieser Gegebenheit auf eine ausdrückliche Weigerung schliessen.

3.5.4.4. Zusammenfassend liegt keine Ausnahme von Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118 vor. Die Klägerin unterliess somit sowohl die sofortige Rüge des verdeckten Mangels als auch die Ansetzung einer angemessenen Frist zur Beseitigung der Mängel, weshalb die Beklagte nach Art. 179 Abs. 2 i.V.m. Art. 169 SIA-Norm 118 nicht für die - allfälligen - Kosten einzustehen hat.

Dementsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen hinsichtlich der von der Klägerin geltend gemachten Kosten. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Klägerin keine sog. Sekundärmängel geltend macht. Ein Sekundärman- gel ist ein Werkmangel, der zwar erst nach der Abnahme des Werkes eintritt, sei- ne Ursache aber in einem ursprünglichen Mangel des Werkes (einem "Primär- mangel") hat (GAUCH, a.a.O., Rz. 1865). Denn die Klägerin macht grundsätzlich drei Schadenspositionen geltend: Einerseits diejenigen Kosten, welche nach dem Unfall durch die Pannenbehebung und Wiederherstellung der grundsätzlichen Funktionstüchtigkeit der Anlage (mit auf 250 t/h reduzierter Leistung) entstanden seien, andererseits diejenigen Kosten, welche durch die Änderung und Ausgestal- tung einer den Sicherheitsanforderungen genügenden Bremsanlage und schliess- lich Kosten, welche durch den Produktionsausfall in der Zeit vom Unfallereignis

bis zur provisorischen (mit reduzierter Betriebsleistung) Wiederinbetriebnahme entstanden seien (act. 17 S. 23). Bei der dritten Schadensposition handelt es sich um einen Mangelfolgeschaden in Form von entgangenem Gewinn. Bei den ersten beiden Schadenspositionen handelt es sich um Kosten, die zur Behebung der Mangelhaftigkeit des Werks notwendig waren. Denn die Nachbesserungsschuld umfasst neben der Tragung der eigentlichen Verbesserungskosten auch die sog. "Begleitkosten", die mit der Mängelbeseitigung zwar nur mittelbar, funktional aber doch so eng verbunden sind, dass sie rechtlich ("normativ") zum Bereich der Mängelbeseitigung gehören. Sie umfassen insbesondere die Kosten der Vorbereitungs- und Wiederherstellungsarbeiten (GAUCH, a.a.O., Rz. 1718, 1721). Selbst wenn die Bremsanlage nicht den geforderten Sicherheitsanforderungen genügen würde, würden die Änderung und Anpassung an diese Sicherheitsforderungen zur direkten Mängelbeseitigung gehören, weshalb nicht von einem Sekundärmangel gesprochen werden kann. Deshalb erübrigt es sich zu prüfen, ob sich die Verwirkung auch auf solche Sekundärmängel beziehen würde.

3.6. Zwischenfazit

Zusammenfassend stehen der Klägerin keine Ansprüche aufgrund des Werkvertrags zu. In der Folge ist zu prüfen, ob die Klägerin ihre Ansprüche gestützt auf die Haftung aus unerlaubter Handlung geltend machen kann.

B Haftung aus unerlaubter Handlung

1. Parteibehauptungen

1.1. Klägerischer Standpunkt

Die Klägerin stützt ihren Schadenersatzanspruch auch auf Art. 41 OR. Sie macht geltend, dass bei Annahme bloss mangelhafter Lieferung grundlegende gesetzliche Sicherheitsanforderungen verletzt worden seien und somit Widerrechtlichkeit im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie vorliege, womit die Haftung der

Beklagten gemäss Art. 41 OR begründet sei (act. 1 S. 11; act. 17 S. 18). Die Beklagte habe elementare Sicherheitsanforderungen verletzt und damit gegen das STEG mithin gegen eine einschlägige Schutznorm verstossen (act. 1 S. 11).

1.2. Beklagtischer Standpunkt

Die Beklagte macht geltend, dass die Haftung vertraglich gültig wegbedungen worden sei. Selbst wenn die Wegbedingung nicht gelten sollte, würde die Haftung daran scheitern, dass die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit nicht erfüllt sei. Denn technische Vorschriften würden nicht den Schutz des Vermögens bezwecken, weshalb sie keine Schutznormen für den vorliegend geltend gemachten Vermögensschaden darstellen könnten (act. 22 Rz. 83). Die Beklagte macht weiter geltend, dass keine Verhaltensnorm oder absolute Rechte verletzt worden seien, weshalb keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR bestehe (act. 22 Rz. 92 ff.). Ebenso wenig könne der Beklagten ein Verschulden vorgeworfen werden, da sie die Anlage sogar von der Versicherung V._____ habe überprüfen lassen (act. 22 Rz. 101). Die Beklagte ruft ausserdem die Verjährung an. Die Klägerin habe mit Einreichung des Sühnbegehrens am 19. Juni 2008 ihre behaupteten ausservertraglichen Ansprüche nach Ablauf der Verjährungsfrist und somit nicht rechtzeitig geltend gemacht (act. 22 Rz. 102). Die Beklagte erwidert schliesslich, dass die Klägerin es unterlassen habe, zu sagen, welche der Vorschriften konkret verletzt worden seien und ihr den Anspruch verschafften (act. 22 Rz. 114, 130).

2. Haftungsvoraussetzungen

Grundsätzlich setzt die Haftung nach Art. 41 OR voraus, dass ein Schaden schuldhaft durch eine widerrechtliche Handlung adäquat kausal verursacht wurde.

Die Beklagte wendet ein, die Voraussetzungen für die Haftung aus Art. 41 OR seien nicht erfüllt und insbesondere treffe sie kein Verschulden.

2.1. Schadensart und Widerrechtlichkeit

2.1.1. Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte elementare Sicherheitsanforderungen verletzt habe und damit gegen das STEG, mithin gegen eine einschlägige Schutznorm verstossen habe, weshalb die Lieferung der Förderanlage durch die Beklagte widerrechtlich im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie gewesen sei (act. 1 S. 11; act. 17 S. 18, 22 f.). Weiter macht die Klägerin geltend, aus Art. 41 ff. OR ergebe sich ohne Weiteres, dass zivilrechtlich für den Schaden vom Hersteller gehaftet werden müsse, wenn er durch die Auslieferung einer nicht konformen Maschine in natürlicher und adäquater Weise verursacht worden sei (act. 26 S. 8). Schliesslich macht die Klägerin geltend, dass es für die Begründung der Widerrechtlichkeit keiner speziellen Schutznorm bedürfe, da es sich bei den Vermögensschäden, welche sie geltend mache, durchwegs um sog. "Folge-Vermögensschäden" handle, die in adäquat-kausalem Zusammenhang zu den verursachten Sachschäden stünden (act. 26 S. 17 f., 43, 55).

2.1.2. Die Beklagte bestreitet grundsätzlich gesetzliche Vorschriften (STEG bzw. Richtlinie 98/37/EG) verletzt zu haben. Deshalb liege keine Widerrechtlichkeit vor (act. 12 Rz. 131). Zudem habe sie weder ein absolutes Recht noch eine Verhaltensnorm verletzt. Die Beklagte bestreitet überdies, dass die Vorschriften des STEG den Schutz individueller Vermögensinteressen bezwecke, weil die Maschinenrichtlinie, auf deren Grundlage das STEG beruhe, in erster Linie den freien Warenverkehr für Maschinen im europäischen Raum bezwecke und sie im Weiteren zur öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzgesetzgebung gezählt werde. Folglich wäre selbst ein Verstoss gegen die oberwähnten Normen nicht widerrechtlich im Sinne des Obligationenrechts (act. 22 Rz. 92, 97).

Die Beklagte bestreitet weiter, dass die Lieferung einer mangelhaften Anlage eine Verletzung absoluter Rechte darstelle. Sie führt aus, dass das vertragliche Gewährleistungsrecht durch die Qualifikation eines mangelhaften Kaufgegenstandes als Verletzung eines absoluten Rechtes unterlaufen würde. Schliesslich macht die Beklagte geltend, dass die Klägerin zu Recht keinen Schaden an anderen, in ihrem Eigentum stehenden Vermögenswerten geltend mache. Folglich handle es sich bei allen geltend gemachten Vermögensschäden um sog. reine Vermögensschäden. Solche mache die Klägerin ausdrücklich nicht geltend, zur Begründung

der Widerrechtlichkeit wäre eine spezielle Schutznorm erforderlich, deren Zweck darin bestehe, einen reinen Vermögensschaden dieser Art zu verhindern (act. 31 Rz. 28 ff.).

2.1.3. Gemäss den vorstehenden Parteibehauptungen stellen sich zwei zentrale Fragen. Was für eine Schadensart liegt vor: sog. "Folge-Vermögensschäden" oder sog. reine Vermögensschäden. Falls es sich um sog. reine Vermögensschäden handelt, ist zu klären, ob eine besondere Verhaltensnorm besteht, die den Schutz vor Schäden von der Art des eingetretenen zum Zweck hat (REY, a.a.O., N 698, 705; BGE 126 III 521 E. 2a m.w.H.).

2.1.3.1. Eine Eigentumsverletzung liegt bei der Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung einer Sache vor (INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2009, N 50.16; BGE 118 II 176 E. 4b). Die herrschende und überwiegende Lehre geht jedoch davon aus, dass bei der Lieferung oder der Herstellung einer mangelhaften Sache keine Eigentumsverletzung vorliege. Dies mit der Begründung, dass Rechte nur verletzt werden können, wenn sie effektiv bestehen. Eine Eigentumsverletzung ist daher lediglich anzunehmen, wenn in eine vorher unversehrt vorhandene Sache eingegriffen wird. Der Mangel am Werk ist hingegen bei der Ablieferung des Werkes bereits vorhanden. Der Besteller ist also zu keinem Zeitpunkt Eigentümer eines mängelfreien Werkes gewesen und kann folglich in diesem Eigentum auch nicht verletzt werden. Das Werk ist von Anfang an mit dem Mangel behaftet gewesen und ist so ins Eigentum des Bestellers übergegangen. War das Werk nie "integer", so kann der Besteller auch nicht entsprechende Integritätsinteressen, mithin Interessen, dass nicht in sein Eigentum oder seinen Besitz eingegriffen wird, haben. Deshalb wird der Mangelschaden als reiner Vermögensschaden qualifiziert (GAUCH, a.a.O., Rz. 2345; SCHWENZER, a.a.O., N 50.17; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, N 130; URBAN BIERI, Die Deliktshaftung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller für mangelhafte Werke, Diss. 1993, S. 54 ff.). Dem ist beizupflichten. Diese Meinung ist denn auch von der kantonalen Rechtsprechung übernommen worden (BJM 1999 S. 96). Das Bundesgericht hat die Frage - soweit ersichtlich - noch nie entschieden.

Hingegen liegt eine Eigentumsverletzung vor, wenn der Besteller infolge des Werkmangels einen Sachschaden - an einer *anderen* Sache - erleidet, welche dann auch einen Deliktsanspruch begründen kann (GAUCH, a.a.O., Rz. 2344; ROBERTO, a.a.O., N 130). Jedoch ist zu beachten, dass wie beim mangelhaften Werk selbst, auch dann keine Eigentumsverletzung besteht, wenn innerhalb des vom Unternehmer hergestellten Werkes, das jetzt im Eigentum des Bestellers steht, der Mangel sich nachträglich vergrössert (sich gewissermassen "weiterfrisst") oder einen Sekundärmangel verursacht (GAUCH, a.a.O., Rz. 2345; SCHWENZER, a.a.O., N 50.17).

2.1.3.2. Die Klägerin macht unter dem Titel "Folge-Vermögensschäden" drei Schadenskategorien geltend: Restitutionskosten, Betriebsunterbrechungskosten sowie Adaptionkosten (act. 26 S. 18 f.).

Gemäss Klägerin handle es sich bei den Restitutionskosten um die Kosten der Reparatur der durch den Unfall verursachten Sachschäden, d.h. die Kosten der Wiederherstellung des früheren Zustandes. Sie würden ganz klar adäquat-kausale Folgen des unfallbedingten Sachschadens darstellen, da sie ohne diesen nicht entstanden wären (act. 17 S. 23 ff.; act. 26 S. 18).

Bei den Betriebsunterbrechungskosten handelt es sich gemäss Klägerin um die Mehraufwendungen für den alternativen Transport und die Ausfälle, die infolge der Sachbeschädigung und des durch sie bedingten Betriebsunterbruchs der Bandanlage entstanden seien. Auch sie würden in einem Kausalzusammenhang mit den Sachschäden stehen, da ohne diese der Betrieb der Förderbandanlage nicht hätte unterbrochen werden müssen (act. 17 S. 23, 25 ff.; act. 26 S. 19).

Gemäss Klägerin handelt es sich bei den Adaptionkosten, um die Kosten der Anpassung der den Unfall verursachenden Anlage an die öffentlich-rechtlichen Sicherheitsbestimmungen, die sie schon bei der Auslieferung hätte erfüllen sollen, damit ähnliche Unfälle mit Personen- und/oder Sachschäden in Zukunft hätten vermieden werden können (act. 17 S. 23, 27 f.; act. 26 S. 19).

Die Beklagte bestreitet, dass Restitutions-, Betriebsunterbrechungs- und Adaptionskosten Folge-Vermögensschäden seien. Denn die Klägerin mache einzig die Mangelhaftigkeit der gelieferten Anlage und die dadurch entstandenen Kosten an der gelieferten Anlage selbst geltend. Einen durch das Ereignis vom 15. März 2007 verursachten Schaden an anderen, in ihrem Eigentum stehenden Vermögenswerten behaupte die Klägerin zu Recht nicht (act. 31 Rz. 30).

2.1.3.3. Grundsätzlich trifft die klägerische Ansicht zu, dass im Bereich der ausservertraglichen Haftung der Schädiger für den von ihm verursachten unmittelbaren wie für den mittelbaren Schaden haftet. In diesem Sinne ist es für den Umfang des zu ersetzenden Schadens unerheblich, ob der Schaden am unmittelbar verletzten Vermögensgut selbst, oder ob er *als Vermögensfolgeschaden an andern Rechtsgütern* des vom schädigenden Ereignis Betroffenen eingetreten ist (REY, a.a.O., N 343).

Jedoch macht die Klägerin bezüglich keiner der drei geltend gemachten Schadenskategorien geltend, dass *andere* Sachen als die Förderanlage durch den Unfall betroffen gewesen seien (vgl. act. 17 S. 24 ff.; act. 26 S. 16 ff.). Folglich ist bereits begrifflich das Vorliegen eines Vermögensfolgeschadens im Sinne der Klägerin ausgeschlossen. Doch ist zu prüfen, ob es sich um sog. *"weiterfressende Mängel"* handelt.

Unabhängig von der Schadensursache ist davon auszugehen, dass der allfällige durch die Beklagte verursachte Mangel bereits bei Ablieferung des Werkes bestand – Gegenteiliges wird denn auch nicht behauptet. Das bedeutet gleichzeitig, dass das von der Beklagten hergestellte Werk sich nach dessen Ablieferung infolge dieses Mangels verschlechtert hat. Solche Mängel werden wie bereits gesagt als *"weiterfressende Mängel"* bezeichnet. Dabei werden zwei Hauptgruppen unterschieden (BIERI, a.a.O., S. 100 f.; GAUCH, a.a.O., Rz. 2345):

- *Die sich vergrössernden Mängel.* Der Werkmangel besteht bereits bei der Ablieferung des Werkes. Er vergrössert sich aber oder entwickelt sich erst im Nachhinein zu einer wahrnehmbaren Vertragsabweichung (einfacher Folgemangel).
- *Die Sekundärmängel.* Ein ursprünglicher (primärer) Werkmangel hat zur Folge, dass beim bereits abgelieferten Werk ein weiterer Mangel entsteht, der in seiner Art

vom primären Mangel verschieden ist (qualifizierter Folgemangel oder Sekundär-
mangel).

Unter der Annahme, dass der Schaden durch die Beklagte verursacht wurde so-
wie, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt bestand, als das Werk der Klägerin
übereignet wurde, handelt es sich *nicht* um Folge-Vermögensschäden, sondern
um sog. weiterfressende Mängel. Auch der von der Klägerin geltend gemachte
Produktionsausfall ist kausal durch den bereits bei Ablieferung bestehenden
Mangel verursacht worden. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass auch die-
se weiterfressenden Mängel keine Eigentumsverletzung zu begründen vermögen
(GAUCH, a.a.O., Rz. 2345; BIERI, a.a.O., S. S. 101 f.; SCHWENZER, a.a.O.,
N 50.17). Somit handelt es sich bei sämtlichen von der Klägerin geltend gemach-
ten Schadenspositionen um *reine Vermögensschäden*, für deren Ersatzfähigkeit
eine spezielle Schutznorm erforderlich ist (vgl. nachstehend, Ziff. IV./B.2.1.4). Der
Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass, falls die Klägerin den fraglichen Unfall
verursacht hätte, es nicht darauf ankommen kann, ob sie dies vorsätzlich oder
fahrlässig getan hat. Nach Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118 ist die Mängelhaftung
des Unternehmers bei Selbstverschulden des Bauherrn sowieso ausgeschlossen
(GAUCH, a.a.O., Rz. 2672). So oder anders könnte die Klägerin die dadurch verur-
sachten Kosten nicht auf die Beklagte abwälzen, da das Werk dann nicht an ei-
nem Mangel leiden würde, für welchen die Beklagte - falls es nicht durch eine
Haftungswegbedingung ausgeschlossen ist - einzustehen hätte.

2.1.4. Zur Begründung der Widerrechtlichkeit bedarf es, wenn kein absolu-
tes Recht verletzt ist, eines Verstosses gegen eine Norm, die vor Schädigungen
von der Art der eingetretenen schützen soll (BGE 124 III 297 E. 5b; BREHM, BK,
N 38b zu Art. 41 OR). Solche Bestimmungen, in diesem Zusammenhang *Schutz-*
normen genannt, finden sich in erster Linie im Strafrecht. Nicht jede öffentlich-
rechtliche Verhaltenspflicht eignet sich als Schutznorm; es muss eine Verhaltens-
norm verletzt worden sein, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen
schützen soll. Eine Handlungspflicht ist nur dann haftpflichtrechtlich von Bedeu-
tung, wenn sie im Interesse des Geschädigten besteht und aus einer Schutzvor-
schrift zu dessen Gunsten folgt. Die verletzte Verhaltensnorm muss also den

Zweck haben, das Vermögen des Geschädigten gegenüber Schädigungen der konkret vorliegenden Art zu schützen (BREHM, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2006, N 38d zu Art. 41 OR m.w.H.; BGE 116 Ib 373 ff.; 119 II 127, 128 f.). Mit anderen Worten entfällt ein Schadenersatzanspruch für Vermögensschäden, wenn kein Verstoss gegen eine Schutznorm vorliegt, denn die Widerrechtlichkeit entfällt, wenn keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll. Diese Abgrenzung dient nicht zuletzt als Barriere gegen eine ständige Ausweitung des Haftpflichtrechts (BREHM, BK, N 38d zu Art. 41 OR; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl. 1995, S. 177 N 30).

Die Klägerin führt zwar einerseits aus, dass sie keine reinen Vermögensschäden geltend macht (act. 26 S. 18), andererseits beruft sie sich auf Art. 3 STEG, wonach technische Einrichtungen und Geräte Leben und Gesundheit der Benutzer und Dritter nicht gefährden dürfen und den grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen zu entsprechen haben (act. 17 S. 17). Sie ergänzt dementsprechend, dass sie ihre Schadenersatzforderung in Anbetracht der Verletzung von grundlegenden gesetzlichen Sicherheitsanforderungen durch die Beklagte und die dadurch begründete Widerrechtlichkeit in erster Linie auf Art. 41 OR stütze (act. 17 S. 22 f.). Die Beklagte bestreitet, dass technische Vorschriften den Schutz des Vermögens bezwecken, weshalb sie keine Schutznormen für den vorliegend geltend gemachten Vermögensschaden darstellen würden (act. 22 Rz. 83).

Somit ist zu prüfen, ob Art. 3 STEG bzw. die Maschinenrichtlinie 98/37/EG, worauf das STEG verweist, einen Schutz vor Vermögensschäden in der hier eingetretenen Art enthält. Bei beiden Normen handelt es sich um polizeiliche Vorschriften, welche der Verhütung von Gefahren dienen (WYSS, a.a.O., S. 58 ff.). Schon allein der Wortlaut von Art. 3 STEG, wie ihn die Klägerin wiedergibt, zeigt klar auf, dass keine dieser Normen vor konkreten Vermögensschäden schützt. Zudem wurde bereits vorstehend ausgeführt, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Art. 13 STEG nicht vor Verletzungen individueller Rechtsgüter schützt, vielmehr diene diese Strafbestimmung der Allgemeinheit (vgl. vor-

stehend, Ziff. IV./A.3.5.4.1.d); Urteil des Bundesgerichts 6S.449/2004 vom 21. September 2005 E. 6). Auch die von der Klägerin angerufene DIN15 434-1 schützt nicht vor derartigen Schädigungen. Weiter ruft die Klägerin verschiedentlich weitere technische Normen und Vorschriften an (act. 26. S. 20, 25, 39 f.). Allerdings unterlässt sie es, diese Normen konkreter zu nennen, weshalb nicht geprüft werden kann, ob sie verletzt wurden.

Zusammenfassend fehlt eine Schutznorm, die das Vermögen vor Schädigungen der eingetretenen Art schützen soll.

2.2. Fazit

Somit ist der von der Klägerin geltend gemachte Schaden nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR durch die Beklagte verursacht worden, da diese weder absolute Rechte noch eine spezielle Schutznorm durch die allfällig mangelhafte Werklieferung verletzte. Dementsprechend erübrigt sich die Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen. Die Klägerin dringt mit ihrem Anspruch gestützt auf Art. 41 OR nicht durch.

C Widerklage

1. Parteistandpunkte

1.1. Beklagtischer Standpunkt

Die Beklagte fordert mit der Widerklage die Bezahlung der letzten Werklohnforderung von 10% im Betrag von CHF 107'000.-- plus MWST von CHF 8'132.--, insgesamt von CHF 115'132.--. Die Klägerin befinde sich per 2. Juli 2004, spätestens seit dem Empfang der Mahnung vom 14. März 2005 in Verzug (act. 12 Rz. 133 ff.). Weiter macht die Beklagte den von der Klägerin aus dem Vorfall vom 4. Juni 2004 anerkannten Betrag von CHF 16'140.-- inkl. MWST zuzüglich Zins seit 1. Oktober 2004 geltend (act. 12 Rz. 139 f.). Ausserdem verlangt sie die Bezah-

lung der Mehrkosten im Betrag von insgesamt CHF 351'761.50 (act. 12 Rz. 145 ff.; act. 22 Rz. 162).

Die Beklagte führt weiter aus, dass sie mehrfach versucht habe, die vertraglich vereinbarte Splittmenge zu beziehen, aber die Klägerin auf Vorkasse bestanden habe. Mit dieser Vertragsmodifikation sei sie nicht einverstanden gewesen, weshalb sich die Klägerin in Verzug befinde (act. 22 Rz. 54, 157). Sie legt zudem dar, dass sie mit der Widerklage die ihr zustehende Menge von 35'000 Tonnen nochmals formell abrufe (act. 12 Rz. 60). Sie ergänzt, dass sie bereits am 14. September 2004 gestützt auf den geschlossenen Vertrag 935,390 Tonnen à CHF 19.50/Tonne bezogen habe. Der Rechnungsbetrag von CHF 18'240.11 netto inkl. MWST CHF 19'626.35 sei infolge Verrechnung erloschen (act. 12 Rz. 61). Sie habe seither mehrfach versucht, die Splittmenge zu beziehen, die Klägerin habe aber die Lieferung ohne Vorkasse verweigert (act. 12 Rz. 63; 22 Rz. 110). Die Beklagte macht schliesslich geltend, dass das Verrechnungsrecht nicht ausgeschlossen worden sei, vielmehr sei die Splittlieferung als "Gegengeschäft" bezeichnet worden, weshalb es keine "Bezahlung des Kaufpreises Zug um Zug bei Materiallieferung" geben könne, wie dies in Rechtsbegehren 2 beantragt worden sei (act. 12 Rz. 127).

1.2. Klägerischer Standpunkt

Die Klägerin lässt zur Widerklage Folgendes ausführen: Sie bestreitet, dass sie die letzte Teilzahlung von 10% nicht erbracht habe. Sie habe aufgrund von gewissen Minder- und auch gewissen Mehrleistungen sowie eines Betrages als Konventionalstrafe eine Schlussabrechnung erstellt, welche einen Saldobetrag zugunsten der Beklagten von CHF 7'627.90 ausgewiesen habe, wobei dieser Schuldbetrag im Rahmen der Abrechnung vom 23. Juni 2005 bezüglich diverser von der Klägerin erbrachten Leistungen sowie der ersten Splittlieferung saldiert worden sei. Vielmehr habe die Beklagte seit Juni 2005 den Schuldbetrag von CHF 20'152.45 nicht beglichen (act. 17 S. 7 f., 28 f.; act. 26 S. 46).

1.3. In der Folge werden die verschiedenen widerklageweise geltend gemachten Forderungen geprüft.

2. Letzte Rate (10%) und Kostenanteil vom Vorfall am 4. Juni 2004

2.1. Beklagtischer Standpunkt

Die Beklagte macht bezüglich der letzten Werklohnrate von 10%, welche im Betrag von CHF 107'000.-- plus MWST von CHF 8'132, gesamthaft von CHF 115'132.-- am 17. Mai 2004 in Rechnung gestellt worden sei, geltend, dass der Klägerin nach vertragsgemässer Lieferung der Beklagten kein Verrechnungs- oder sonstiges Zurückbehaltungsrecht zustehe. Deshalb sei sie zur Bezahlung dieses Vertrags samt MWST zu verpflichten. Zudem befinde sich die Klägerin mit Ablauf von 45 Tagen in Verzug, d.h. per 2. Juli 2004. Allerspätestens befinde sich die Klägerin seit Empfang der Mahnung vom 14. März 2005 in Verzug. Somit schulde die Klägerin CHF 115'132.-- nebst 5% Zins seit 2. Juli 2004 (act. 12 Rz. 134 ff.; act. 22 Rz. 163).

Weiter macht die Beklagte geltend, dass die Klägerin den Kostenanteil vom Vorfall vom 4. Juni 2004 von CHF 15'000.-- mit MWST CHF 16'140.-- anerkannt habe und somit auch schulde. Dieser Betrag sei am 1. September 2004 mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen in Rechnung gestellt worden, wonach die Klägerin sich seit dem 1. Oktober 2004 in Verzug befinde (act. 12 Rz. 139; act. 22 Rz. 164 f.).

2.2. Klägerischer Standpunkt

Die Klägerin bestreitet diese Widerklageforderungen – wie bereits ausgeführt wurde – ebenfalls (pauschal) damit, dass sie in ihrer Schlussrechnung vom 21. März 2005 (act. 13/8) Stellung genommen habe. In der Widerklageduplik lässt die Klägerin ausführen, dass sowohl die letzte Werklohnrate von CHF 107'000.-- als auch der von ihr unpräjudiziell aus Kulanzgründen übernommene Anteil von CHF 15'000.-- am Schadenfall vom 4. Juni 2004 in ihrer Schlussrechnung vom 21. März 2005 anerkannt worden seien; sie seien aber mit ihrer Saldoforderung aus der Mehr- und Minderkostensabrechnung verrechnet worden (act. 17 S. 28 ff.; act. 26 S. 46 f.).

2.3. Würdigung

Gemäss dem von der Klägerin als Schlussrechnung bezeichneten Dokument vom 21. März 2005 (act. 13/8) trifft es zu, dass sie bei der von ihr erstellten Zusammenstellung auch die Beträge von CHF 107'000.-- sowie CHF 15'000.-- zugunsten der Beklagten auflistet (act. 13/8 S. 4). Mit anderen Worten bestreitet die Klägerin das Bestehen dieser Forderungen nicht grundsätzlich, vielmehr will sie diese mit ihren Forderungen verrechnen. Nicht ersichtlich wird aus der Schlussrechnung, dass die Klägerin die auf diesen Beträgen gemäss Beklagter geschuldete Mehrwertsteuer anerkennt (act. 13/8).

Somit ist zu prüfen, ob der Beklagten neben den grundsätzlich anerkannten Beträgen zusätzlich Mehrwertsteuer zusteht. Grundsätzlich gilt, falls die Parteien für die Ausführung des Werkes oder für einzelne Werkleistungen einen *festen Preis* (Pauschalpreis, Globalpreis, Einheitspreis) vereinbart haben, dass dieser vereinbarte Preis im Allgemeinen auch die Mehrwertsteuer, die auf den Unternehmer entfällt, umschliesst. Vorbehalten bleibt eine abweichende Abrede, wonach der Unternehmer berechtigt ist, die Mehrwertsteuer zusätzlich zum vereinbarten Preis in Rechnung zu stellen. Eine solche Abrede kann zwar auch stillschweigend (Art. 1 Abs. 2 OR) getroffen werden, ist aber nicht zu vermuten (GAUCH, a.a.O., Rz. 1224).

Die Beklagte erklärt, ihr stehe die Mehrwertsteuer zu, da sie vertragsgemäss geliefert habe und der Klägerin kein Verrechnungs- oder sonstiges Zurückbehaltungsrecht zustehe. Sie verweist zudem auf die Ziff. 00.00 und 01.08 der Auftragsbestätigung 25. März 2003 (act. 4/5) sowie auf Ziff. 11 der Auftragsbestätigung vom 2./14. April 2003 (act. 4/6). Jedoch ist weder Ziff. 00.00 noch 01.08 zu entnehmen (act. 4/5), dass zusätzlich zum Pauschalpreis noch die Mehrwertsteuer geschuldet sein solle. Ebenso wenig enthält die vorgenannte Ziff. 11 ein Hinweis darauf, dass die Mehrwertsteuer nicht bereits im Pauschalpreis enthalten ist (act. 4/6). Hinzu kommt, dass die Beklagte in ihrer Schlussrechnung vom 16. Dezember 2004 (act. 13/30 S. 2) die bereits von der Klägerin geleisteten Teilzahlungen betreffend das Pauschalhonorar ohne zusätzliche Mehrwertsteuer aufführte.

Denn die in der Schlussrechnung genannten Beträge entsprechen genau denjenigen in der Auftragsbestätigung vom 2./14. April 2003 (act. 4/6). Zudem führte die Beklagte in dieser Schlussrechnung auch den Anteil von CHF 15'000.-- ohne MWST auf. Erst zu dem gemäss ihrer Schlussrechnung ihr noch zustehenden Betrag (CHF 204'730.00) zählte sie noch 7,6% MWST (CHF 15'559.50) hinzu (act. 13/30 S. 2). Folglich ging auch die Beklagte im Zeitpunkt der Erstellung der Schlussrechnung davon aus, dass die letzte Rate von 10% im Betrag von CHF 107'000.-- ohne Mehrwertsteuer geschuldet ist. Die Beklagte stellt ausserdem keine weiteren Behauptungen auf, weshalb die Mehrwertsteuer nicht bereits im Pauschalpreis enthalten sein soll. Ausserdem ist im Vergleich betreffend den Schadenfall bei Band 4 nichts bezüglich zusätzlich geschuldeter Mehrwertsteuer vereinbart (act. 18/18).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder zur anerkannten letzten Rate von CHF 107'000.-- noch zum anerkannten Kostenanteil von CHF 15'000.-- die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen ist. Somit gilt die widerklageweise geltend gemachte Forderung im Betrag von CHF 107'000.-- und CHF 15'000.-- als anerkannt, im Mehrbetrag der Mehrwertsteuer von CHF 8'132.-- sowie CHF 1'140.-- ist die Widerklage abzuweisen.

Die Klägerin wendet bekanntlich ein, dass sie im Umfang der anerkannten Beträge Verrechnung erklärt habe bzw. erkläre (act. 26 S. 47). Ob der Klägerin Forderungen gegenüber der Beklagten zustehen, welche sie mit diesen anerkannten Beträgen verrechnen kann, wird im Rahmen der Widerklage noch zu prüfen sein (vgl. nachstehend, Ziff. IV./C.4).

3. Mehrkosten der Beklagten

3.1. Einleitung

Die Beklagte lässt zunächst ausführen, dass ihr ein Anspruch auf Leistung der entstandenen Mehrkosten zustehe, sofern die Klägerin diese durch schuldhaftes Verhalten verursacht habe (Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118) oder die Mehrkosten

auf einer nachträglichen Beststellungsänderung beruhen würden (Art. 84 ff. SIA-Norm 118) (act. 12 Rz. 142). Die Klägerin bestreitet grundsätzlich die Mehraufwendungen der Beklagten, da im Werkvertrag ein Pauschalpreis vorgesehen sei (act. 26 S. 47).

Im Folgenden werden die von der Beklagten geltend gemachten Mehrkosten sowie die von der Klägerin geltend gemachten Gegenforderungen im Einzelnen geprüft.

3.2. Förderband F3

3.2.1. Linienführung

Die Beklagte führt zur Linienführung beim Förderband F3 aus, diese habe geändert werden müssen, weil aufgrund einer Planänderung der Klägerin das Tunnel und somit auch Band F3 um 20 m verlängert worden seien. Dies habe Kosten von CHF 24'375.-- verursacht, welche die Klägerin mit Schreiben vom 21. März 2009 (act. 13/8 S. 1 Punkt 3) anerkannt, aber nicht bezahlt habe (act. 12 Rz. 145; act. 22 Rz. 167).

Die Klägerin führt aus, dass die Kosten für die Mehrlänge des Bandes 3 um 18 Meter von CHF 24'375.-- unbestritten, aber durch Verrechnung getilgt seien (act. 26 S. 47).

Dementsprechend gelten diese Mehrkosten im Betrag von CHF 24'375.-- als von der Klägerin anerkannt. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Klägerin für diesen Betrag zu Recht die Verrechnung erklärt hat (vgl. nachstehend Ziff. IV./C.4.).

3.2.2. Anpassung Längsprofil, Stützhöhe und Schurre

3.2.2.1. Die Beklagte macht zudem geltend, dass auf Wunsch der Bauherrin das Band F3 im Gegenuhrzeigersinn 4° um Punkt P1d gedreht worden sei, die Übergabe auf Band F4 sei näher zum Berg geschoben und der Neigungswinkel grösser 19° (infolge Beibehaltung der Durchfahrtshöhe auf einer Forststrasse) sei nicht akzeptiert worden, sodass das Längsprofil und damit die Stützhöhen anzupassen und eine höhere Schurre zu erstellen gewesen seien.

Der Konstruktionsaufwand (d.h. die Lösungssuche) habe CHF 9'375.-- betragen. Die längeren Stützen und die höhere Schurre F3/F4 hätten zudem CHF 6'090.-- gekostet. Ferner sei auf Kundenwunsch die Laufstegseite von rechts auf links gewechselt worden, was wiederum Kosten von CHF 3'550.-- verursacht habe (act. 12 Rz. 146; act. 22 Rz. 167 ff., 188).

3.2.2.2. Die Klägerin hält diesen Ausführungen entgegen, dass nach Massgabe des Vertrages (Ziffer 5) kleine Abweichungen gegenüber den Offertplänen sowie auch Kurven mit zulässigen Radien im Pauschalpreis inbegriffen seien, weshalb sie nicht zu einer Mehrforderung berechtigen würden. Die definitive Linienführung, welche von der Beklagten festgelegt und von ihr genehmigt worden sei, sei ausdrücklich und ohne Kostenrelevanz vorbehalten. Sie ergänzt, dass die Kosten für den Wechsel der Laufstegseite (CHF 3'550.--) nicht geschuldet seien, weil sie diese Änderungen nicht gewünscht habe, sondern sie von der Beklagten als nötig erachtet worden seien; diesbezüglich habe es auch keine Nachtragsofferte und keinerlei Zusage gegeben (act. 17 S. 29; act. 26 S. 47 f.; act. 4/6 Ziff. 5).

3.2.2.3. Unbestritten wurde zwischen den Parteien ein Pauschalpreis von CHF 1'070'000.-- vereinbart (act. 4/6 Ziff. 1). Wird ein Pauschalpreis abgemacht, ist der Unternehmer verpflichtet, das vereinbarte Werk für die vereinbarte Pauschalsumme herzustellen. Der Pauschalpreis ist ein fester Preis, der unabänderlich bleibt, auch wenn die Erstellungskosten (Arbeits- und andere Kosten) höher oder geringer sind als bei Vertragsabschluss vorgesehen war. Insbesondere befreien Mehrkosten den Unternehmer selbst dann nicht von der eingegangenen Preisbindung, wenn sie bewirken, dass er ohne Gewinn, allenfalls sogar mit Verlust, arbeiten muss (GAUCH, a.a.O., Rz. 901 f.). Abgesehen von der Ausnahmebestimmung von Art. 373 Abs. 2 OR hat der Unternehmer nur dann einen Anspruch auf Mehrvergütung, wenn der Besteller durch schuldhaftes Verhalten Mehrkosten (Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118) verursacht hat oder diese auf einer nachträglichen Beststellungsänderung beruhen. Die Beweislast dafür, dass eine Beststellungsänderung vorliegt, eine bestimmte Leistung mithin nicht zum ursprünglich vereinbarten,

vom Pauschalpreis umfassten Werk gehört, liegt beim Unternehmer (GAUCH, a.a.O., Rz. 904, 906).

Die Beklagte macht im Bereich "Anpassung Längsprofil, Stützhöhe und Schurre" kein schuldhaftes Verhalten der Bestellerin/Klägerin geltend. Jedoch macht die Beklagte bekanntlich geltend, dass auf Wunsch der Klägerin das Band F3 gedreht und entsprechend das Längsprofil habe angepasst werden müssen. Ebenso sei die Laufstegseite auf klägerischen Wunsch gewechselt worden. Somit beruft sie sich implizit auf eine Beststellungsänderung.

Es gibt zwei Erscheinungsformen von *Bestellungsänderungen*, die vertragliche sowie die einseitige Beststellungsänderung. Vorliegend wird von keiner Partei ein Abänderungsvertrag behauptet, vielmehr behauptet die Beklagte auf Wunsch der Klägerin gehandelt zu haben.

Die *einseitige* Beststellungsänderung beruht auf einer einseitigen Willenserklärung (einer Gestaltungserklärung) des Bestellers, die mit ihrem Zugang beim Unternehmer wirksam wird. Rechtlich setzt sie voraus, dass der Besteller ein Gestaltungsrecht und damit die Macht hat, die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers im gewünschten Sinne abzuändern. Durch Übernahme des SIA 118-Regelwerkes (vgl. vorstehend, Ziff. IV./A.2.5) ist die Klägerin gemäss Art. 84 Abs. 1 SIA-Norm 118 berechtigt, einseitige Vertragsänderungen herbeizuführen, wenn dadurch der Gesamtcharakter des zur Ausführung übernommenen Werkes unberührt bleibt (GAUCH, a.a.O., Rz. 783). Der Bauherr kann durch Weisungen oder Änderung von Plänen verlangen, dass der Unternehmer Leistungen, zu denen dieser durch den Werkvertrag verpflichtet ist, auf andere Art als vereinbart, in grösseren oder kleineren Mengen oder überhaupt nicht ausführt. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Bauherr auch im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen ausführen lassen (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 und 2 SIA-Norm 118). Nimmt der Bauherr eine solche Beststellungsänderung vor, so gelten die Bestimmungen der Art. 85 -91 SIA-Norm 118 (Art. 84 Abs. 2 SIA-Norm 118). Die Änderungserklärung des Bauherrn kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR), muss aber unzweideutig sein, obwohl die SIA-Norm 118 sich darüber aus-

schweigt (ANTON EGLI, in: Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, GAUCH/PRADER/EGLI/SCHUMACHER, Anm. c zu Vorbem. zu Art. 84-91 SIA-Norm 118).

Keine der Parteien behauptet, dass durch die von der Beklagten geltend gemachte Beststellungsänderung der Gesamtcharakter des Werkes verändert worden sei. Umstritten ist hingegen, ob die Klägerin die Beklagte mit den geltend gemachten Arbeiten beauftragt hat. Dafür obliegt der Beklagten als Unternehmerin die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB), da der Anspruch auf Mehrvergütung streitig ist (GAUCH, a.a.O., Rz. 786). Allerdings lässt die Beklagte einzig ausführen, dass die von ihr vorgenommenen Anpassungen auf Wunsch der Klägerin erfolgt seien (vgl. eben vorstehend Ziff. IV./C.3.2.2.1). Sie unterlässt jegliche konkreten Ausführungen dazu, wer seitens der Klägerin, wann, welche konkreten Änderungen wem von der Beklagten kund tat. Auch fehlen sämtliche Behauptungen dazu, aufgrund welchen konkreten Verhaltens oder welcher Äusserungen die Beklagte von einer stillschweigenden Beststellungsänderung ausgehen konnte. Schliesslich unterliess die Beklagte auch jegliche Ausführungen dazu, ob die Parteien sich über den Mehr- oder Minderpreis geeinigt hatten. Folglich reichen die Behauptungen der Beklagten nicht aus, konkrete Beweissätze zu formulieren, weshalb in der Folge nicht von einer Beststellungsänderung ausgegangen werden kann. Da der Beklagten somit die Behauptung der Beststellungsänderung misslingt, kann ihr keine Mehrvergütung unter dem Titel der Beststellungsänderung zugesprochen werden (vgl. GAUCH, a.a.O., Rz. 786).

3.2.2.4. Im Sinne einer Eventualbegründung ist zu prüfen, ob für den Fall, dass die Beststellungsänderung bewiesen wäre, ein Anspruch der Beklagten auf die geltend gemachte Mehrvergütung bestehen würde. Hierbei wäre aber noch umstritten, ob die Abweichungen vom Pauschalpreis erfasst werden oder zu einem Mehrkostenanspruch berechtigen. Grundsätzlich wird durch die Abrede eines Pauschalpreises zwar die Vergütung "pauschaliert"; was aber der Unternehmer zum vereinbarten Pauschalpreis im Einzelnen leisten muss, ergibt sich aus dem konkreten Werkvertrag und ist durch Auslegung des ganzen Vertrages zu ermitteln (GAUCH, a.a.O., Rz. 905).

Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens (Art. 18 Abs. 1 OR), den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter, das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert: Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, N 207 ff., 1200 f., 1226; SCHWENZER, a.a.O., N 33.01-33.08; KRAMER/SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar, 1986, N 16 ff. zu Art. 18 OR; BGE 131 III 606 = Pra 95 (2006) Nr. 80 E. 4.1/4.2; BGE 132 III 626 E. 3.1).

Im Zusammenhang mit der Auslegung von Urkunden, insbesondere Verträgen, gilt nämlich der Grundsatz: Wer eine Urkunde unterzeichnet, unterzieht sich deren Inhalt und anerkennt den Text so, wie er lautet. Er gibt, anders gesagt, eine dem Wortlaut entsprechende Willenserklärung ab. Ob der Unterzeichner die Urkunde gelesen oder verstanden hat, spielt dabei keine Rolle. Das Vertrauensprinzip bewirkt insofern, dass ein äusserliches Verhalten – auch ohne dazugehörigen Willen – Rechtsfolgen erzeugt. Der Schein eines Willens genügt (grundlegend dazu: OFTINGER, Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Aequitas und bona fides, Festgabe für August Simonius, Basel 1955, S. 263 ff.).

Ein übereinstimmender wirklicher Wille wird nicht behauptet, weshalb der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden muss.

In der Auftragsbestätigung vom 25. März 2003 ist in Ziff. 04.01 nichts betreffend "Längsprofil, Stützenhöhe und Schurre" bei Band F3 festgehalten (act. 4/5 S. 8 f.).

In der Auftragsbestätigung vom 2./14. April 2003 wird jedoch in Ziffer 5 Folgendes festgehalten:

"Kleine Abweichungen gegenüber den Offertplänen haben keine Mehrkosten zur Folge, insbesondere auch Kurven mit zulässigen Radien. Die definitive Linienführung wird von B._____ mit den Ausführungsplänen der Piste und der Trasses festgelegt und von A._____ bereinigt." (act. 4/6 S. 2).

Somit ist entscheidend, ob die vorgenommene Drehung des Bandes F3 und die damit zusammenhängenden Anpassungen als "kleine Abweichung gegenüber den Offertplänen" zu betrachten sind oder nicht. In quantitativer Hinsicht wurden durch die Anpassungen lediglich Kosten von rund CHF 19'000.-- (CHF 9'375.--, CHF 6'090.-- und CHF 3'550.--) verursacht, welche im Licht des gesamten Pauschalbetrages von CHF 1'070'000.-- resp. des Pauschalpreises für das Band F3 von CHF 181'450.-- (act. 4/5 Ziff.04.00 und 04.01) zu betrachten sind. Die Überschreitung beträgt je nach Vergleichsbetrag – Gesamt- oder nur F3-Pauschalpreis – 2% bzw. 10%, was bei einer Pauschalpreisabrede als "klein" zu bezeichnen ist. Denn bei einer Pauschalpreisabrede gilt grundsätzlich, dass Mehrkosten den Unternehmer nicht von der eingegangenen Preisbindung befreien, wenn sie bewirken, dass er ohne Gewinn, gegebenenfalls sogar mit Verlust, arbeiten muss (GAUCH, a.a.O., Rz. 903). Zusammenfassend ist im Sinne der Eventualbegründung festzuhalten, dass es sich selbst beim Bestehen einer Beststellungsänderung nicht um erhebliche Abweichungen handeln würde, weshalb die Beklagte gemäss Ziffer 5 der Auftragsbestätigung vom 2./14. April 2003 (act. 4/6) dennoch keinen Anspruch auf Vergütung der Mehrkosten hätte.

3.2.3. Montageverzögerung, -behinderung und -änderung

3.2.3.1. Unter diesem Titel macht die Beklagte folgende Mehrkosten geltend: Die Aufhängung für die Vibrorinne sei nach der Hinterfüllung nicht mehr horizontal gewesen, weshalb in Absprache mit der Klägerin die Neigung mit Gummiunterlagen korrigiert worden sei. Dies habe Kosten von CHF 1'700.-- plus MWST verursacht. Dieser Betrag sei von der Klägerin anerkannt und bezahlt worden (act. 12 Rz. 147). Weiter habe die Tunnelhöhe im Bereich der Antriebs-

station nicht gepasst, weshalb das Band F3 habe gekürzt werden müssen. Zudem habe die Antriebsstation 1.00 m in Förderrichtung geschoben werden müssen, um die Kollision mit der Vibrorinne zu vermeiden. Die Verschiebung der Antriebsstation habe CHF 1'570.-- gekostet und sei von der Klägerin anerkannt worden (act. 12 Rz. 148; act. 22 Rz. 170). Überdies sei der Betonboden im Tunnel schlecht verdichtet und spröde gewesen und habe nicht der Betonqualität BH 35/25 gemäss Zeichnung H._____ Nr. ... entsprochen. Die Antriebsstation habe nur mit eingeschweisster Hilfskonstruktion montiert werden können. Die Unterkonstruktion für die Antriebsstation habe CHF 3'530.-- gekostet (act. 12 Rz. 149; act. 22 Rz. 172). Ausserdem sei der Betonboden im Tunnel sehr uneben gewesen und habe einen Mehraufwand bei den Richtarbeiten bei der Montage der Tunnelbandkonstruktion von CHF 2'030.-- bedingt (act. 12 Rz. 150; act. 22 Rz. 173). Schliesslich hätten Setzungen bei der Aufgabestation mehrmals zu Kollisionen der Vibrorinne mit der Schurre geführt, was zu Anpassungskosten von CHF 3'040.-- geführt habe (act. 12 Rz. 151; act. 22 Rz. 174).

Die Beklagte bestreitet insbesondere, dass die Installationsgegebenheiten von ihr vor Ort besichtigt und als bekannt erklärt worden seien. Am 4. Juli 2003 hätten die Herren I._____ und J._____ für die Beklagte den geplanten Trasseeverlauf besichtigt, jedoch sei zu diesem Zeitpunkt das Trasseee noch nicht fertig vorbereitet gewesen (act. 22 Rz. 171).

3.2.3.2. Die Klägerin bestreitet die Mehrkostenforderungen bezüglich Montageverzögerungen, -behinderungen und -änderungen, soweit sie nicht in der von ihr eingereichten Abrechnung anerkannt worden seien. Gemäss gegengezeichnetem und Vertragsbestandteil bildendem Schreiben der Klägerin vom 2. April 2003 (act. 4/6) seien die Installationsgegebenheiten von der Beklagten vor Ort besichtigt und als bekannt erklärt worden (act. 17 S. 29).

In der Widerklageduplik lässt die Klägerin ausführen, dass der Beklagten die Installationsgegebenheiten vor Ort bekannt gewesen seien. Überdies bestreitet sie, dass über den Zustand des Betonbodens im Tunnel ihrerseits falsche Angaben gemacht worden seien (act. 26 S. 48). Hingegen anerkennt die Klägerin, dass für die Befestigung der Antriebsstation ein Fundament erstellt werden musste, wobei

sie den dafür geltend gemachten Preis von CHF 3'350.-- als übersetzt ansieht. Sie anerkennt folglich nur Mehrkosten von CHF 1'680.--, welche ebenfalls durch Verrechnung getilgt worden seien (act. 26 S. 48). Ebenfalls anerkennt die Klägerin, dass aus den Anpassungen der Schurre Mehrkosten entstanden seien, die Kosten von CHF 3'040.-- seien aber auch übersetzt, weshalb sie nur 50%, d.h. CHF 1'520.--, davon anerkenne (act. 26 S. 49). Die Mehrkosten von CHF 2'030.-- für angebliche Behinderungen durch die Bodenqualität im Tunnel bestreitet sie wiederum vollumfänglich (act. 26 S. 48).

3.2.3.3. Zunächst ist festzuhalten, dass die Klägerin die Kosten von CHF 1'570.-- für die Verschiebung der Antriebsstation anerkennt, jedoch zur Verrechnung bringen will (act. 26 S. 47 f.; act. 13/8 S. 2, 4). Weiter anerkennt die Klägerin grundsätzlich die Kosten für die Hilfskonstruktion/Fundament F3 (CHF 1'680.--) sowie für die Anpassung der Schurre (CHF 3'040.--). Allerdings anerkennt sie die Kosten jeweils nur zu 50%, die weitergehenden Kosten erachtet sie als übersetzt (act. 26 S. 48 f.; act. 13/8 S. 2, 4). Dementsprechend ist zu prüfen, ob die von der Beklagten geltend gemachten Kosten tatsächlich übersetzt sind.

Durch die Abrede eines Pauschalpreises wird zwar die Vergütung "pauschaliert"; was aber der Unternehmer zum vereinbarten Pauschalpreis im Einzelnen leisten muss, ergibt sich aus dem konkreten Werkvertrag und ist durch Auslegung des ganzen Vertrages zu ermitteln. Hat eine Bestellsänderung zur Folge, dass sich dieser Leistungsinhalt ändert, indem der Unternehmer z.B. zu zusätzlichen oder veränderten Leistungen verpflichtet wird, so fällt ein hieraus entstehender Mehraufwand aus dem Deckungsbereich des Pauschalpreises (GAUCH, a.a.O., Rz. 905). Dass umgekehrt ein Minderaufwand, der auf einer Bestellsänderung beruht, auch dem Pauschalpreis-Besteller einen Anspruch auf Mindervergütung geben kann, versteht sich von selbst und ist – entsprechend – auch im Art. 89 der SIA-Norm 118 festgeschrieben. Demgemäss wird für eine durch eine Bestellsänderung herbeigeführte Änderung einer global oder pauschal zu vergütenden Leistung oder ihrer Ausführungsvoraussetzungen ein Mehr- oder Minderpreis als Nachtragspreis vereinbart; dieser "Mehr- oder Minderpreis" ist – bei Leistun-

gen zu Pauschalpreisen auf der Basis der im Zeitpunkt der Bestellungsänderung gültigen Kostengrundlage – von den Parteien durch Vereinbarung festzulegen, mangels Einigung aber durch den angerufenen Richter zu bestimmen (EGLI, in: SIA-Komm., Anm. 7 zu Art. 89 SIA-Norm 118).

Keine der Parteien behauptet, dass sie sich diesbezüglich auf einen Nachtragspreis geeinigt hätten. Insbesondere behauptet die Beklagte nicht, dass Nachtragspreise diskutiert wurden ebenso wenig dass man sich nicht habe einigen können. Nebenbei sei angemerkt, dass die Beklagte auch nicht behauptet, sie hätte die Klägerin auf Mehrforderungen aufmerksam gemacht. In Anbetracht, dass der Unternehmer die Ankündigung der Mehrforderung unterlässt, wird zwar sein Anspruch auf Mehrvergütung nicht von vorneherein ausgeschlossen; doch kann nach den konkreten Umständen des Einzelfalles sein nach Vertrauensprinzip ausgelegtes "Schweigen" als Verzichtserklärung aufgefasst werden, was den Besteller von der Leistung der Mehrvergütung befreit (GAUCH, a.a.O., Rz. 789). Allerdings steht fest, dass keine Nachtragspreise vereinbart wurden, weshalb die Mehrpreise durch das Gericht zu bestimmen sind, soweit nicht Art. 89 Abs. 3 SIA-Norm 118 zum Zuge kommt (EGLI, in: SIA-Komm., Anm. 7 zu Art. 89 SIA-Norm 118). Der Nachtragspreis ist auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage festzusetzen, die im Zeitpunkt der Bestellungsänderung gültig war. Er ist vom Pauschalpreis herzuleiten, und zwar unter Berücksichtigung der massgebenden Unterschiede, die sich aus der Bestellungsänderung ergeben. Von Bedeutung wären insbesondere Preisanalysen im Sinne von Art. 18 Abs. 2 SIA-Norm 118 oder Leistungsverzeichnisse (EGLI, in: SIA-Komm., Anm. 9 f. zu Art. 89 SIA-Norm 118).

Die Beklagte begründet ihre Kosten für die Hilfskonstruktion wie folgt (act. 22 Rz. 172, 188):

Projektleiter:	CHF 105.00/Std.	3 Std.	CHF 315.00
Konstruktionsgewicht:	CHF 4.00/kg	160 kg	CHF 640.00
Monteure	CHF 75.00/Std.	23 Std.	CHF 1'725.00
<u>Bearbeitungsaufwand</u>	<u>25%</u>		<u>CHF 670.00</u>
<u>Total Errichtung der Hilfskonstruktion:</u>			<u>CHF 3'350.00</u>

Die Kosten betreffend Nachbesserung Schurre begründet die Beklagte wie folgt (act. 22 Rz. 174, 188):

Projektleiter	CHF 105.00/Std.	3 Std.	CHF 315.00
Reparaturmaterial:			CHF 167.00
Monteure	CHF 75.00/Std.	26 Std.	CHF 1'950.00
<u>Bearbeitungsaufwand</u>	<u>25%</u>		<u>CHF 608.00</u>
<u>Total Nachbesserung Schurre:</u>			<u>CHF 3'040.00</u>

Die Beklagte unterlässt jedoch Ausführungen zur ursprünglichen Kostengrundlage. Ebenso wenig begründet sie, wie sie zu den von ihr verwendeten Preisen gelangt. Um zu prüfen bzw. Beweis darüber zu führen, ob die von der Beklagten angenommenen Preise der ursprünglichen Kostengrundlage der Pauschalpreisvereinbarung entsprachen, müsste von der Beklagten behauptet worden sein, wie bzw. in welchem Umfang die einzelnen Kostenansätze denn im Pauschalpreis überhaupt enthalten gewesen seien. Wie oben gezeigt unterliess sie dies vollständig, obwohl sich die Substanziierungshinweise vom 5. Oktober 2009 an beide Parteien richteten (Prot. S. 7 f.). Folglich fehlen genügend konkrete Behauptungen bezüglich der ursprünglichen Kostengrundlage, weshalb es dem Gericht nicht möglich ist, den Mehrpreis festzulegen. Zusammenfassend konnte die Beklagte nicht nachweisen bzw. behaupten, dass ihre Nachtragspreise nicht übersetzt sind, weshalb ihr bezüglich der Beträge "Hilfskonstruktion" und "Nachbesserung Schurre" je nur die anerkannten 50%, d.h. CHF 1'680.-- sowie CHF 1'520.-- der gesamten Beträge von CHF 3'350.-- und CHF 3'040.-- zustehen.

3.2.3.4. Weiter bestreitet die Klägerin – wie vorstehend ausgeführt –, die Mehrkosten von CHF 2'030.-- für Richtarbeiten aufgrund der Bodenqualität im Tunnel vollumfänglich (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.2.3.1; act. 26 S. 48). Die Klägerin wendet nichts gegen die Höhe der geltend gemachten Kosten ein, sondern bestreitet vielmehr deren Berechtigung. Umstritten ist somit bereits, ob überhaupt eine Beststellungsänderung vorlag. Dafür ist die Beklagte behauptungs- und beweispflichtig (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.2.2.3). Allerdings unterlässt die Beklagte jegliche Behauptungen, dass diese Richtarbeiten auf einer Beststellungsänderung beruhen. Sie erklärt lediglich einleitend zu den Mehrkosten, dass diese (insge-

samt) nur wegen schuldhaftem Verhalten der Klägerin (Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118) oder aufgrund einer nachträglichen Beststellungsänderung (Art. 84 ff. SIA-Norm 118) zu ersetzen seien (act. 12 Rz. 142). Der sehr allgemein gehaltene Hinweis auf Beststellungsänderungen als Grundlage für den Ersatz von Mehrkosten reicht nicht aus. Denn wie in der Verfügung vom 5. Oktober 2009 festgehalten wurde, sind Behauptungen im Hauptverfahren bestimmt und vollständig aufzustellen (§ 113 ZPO) (Prot. S. 7 f.). Insbesondere sind Behauptungen so konkret aufzustellen, dass sie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgebefbeschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 ff. zu § 113 ZPO/ZH; ZR 102 (2003) Nr. 15). Da die Beklagte jeglichen konkreten Hinweis auf eine Beststellungsänderung hinsichtlich dieser Richtarbeiten unterlässt, beispielsweise wer wann welche Arbeiten wem in Auftrag gegeben haben soll, ist es nicht möglich, einen Beweissatz bezüglich einer allfälligen Beststellungsänderung aufzustellen. Folglich kann der Anspruch auf Ersatz dieser Mehrkosten im Betrag von CHF 2'030.00 mangels Substanziierung der Beststellungsänderung nicht gutgeheissen werden.

3.2.3.5. Doch ist zu prüfen, ob die Beklagte Anspruch auf Ersatz ihrer Mehrkosten aufgrund der *Ausnahmebestimmung* von Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 oder Art. 59 SIA-Norm 118 hat.

Nach Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 hat der Unternehmer bei *"Verschulden des Bauherrn Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, [...] Als Verschulden sind dem Bauherrn insbesondere mangelhafte Angaben in den Ausschreibungsunterlagen über den Baugrund (Art. 5) anzurechnen, vorausgesetzt, dass der Bauherr durch eine Bauleitung vertreten oder selbst sachverständig oder durch einen beigezogenen Sachverständigen beraten war"*. Die Beklagte macht im Zusammenhang mit den Richtarbeiten geltend, dass der Betonboden sehr uneben gewesen sei. Jedoch fehlen jegliche Behauptungen dazu, ob der Bauherr respektive die Klägerin sachverständig war bzw. sachverständig vertreten war, weshalb diesen

mangels Substanziierung dieser Umstände kein Verschulden im Sinne von Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 vorgeworfen werden kann. Ebenso fehlen Angaben bzw. Behauptungen dazu, dass in den Ausschreibungsunterlagen diese Unebenheiten nicht enthalten seien. Wie gerade vorstehend ausgeführt wurde, sind genügend konkrete Behauptungen aufzustellen, damit ein Beweissatz gebildet werden kann. Da keine konkreten Behauptungen zum Umstand der mangelhaften Angaben in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellt wurden, erübrigt sich ein diesbezügliches Beweisverfahren. Folglich können die Mehrkosten im Umfang von CHF 2'030.-- nicht aufgrund von Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm von der Klägerin verlangt werden.

Sodann ist zu prüfen, ob die Beklagte aufgrund der Ausnahmebestimmung in Art. 59 SIA-Norm 118 Anspruch auf die geltend gemachten Mehrkosten hat. Nach Art. 59 Abs. 1 SIA-Norm 118 hat der *"Unternehmer Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, falls ausserordentliche Umstände, welche nicht vorausgesehen werden konnten oder welche nach den von beiden Vertragspartnern angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren. Solche Umstände könnten z.B. sein: Wassereinbrüche, Erdbeben, Sturm, Gasaustritte, hohe unterirdische Temperatur, Radioaktivität, einschneidende behördliche Massnahmen, Störung des Arbeitsfriedens"*. Somit ist entscheidend, ob der von der Beklagten als sehr uneben bezeichneter Betonboden als solch ausserordentlicher Umstand zu gelten hat. Dies ist zu verneinen, da unebener Betonboden in seiner Tragweite nicht mit den in Abs. 1 Satz 2 von Art. 59 SIA-Norm 118 aufgezählten Umständen zu vergleichen ist. Hinzu kommt, dass diese ausserordentlichen Umstände die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren müssten. Das Missverhältnis muss so gross (krass, auffällig, übermässig) sein, dass es für den Unternehmer unzumutbar ist, das Werk zu der vertraglichen Vergütung auszuführen (GAUCH, in: SIA-Komm., Anm. 5c zu Art. 59 SIA-Norm 118). Diese Voraussetzung fehlt klar, da die Mehrkosten von CHF 2'030.-- im Verhältnis zu dem in der Auftragsbestätigung vom 25. März 2003 festgehaltenen Preis für das Band F3 von CHF 181'480.-- (act. 4/5 S. 2) nicht als erheblich oder übermässig bezeichnet werden können. Wie bereits erwähnt gilt bei einer Pauschalpreisabrede grundsätzlich, dass Mehrkosten den Unternehmer

nicht von der eingegangenen Preisbindung befreien, wenn sie bewirken, dass er ohne Gewinn, gegebenenfalls sogar mit Verlust, arbeiten muss (GAUCH, a.a.O., Rz. 903). Dementsprechend besteht kein offensichtliches Missverhältnis zwischen CHF 2'030.-- und CHF 181'480.--, da dies lediglich ein Prozent Kostenüberschreitung darstellt. Zusammenfassend würde der von der Beklagten geltend gemachte Umstand selbst beim Gelingen des Beweises, dass die Beschaffenheit des Betonbodens nicht bereits bei der Besichtigung vor Ort erkennbar war, nicht ausreichen für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung, weshalb sich ein diesbezügliches Beweisverfahren erübrigt.

3.2.4. Zwischenfazit Band F3

Zusammenfassend sind die Mehrkosten für die Linienführung von CHF 9'375.--, CHF 6'090.-- sowie CHF 3'550.-- mangels genügend konkret behaupteter Bestelungsänderung nicht geschuldet. Betreffend die Mehrkosten "Montageverzögerungen, -behinderungen und -änderungen" anerkennt die Klägerin CHF 1'570.--. Bezüglich die Beträge "Hilfskonstruktion" und "Nachbesserung Schurre" stehen der Beklagten lediglich die anerkannten 50%, d.h. CHF 1'680.-- sowie CHF 1'520.-- der gesamten Beträge von CHF 3'350.-- und CHF 3'040.-- zu, weil keine Behauptungen zur ursprünglichen Kostengrundlage aufgestellt wurden. Schliesslich sind die Mehrkosten von CHF 2'030.-- für Richtarbeiten nicht genügend konkret behauptet, weshalb sie abzuweisen sind.

Die anerkannten Kosten von CHF 24'375.-- und CHF 1'570.-- sowie die anerkannten Beträge CHF 1'680.-- und CHF 1'520.-- für die Linienführung F3 werden von der Klägerin als durch Verrechnung getilgt betrachtet. Ob die Klägerin diese Verrechnung zu Recht erklärt, ist nachstehend noch zu prüfen (vgl. nachstehend Ziff. IV./C.).

3.3. Förderband F4

3.3.1. Linienführung

3.3.1.1. Die Beklagte macht geltend, dass die Ausschreibung zwei gerade Förderbänder F4A und F4B vorgesehen habe, diese seien im Angebot der

Beklagten durch eine Kurve ca. in der Mitte von F4 ersetzt worden. Gerade Bänder hätten sich allerdings aufgrund der nachträglich erhaltenen Geländezeichnungen nicht als möglich erwiesen. Bei der Kontrolle der Linienführung vor Ort hätte sich sodann ein wesentlich anderer Verlauf der Felskanten als auf den Geländezeichnungen gezeigt. Die neuen Geländeaufnahmen hätten eine neue Linienführung mit insgesamt wesentlich mehr Brücken erfordert. Ferner sei auf Wunsch der Klägerin die Linienführung nochmals um drei Meter vom Fels weggeschoben worden, was mehr und vor allem längere Brücken notwendig gemacht habe. Auf Wunsch der Klägerin seien sodann die Übergabe von Band F3 auf F4 näher zum Berg, ebenso das Band F6 und damit auch die Übergabe F4 geschoben worden. Anstelle von 665 m geraden Bändern mit einer Kurve habe die Beklagte 245 m gerade Bänder erstellt und der Rest sei auf eine Kurve mit Radius 1500 m (Länge 64m) und fünf Kurven mit Radius 350 m verteilt worden. Anstelle von 85 m Band auf Brücken gemäss Angebot (und damals vorliegenden Geländezeichnungen) habe die Beklagte 172.40 m auf Brücken erstellt. Schliesslich seien die vertikalen Stützen F4-14 und F4-15 und die zugehörigen 12m-Brücken wegen der Fundamente durch Kragträger F4-14 und längere Brücken ersetzt worden. Entsprechend macht die Beklagte betreffend Förderband F4 folgende Mehrkosten geltend (act. 12 Rz. 153 f.; act. 22 Rz. 176 ff., 188):

- Konstruktionsaufwand Linienführung	CHF	19'940
- 87,40 m zusätzliche Brücken	CHF	71'670
- 24 m zusätzliche Stützen	CHF	19'050
- Lange Brückenelemente zwischen F4-13 und F4-16	CHF	5'960
- Konsole F4-14 anstelle zwei normaler Stützen	CHF	12'330
- Kranarbeiten für Konsole (K. _____)	CHF	3'950
<u>- Richtarbeiten wegen zusätzlicher Kurven</u>	<u>CHF</u>	<u>12'040</u>
Total	CHF	151'350

In der Widerklagereplik stellt sich die Beklagte zusammenfassend auf den Standpunkt, dass es sich nicht um kleine Abweichungen gegenüber den Offertplänen handle, sondern um signifikante Planänderungen auf Wunsch der Klägerin. Sie bestreitet, dass die definitive Linienführung ohne Kostenrelevanz vorbehalten worden sei (act. 22 Rz. 166).

3.3.1.2. Die Klägerin bestreitet auch diese Mehrkosten betreffend Linienführung damit, dass nach Massgabe des Vertrages kleine Abweichungen ge-

genüber den Offertplänen sowie auch Kurven mit zulässigen Radien im Pauschalpreis inbegriffen seien. Die definitive Linienführung, welche von der Beklagten festgelegt und von ihr genehmigt worden sei, sei ausdrücklich und ohne Kostenrelevanz vorbehalten worden (act. 17 S. 29). Sie ergänzt, dass sie bezüglich der Linienführung des Förderbandes F4 eine Unternehmervariante der Beklagten mit einem Kurvenband akzeptiert habe, wobei die Beklagte selber den Lieferumfang festlegt und insbesondere die Gesamtleistung innerhalb des Pauschalpreises übernommen habe. Die Beklagte habe vor Ausführung der Variante keine Mehrkosten wegen geänderter Voraussetzungen geltend gemacht und habe auch die diesbezüglichen Ausführungspläne nicht von ihr genehmigen lassen. Zudem würden Änderungen in Form von Kurven mit zulässigem Radius zu keinerlei Mehrkosten gegenüber dem Pauschalpreis berechtigen (Art. 5 des Werkvertrages in act. 4/6) (act. 26 S. 49).

Die Hauptbegründung der Beklagten für die angeblichen Mehrkosten beim Band F4, wonach die Stützenabstände bei den Brücken 16 m statt nur 12 m betragen hätten, sei im Übrigen unzutreffend, was sich schon daraus ergebe, dass gemäss dem Vertrag diese Stützenabstände sogar 20 m betragen hätten (act. 4/5 S. 10 Ziff. 04.02; act. 26 S. 49 f.). Abschliessend hält die Klägerin fest, dass keinerlei Bestellungsänderungen bezüglich Nichtübereinstimmung der Massaufnahmen und Grundlagenpläne mit dem effektiv ausgeführten Projekt erfolgt seien. Zudem habe die Beklagten nie eine Mitteilung an die Klägerin betreffend die nunmehr behaupteten Mehrkosten gerichtet (act. 26 S. 52).

3.3.1.3. Vorab ist festzuhalten, dass die Klägerin diese Mehrkosten nicht in ihrer Höhe bestreitet, sondern ihre Berechtigung an sich. Folglich erübrigen sich Ausführungen zur Höhe der einzelnen Kostenpunkte. In der Folge ist zu prüfen, ob die Beklagte Anspruch auf die von ihr geltend gemachten Mehrforderungen bezüglich Band F4 aufgrund von Bestellungsänderungen hat.

Wie bereits bei Band F3 ausgeführt, haben die Parteien einen Pauschalpreis vereinbart (vgl. vorstehend Ziff. I./2.). Die Behauptungs- und Beweislast für die Bestellungsänderungen obliegt – wie bereits gesehen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.2.2.3) – der Beklagten.

Die Beklagte führt allerdings auch für das Band F4 lediglich aus, dass die Linienführung auf Wunsch der Klägerin angepasst worden sei (vgl. eben vorstehend Ziff. IV./C.3.3.1.1). Sie unterlässt – wie beim Band F3 – jegliche konkreten Ausführungen dazu, wann die Klägerin was anders konstruiert haben wollte. Beispielsweise bringt die Beklagte nicht vor, wann sie die fraglichen Geländezeichnungen tatsächlich erhalten habe. Ebenso fehlen Ausführungen dazu, aufgrund welchen konkreten Verhaltens oder welcher Äusserungen sie von einer stillschweigenden Beststellungsänderung ausgehen können. Schliesslich unterliess die Beklagte auch jegliche Ausführungen dazu, ob die Parteien sich über den Mehr- oder Minderpreis geeinigt hatten.

Auch der beklagte Hinweis, dass sich aufgrund später im Bauablauf gelieferter Unterlagen oder eigener Kontrollen vor Ort in der Folge ein wesentlich anderer Verlauf und wesentliche Änderungen mit Mehraufwand ergeben haben sollen, genügt nicht. Wenn dem so gewesen wäre, würde sich die Frage der Abmahnung gegenüber der Bestellerin stellen. Denn der Beklagten wäre es in diesem Fall gemäss Art. 25 SIA-Norm 118 oblegen, insbesondere, weil sie bereits pauschal offeriert hatte, die Klägerin darauf aufmerksam zu machen, dass mit der dem Pauschalpreis zugrundeliegenden Linienführung eine Ausführung technisch aufgrund des Geländes gar nicht gehe bzw. mit erheblichen Mehrkosten gerechnet werden müsste. Dies unterliess aber die Beklagte. So hat denn die Klägerin in der Widerklageduplik auch eingewendet, dass die Beklagte keine Mehrkosten vor Ausführung der Variante wegen geänderter Voraussetzungen angemeldet habe (act. 26 S. 49), was von der Beklagten unbestritten blieb (act. 31 Rz. 86 f.). Da die Beklagte weder vorbringt, dass sie die Klägerin abgemahnt habe in dem Sinne, dass die ursprüngliche Variante gar nicht realisierbar sei, noch darlegt, sie habe die Klägerin darauf aufmerksam gemacht, dass eine angepasste Ausführung der Linienführung mit massiven Mehrkosten zusammenhängen würde, reichen ihre Behauptungen nicht aus, um überhaupt über das Vorliegen einer als solcher auch nicht substantiierten Beststellungsänderung bzw. der damit verbundenen Mehrkosten ein Beweisverfahren durchzuführen. Dementsprechend ist der Anspruch der Beklagten auf Mehrkosten im Umfang von CHF 151'350.-- nicht ausgewiesen.

Allerdings ist noch zu prüfen, ob die Beklagte ihren Anspruch auf Ersatz ihrer Mehrkosten auf eine der Ausnahmebestimmungen von Art. 58 Abs. 2 oder von Art. 59 SIA-Norm 118 stützen kann (vgl. vorstehende Ausführungen dazu, Ziff. IV./C.3.2.3.5). Diesbezüglich wäre ein Beweisverfahren bezüglich den ursprünglichen Geländezeichnungen der Ausschreibung und den tatsächlichen Gegebenheiten bzw. den nachträglich erhaltenen Geländezeichnungen notwendig. Es müsste festgestellt werden, ob die Ausschreibungsunterlagen tatsächlich mangelhaft waren. Dies erübrigt sich jedoch, da die Beklagte es unterlässt, zu behaupten, dass diese Ausschreibungsunterlagen von einer sachverständigen Person erstellt wurden. Nur diesfalls muss sich der Bauherr, sprich die Klägerin, die mangelhaften Angaben anrechnen lassen. Da keine dahingehenden Behauptungen aufgestellt wurden, besteht kein Anspruch auf Vergütung der Mehrkosten gestützt auf Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118.

Überdies ist zu prüfen, ob die Beklagte aufgrund der Ausnahmebestimmung Art. 59 SIA-Norm 118 Anspruch auf die geltend gemachten Mehrkosten hat. Somit ist entscheidend, ob der von der Beklagten geltend gemachte wesentlich andere Verlauf der Felskante als ausserordentlicher Umstand gilt oder nicht. Dies kann allerdings offen gelassen werden, da die Klägerin einwendet, dass die Beklagte keine Mehrkosten vor Ausführung der Variante wegen geänderter Voraussetzung angemeldet habe (act. 26 S. 49). Diese Behauptung wird von der Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 31 Rz. 86 f.). Nach Abs. 3 von Art. 59 SIA-Norm 118 besteht eine *Anzeigepflicht* des Unternehmers im Sinne von Art. 25 SIA-Norm 118. Danach ist der Unternehmer, der seine Rechte aus Art. 59 SIA-Norm 118 wahren will, im Sinne einer Obliegenheit verpflichtet, die ausserordentlichen Umstände und seine Absicht, sich auf Art. 59 SIA-Norm 118 berufen zu wollen, dem Bauherrn anzuzeigen. Falls der Unternehmer trotz Kenntnis der "ausserordentlichen" Umstände vorbehaltlos mit der Werkausführung weitergefahren ist, so widerspricht es Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), wenn er sich im Nachhinein gleichwohl auf Art. 59 SIA-Norm 118 beruft. Die Beklagte beruft sich zwar nicht explizit auf Art. 59 SIA-Norm 118, doch macht sie Mehrkosten geltend. Diese können ihr aber nicht gestützt auf Art. 59 SIA-Norm 118 zugesprochen werden, da sie nicht behauptet, die Klägerin vor Ausführung der angepassten Li-

nienführung darauf und die damit zusammenhängenden Mehrkosten aufmerksam gemacht zu haben. Folglich ist auch gestützt auf diese rechtliche Grundlage kein Ersatz der Mehrkosten im Betrag von CHF 151'350.00 möglich.

3.3.2. Montageverzögerungen, -behinderungen und -änderungen

3.3.2.1. Schliesslich macht die Beklagte auch bei Band F4 unter dem Titel "Montageverzögerungen, -behinderungen und -änderungen" folgende Mehrkosten geltend: Wegen der Erosion habe entlang der Linienführung unterhalb der Brücke in der Bandmitte die Bandkonstruktion vor Inbetriebnahme zweimal nachgerichtet werden müssen. Die Erosion sei durch den unkontrollierten Abfluss von Oberflächenwasser verursacht worden. Es hätten jeweils die Stützenfüsse verlängert und der Gurt nachgerichtet werden müssen. Mit einer herkömmlichen Bandkonstruktion wären diese Arbeiten wesentlich aufwendiger gewesen. Dies habe zu Mehrkosten von CHF 3'170.-- geführt. Ferner sei eine Überdrehzahlsicherung mit Eigenüberwachung einzubauen gewesen, welche CHF 3'240.-- gekostet habe (act. 12 Rz. 155 f.; act. 22 Rz. 183 ff.).

3.3.2.2. Die Klägerin bestreitet auch diese Mehrkosten. Sie macht geltend, dass es unter den Abstützungen des Bandes keine Erosion gegeben habe, weshalb die Mehrkosten von CHF 3'170.-- wegen Nachrichtens vollumfänglich abgewiesen würden. Zudem sei das Nachrichten eine ganz normale Einstellungsarbeit im Rahmen der Inbetriebnahme, um das Band korrekt über die Stationen zu führen (act. 17 S. 29; act. 26 S. 50). Schliesslich bestreitet die Klägerin auch die Mehrkostenforderung von CHF 3'240.-- wegen Einbau einer "Überdrehzahlsicherung", da es sich dabei offenbar um einen für die Betriebssicherheit unerlässlichen Anlageteil handle, welcher somit in den Pauschalpreis einzurechnen gewesen sei (act. 26 S. 50).

3.3.2.3. Bezüglich der Mehrkosten von CHF 3'170.-- wegen Nachrichtens der Bandkonstruktion ist wiederum festzuhalten, dass die Beklagte nicht behauptet, dass dies aufgrund einer Beststellungsänderung erfolgte. Folglich kann diesbezüglich auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. vorstehende Ziff. IV./C.3.2.3.4). Diese Mehrkosten können auch nicht gestützt auf

Art. 58 Abs. 2 SIA-Norm 118 geltend gemacht werden, da auch hier jegliche Behauptungen fehlen, dass die Ausschreibungsunterlagen von einer sachverständigen Person erstellt worden seien (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.2.3.5). Ebenso wenig können die Kosten gemäss Art. 59 SIA-Norm 118 geltend gemacht werden, da wie vorstehend ausgeführt wurde, die Beklagte die Klägerin über diese allenfalls ausserordentlichen Umstände nicht informiert hatte und sie daher nicht ihrer Obliegenheit nach Abs. 3 von Art. 59 SIA-Norm 118 nachgekommen ist.

Hinsichtlich der Kosten für den Einbau der Überdrehzahlsicherung ist Folgendes festzuhalten: Die Beklagte erklärte, dass die Überdrehzahlsicherung zum Lieferumfang der D._____ gehört habe (act. 31 Rz. 88). Doch gemäss Auftragsbestätigung vom 25. März 2005 Seite 10 (act. 4/5) enthält die Leistungsbeschreibung unter dem Titel Zubehör einen Drehzahlwächter. Das von der Beklagten als "Überdrehzahlsicherung" bezeichnete Gerät wird in den von ihr ins Recht gereichten Rechnungen als "Drehzahlwächter" bezeichnet (vgl. act. 23/25 und /26). Dementsprechend ist davon auszugehen, dass es sich bei der "Überdrehzahlsicherung" um einen "Drehzahlwächter" handelt und dementsprechend vom Pauschalpreis erfasst ist, weshalb diese Mehrkostenforderung im Betrag von CHF 3'240.-- abzuweisen ist.

3.3.3. Zwischenfazit Förderband F4

Gemäss vorstehenden Ausführungen sind die Mehrkosten (CHF 151'350.--) für die Linienführung unter keinem Titel genügend konkret behauptet bzw. ausgewiesen. Ebenso wenig sind die Mehrkosten für die Bandkonstruktion (CHF 3'170.--) sowie für die Überdrehzahlsicherung (CHF 3'240.--) ausgewiesen.

3.4. Zwischenfazit Widerklage

Zusammenfassend sind von der Widerklage die anerkannten letzten Rate von CHF 107'000.--, der anerkannte Kostenanteil von CHF 15'000.-- sowie die weiteren anerkannten Kosten von CHF 24'375.-- und CHF 1'570.-- und schliesslich die anerkannten Beträge CHF 1'680.-- und CHF 1'520.-- für die Linienführung F3 ausgewiesen, wofür die Klägerin allerdings die Verrechnung erklärt. Ob die Kläge-

rin diese Verrechnung zu Recht erklärt, ist nachstehend noch zu prüfen (vgl. nachstehend Ziff. IV./C.).

4. Gegenforderungen der Klägerin

4.1. Die Klägerin macht nachfolgend zu prüfende Gegenforderungen geltend. Sie erklärt, sie seien Bestandteil ihrer Schlussabrechnung vom 21. März 2005 und würden, zusammen mit den anerkannten Mehrbeträgen, den Saldo von CHF 7'627.90, welcher Eingang in die Folgeabrechnung vom 23. Juni 2005 (vgl. act. 4/12) gefunden habe, begründen (act. 17 S. 29 f.; act. 26 S. 32, 51). Zudem macht sie vorsorglich Verrechnung, für den Fall, dass wider Erwarten Widerklageforderungen bestehen sollten, mit ihren Forderungen aus Nichterfüllung des Vertrages betreffend Lieferung der Bandanlage nach Massgabe der vorstehenden Ausführungen, geltend (act. 17 S. 30; act. 26 S. 54).

Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin geltend gemachten Gegenforderungen (act. 22 Rz. 191 ff.).

4.2. Minderleistung infolge Wegfalles des Bandes F5

Die Klägerin macht infolge Wegfalles des Bandes F5 gemäss Offerte vom 25. März 2003 Minderleistungen im Betrag von CHF 43'680.00 geltend (act. 17 S. 29; act. 26 S. 51, 53).

Die Beklagte erwidert, das Band F5 sei aus sicherheitstechnischen Gründen und im Einverständnis der Klägerin durch eine komplexe Schurrenkonstruktion ohne Minderkosten ersetzt worden (act. 22 Rz. 129, 192).

Wie bereits vorstehend ausgeführt, kann ein Minderaufwand, der auf einer Bestelungsänderung beruht, auch dem Pauschalpreis-Besteller einen Anspruch auf Mindervergütung geben (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.2.3.3 und Art. 89 SIA-Norm 118). Ausschlaggebend ist demnach, ob die nicht erbrachten Leistungen, d.h. der Wegfall des Bandes F5, auf eine Bestelungsänderung zurückzuführen sind. Die Beweislast für die Bestelungsänderung und den daraus entstandenen

Minderaufwand liegt beim Besteller, welcher den Anspruch geltend macht (Art. 8 ZGB). Unbestritten ist, dass das Band F5 zum ursprünglichen Leistungsumfang gehörte und dass an dessen Stelle die Schurre erstellt wurde. Somit anerkennt die Beklagte grundsätzlich, dass eine Beststellungsänderung erfolgte. Umstritten ist einzig, ob der Ersatz des Bandes F5 durch die komplexe Schurrenkonstruktion ohne oder mit Minderkosten vereinbart war. Wie bei den Mehrkosten bei Band F3 ist der Nachtragspreis ("Mehr- oder Minderpreis") "auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage" festzusetzen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.2.3.3). Vorliegend behauptet die Klägerin, welche für die Minderkosten behauptungs- und beweisbelastet ist, nicht, was die ursprüngliche Kostengrundlage ist. Sie bringt einzig vor, dass durch den Wegfall des Bandes F5 Minderkosten von CHF 43'680.-- entstanden seien. Dieser Betrag entspricht genau den vertraglich pauschalierten Kosten für das Band F5 (act. 4/5 Ziff. 04.03). Dabei lässt die Klägerin offensichtlich ausser Acht, dass die Beklagte statt des Bandes F5 eine komplexe Schurrenkonstruktion erstellte (act. 22 Rz. 192). Dies wurde seitens Klägerin zumindest nicht bestritten (act. 26 S. 53 f.). Bereits aus diesem Umstand reichen die Behauptungen der Klägerin nicht zur Begründung, weshalb Minderkosten im vollen vereinbarten Pauschalbetrag entstanden sein sollen. Zusammenfassend fehlen genügend konkrete Behauptungen bezüglich der ursprünglichen Kostengrundlage sowie der vereinbarten Nachtragspreise für die Schurrenkonstruktion, weshalb es dem Gericht nicht möglich ist den Minderpreis festzulegen. Ausserdem kommt hinzu, dass die Klägerin auch nicht geltend macht, dass überhaupt ein Minderpreis vereinbart wurde (act. 17 S. 29; act. 26 S. 32, 51, 53). Somit ist die Gegenforderung der Klägerin im Betrag von CHF 43'680.-- nicht ausgewiesen.

4.3. Minderlänge des Bandes F6

Die Klägerin macht weitere Minderkosten im Umfang von CHF 17'037.10 geltend, da das Band F6 12.22 Meter weniger lang erstellt worden sei (act. 17 S. 29). Die Klägerin bestreitet, dass sie die Minderlänge des Bandes 6 erst verlangt habe, als das Band bereits in der ursprünglichen Länge in Produktion gewesen sei. Die Länge des Bandes habe gemäss Offerte 50 Meter betragen, während effektiv ein Band mit einer Länge von 37,78 Meter ausgeführt worden sei, sodass die Minder-

länge 12.22 Meter betragen habe. Bei einem Preis von CHF 1'394.20 pro Meter entspreche die Minderlänge somit einem Minderpreis von CHF 17'037.10 (act. 26 S. 53).

Die Beklagte bestreitet, dass es betreffend das Band F6 Minderkosten im Betrag von CHF 17'037.10 gegeben habe, denn die Produktion des ursprünglich vorgesehenen Bandes sei bereits in Gange gewesen, als ihr die Minderlänge mitgeteilt worden sei. Vielmehr seien ihr Mehrkosten durch zusätzlichen Produktionsaufwand entstanden (act. 22 Rz. 193).

Vorliegend ist die Beststellungsänderung betreffend die Minderlänge des Bandes F6 nicht umstritten. Umstritten ist hingegen, ob die von der Klägerin geltend gemachten Minderkosten überhaupt eingetreten bzw. ob sie vom Pauschalpreis abzuziehen sind. Wie bei Mehrkosten berechtigt auch bei Minderkosten lediglich eine wesentliche Verminderung des Aufwandes zu einer Reduktion des Pauschalpreises (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.2.2.3). Vorliegend verlangt die Klägerin eine Reduktion des Pauschalpreises von CHF 1'070'000 um CHF 17'037.10, was ca. 1,5% ausmacht. Somit kann aus quantitativer Sicht nicht von einer wesentlichen Reduktion ausgegangen werden. Hinzu kommt, dass die Klägerin auch gar nicht behauptet, dass sie von der Beklagten eine Minderung des Pauschalpreises verlangt habe. Zusammenfassend steht der Klägerin keine Gegenforderung im Umfang von CHF 17'037.10 zu.

4.4. Konventionalstrafe

Die Klägerin verlangt für die Verspätung von vier Wochen 8% des Pauschalpreises (act. 17 S. 30). Sie macht geltend, dass nach Ziffer 9 des Vertrages (act. 4/6) die Inbetriebnahme der Anlage am 15. März 2004 hätte stattfinden sollen. Der Termin sei im Dezember 2003 auf den 7. Mai 2004 und gemäss Schreiben der Beklagten vom 2. Juni 2004 auf den 14. Juni 2004 verschoben worden. Die effektive volle Inbetriebnahme der Anlage sei aber lediglich ab dem 16. Juli 2004 möglich gewesen, also mit einer Verspätung von vier Wochen. Da die für Terminüberschreitungen vereinbarte Konventionalstrafe 2% des Pauschalpreises pro Arbeitswoche betrage (act. 4/5 Ziff. 01.06), ergebe sich eine Konventionalstrafe von

Abs. 2 OR, wonach der Gläubiger die Strafleistung nicht fordern kann, wenn die Erfüllung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist. Die Beweislast für die Verantwortung des Schuldners trägt analog Art. 97 Abs. 1 OR nicht der Gläubiger. Vielmehr ist es Sache des Schuldners, nachzuweisen, dass ihn keine Verantwortung an der Nicht- oder Schlechterfüllung trifft (FELIX R. EHRAT, in: BSK OR I, N 14 zu Art. 160 OR; PETER BENTELE, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, 1996, S. 78 f., 80; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 527, Fn. 22).

Den vorstehenden Erwägungen entsprechend, obliegt der Beklagten die Behauptungs- und Beweislast, dass sie keine Verantwortung an der Verspätung trägt. Die Beklagte bringt diesbezüglich vor, dass die Verspätung auf die von der Klägerin gewünschten und entsprechend geänderten Linienführung zurückgehe, was allerdings von der Klägerin bestritten wird. Hinzu kommt, dass die Klägerin vorbringt, die Tests seien an der fertigen Anlage bereits ab dem 1. Juni 2004 erfolgt, sodass die Verzögerung des Inbetriebnahmetermins vom 14. Juni bis 16. Juli 2004 nicht auf Linienführungsänderungen zurückgehen könne (act. 26 S. 53 f.). Dies wird von der Beklagten nur "pauschal" mit dem Verweis auf die Ausführungen der Duplik bestritten (act. 31 Rz. 90 in Verbindung mit act. 22 Rz. 166 ff.). Dort wiederum bestreitet die Beklagte ihr Verschulden bezüglich der Verspätung damit, dass diese auf die von der Klägerin gewünschte Linienführung zurückzuführen sei. Aufgrund der Behauptungs- und Beweislastverteilung kann sich die Beklagte nicht einzig auf den Standpunkt stellen, dass die Verspätung durch die Klägerin verursacht worden sei, insbesondere wenn dies von der Klägerin bestritten wird. Zudem wurde vorstehend aufgezeigt, dass es der Beklagten misslang, genügend konkrete Behauptungen aufzustellen, wonach die Änderung der Linienführung auf eine Beststellungsänderung der Klägerin zurückgehe (vgl. vorstehend betreffend F3 und F4 Ziff IV./C.3.2.2.3 und IV./C.3.3.1.3). Folglich kann die Beklagte sich auch hier nicht darauf stützen, dass die Linienführungsänderungen auf die Klägerin zurückgehen. Deshalb hat die Beklagte dafür einzustehen. Überdies unterlässt es die Beklagte, andere Behauptungen aufzustellen, weshalb sie nicht für die Verspätung verantwortlich sein sollte. Aufgrund dessen hat die Beklagte keine ausrei-

chend konkreten Behauptungen zu ihrem fehlenden Verschulden aufgestellt. Folglich macht die Klägerin zu Recht den Verfall der Konventionalstrafe geltend.

Jedoch sind nicht die 8% des Pauschalpreises geschuldet, weil eine Karenzzeit von einer Woche vertraglich vereinbart wurde (vgl. Ziff. 01.06 Abs 4 von act. 4/5). Da die Beklagte eine vierwöchige Verspätung zu vertreten hat, ist dementsprechend eine Konventionalstrafe von 6%, d.h. von CHF 64'200.-- geschuldet, welche von der Klägerin aber nur verrechnungsweise gegenüber allfälligen Widerklageforderungen geltend gemacht wurde. Nun aber macht die Klägerin – wie dargelegt – lediglich die Hälfte der Konventionalstrafe, allerdings von 8%, also CHF 42'800.--, geltend. Davon, und nicht von den der Klägerin eigentlich zustehenden CHF 64'200.--, ist auszugehen.

4.5. Lärmschutzmassnahme

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte zwecks Einsparung des Bandes 5 eine unter akustischen Gesichtspunkten zu hohe Schurre montiert habe, weshalb das in die Schurre herabfallende Gesteinsmaterial einen übermässig starken Lärm verursache, was sie zu Lärmschutzmassnahmen gezwungen habe, welche von der Beklagten weder vorgesehen noch ausgeführt worden seien (act. 26 S. 39, 54). Überdies sei die Schurre F4/ F6 einem enormen Verschleiss ausgesetzt, weshalb sie häufig instand gestellt werden müsse. Die Behebung der Mängel habe zu Kosten von CHF 40'000.-- geführt (act. 26 S. 54; act. 13/8).

Die Beklagte bestreitet, dass die Anlage Lärm verursache, der Lärm sei durch das geförderte Material entstanden, weshalb sie der Klägerin keine Vergütung/Preisminderung von CHF 40'000.-- schulde. Eine Lärmschutzwand sei vertraglich nicht vereinbart gewesen (act. 22 Rz. 147, 195).

Grundsätzlich macht die Klägerin die *Mangelhaftigkeit* der Schurre geltend. Die Klägerin legt jedoch nicht dar, wann der Lärm bzw. der enorme Verschleiss erstmals aufgetreten sei. Ebenso wenig legt sie dar, dass sie den einen oder andern Mangel der Beklagten gegenüber gerügt habe. Wie unter Ziff. IV./A.3.5.4.1.f ausgeführt, haben die Parteien eine "Garantiezeit" von zwölf Monat bzw. 2'000

Garantiebetriebsstunden vereinbart (act. 4/5 Ziff. 01.05). Da nicht einmal behauptet wird, ob die behaupteten Mängel vor oder nach Ablauf der Garantiezeit eingetreten sind, kann auch kein entsprechender Beweissatz aufgestellt werden. Sowohl während der Garantiefrist (vgl. Art. 173 Abs. 1 SIA-Norm 118) als auch nach Ablauf der Garantiefrist (Art. 179 Abs. 2 SIA-Norm 118) setzt die Haftung des Unternehmers voraus, dass die Mängel gerügt werden. Da keine entsprechende Behauptung seitens der Klägerin aufgestellt wurde, kann sie die Mängelbehebungskosten von CHF 40'000.-- nicht geltend machen und somit auch nicht zur Verrechnung bringen.

4.6. Baggermiete und Dieselkauf

4.6.1. Schliesslich macht die Klägerin geltend, dass ihr CHF 18'240.11 aus der Splittlieferung gemäss Rechnung vom 30.9.2004 zustehen würden sowie netto CHF 6'795.90 aus Baggermiete und CHF 1'320.95 aus einem Dieserverkauf, total also CHF 26'356.96. Nach Verrechnung dieses Betrages mit dem vorerwähnten Saldo von CHF 7'627.90 zugunsten der Beklagten habe sich somit eine Forderung von CHF 18'729.05 (ohne MwSt.) bzw. von CHF 20'152.45 (mit MwSt.) zugunsten der Klägerin ergeben, die denn auch zu Recht in Ziffer 3 des klägerischen Rechtsbegehrens der Hauptklage vom 20.11.2008 geltend gemacht worden sei (act. 26 S. 52).

Die Beklagte bestreitet einerseits die Kosten für die Baggermiete. Denn dieser sei eingesetzt worden, weil die Baupiste für die Förderanlage bei weitem nicht der Ausschreibung entsprochen habe, weshalb sie zuerst geebnet werden musste. Zudem würden Arbeitsrapporte für den Regie-Einsatz des Hydraulikbaggers fehlen (act. 22 Rz. 50). Ebenfalls bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin Dieseltreibstoff bezogen habe (act. 22 Rz. 51).

Bezüglich Splittlieferung CHF 18'240.11 (zuzüglich MWST = CHF 19'626.35) wird auf die nachstehenden Ausführungen verwiesen (Ziff. IV./C.5).

4.6.2. Bezüglich der Kosten für die Baggermiete ist festzuhalten, dass die Klägerin keine vertragliche Grundlage darlegt, weshalb die Beklagte diese Kosten

tragen soll. Sie stellt auch keinerlei andere tatsächliche Behauptungen auf, weshalb die Beklagte ihr diese Kosten zu ersetzen habe. Sie macht einzig geltend, dass sie diese Kosten bereits in der Klagebeilage (act. 4/12) vom 23. Juni 2005 in Rechnung gestellt habe (act. 17 S. 28). Dagegen bringt die Beklagte vor, dass die Baupiste für die Förderanlage bei weitem nicht der Ausschreibung entsprochen habe. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es in einem ersten Schritt ausreicht, tatsächliche Vorgänge in allgemeiner Art zu behaupten. Werden diese Vorbringen alsdann von der Gegenpartei bestritten und wird damit die Schlüssigkeit der klägerischen Begründung in Frage gestellt, ist die behauptungsbelastete Partei gehalten, konkretere Behauptungen aufzustellen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind dann so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte (MARTIN SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. 2002, S. 25 ff.; ZR 102 (2003) Nr. 15). Folglich hätte die Klägerin konkretere Behauptungen aufstellen müssen, aufgrund welcher tatsächlichen Gegebenheiten die Beklagte ihr diesen Betrag schulde. Es ist bei dieser Behauptungslage nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher tatsächlichen Gegebenheiten die Klägerin von einer Schuld der Beklagten ausgeht. Folglich kann darüber auch kein Beweisverfahren durchgeführt werden. Die Forderung im Umfang von CHF 6'795.90 kann mangels Substanziierung nicht zur Verrechnung gebracht werden.

4.6.3. Hinsichtlich des Dieseltreibstoffes unterlässt es die Klägerin ebenfalls konkretere Behauptung aufzustellen, obwohl die Beklagte den Anspruch bestritt. Es kann vollumfänglich auf die eben gemachten Ausführungen hinsichtlich Baggermiete verwiesen werden. Dementsprechend kann die Klägerin auch die Kosten von CHF 1'320.95 nicht zur Verrechnung bringen.

5. Verrechnungseinreden und Hartgesteinssplitt

5.1. Unbestritten haben die Parteien in Ziffer 01.07 der Auftragsbestätigung vom 25. März 2003 (act. 4/5) Folgendes vereinbart:

"Splittlieferungen

Im Rahmen dieses Vertrages wird vereinbart, dass die Firma A. _____ SA Splittliefe-

rungen von erstklassigem Hartgesteinsplitt nach der VSS Norm für felsgebrochenes Material (Strassenbeläge) im nachfolgenden Umfang bis spätestens 31. 12. 2009 liefert. Der Preis für das Material, geladen auf Bahnwagen wird wie folgt vereinbart:

- Liefermenge minimal	25 000.00	to
- Liefermenge maximal	35 000.00	to
- Hartgesteinsplitt 16/22	19.20	CHF/to
- Hartgesteinsplitt 22/32	19.50	CHF/to"

Zusätzlich wurde in der Auftragsbestätigung vom 2./14. April 2003 vereinbart, dass die Preise gemäss KBOB, Index für Felsgebrochene Zuschlagsstoffe, Basis September 2003 geändert werde (act. 4/6 Ziff. 10).

Ebenfalls steht fest, dass die Beklagte im September 2004 935,390 Tonnen Hartgesteinsplitt 22/32 zum Preis von CHF 19'626.35 (inkl. MWST) bezogen hatte (act. 12 Rz. 61; act. 17 S. 19).

5.2. Die Klägerin stellt fest, dass die Beklagte die Lieferung vom September 2004 aber nicht bezahlt habe. Die Beklagte habe diese Forderungen mit einer bestrittenen Gegenforderung verrechnen wollen, weshalb die Schuld aus ihrer Sicht nicht erloschen sei (act. 17 S. 19; act. 26 S. 24). Weiter macht sie geltend, die Beklagte habe die Abnahmeverpflichtung verletzt, indem sie einzig am 2. Juli 2008 (nach Durchführung des Sühnverfahrens) telefonisch um Lieferung von Hartgesteinsplitt 4/8 und 8/11 (also nicht vertraglich vereinbarte Splittlieferung) verlangt habe (act. 17 S. 20). Deshalb sei die Beklagte in Verzug mit der Abnahme und der Bezahlung, weshalb kein Raum für die von ihr erhobene Widerklage bestehe (act. 17 S. 20). Die Klägerin macht ausserdem geltend, dass die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, zum Voraus die Verrechnung zu erklären, da vertraglich keine Vorleistungspflicht vereinbart gewesen sei. Sie habe indessen die Lieferung Zug um Zug gemäss Vertrag angeboten, weshalb sich die Beklagte in Abnahmeverzug befinde. Vertragswidrig sei, dass die Beklagte für zukünftige Schulden aus den Splittlieferungen zum Voraus noch vor der Lieferung die Verrechnung mit nicht existenten und von ihr bestrittenen Forderungen erkläre und damit eine Abwicklung der Splittlieferung durch vertragswidriges Verhalten verunmögliche (act. 26 S. 24, 46, 50 f.).

5.3. Die Beklagte macht bekanntlich bezüglich der ersten Splittlieferung aus dem Jahr 2004 geltend, dass sie den dafür geschuldeten Betrag von CHF 19'626.35 mit ihren der Klägerin gegenüber zustehenden Forderungen verrechnet habe und diese infolge Verrechnung erloschen sei (act. 12 Rz. 83, 125; act. 22 Rz. 48, 53). Die Beklagte macht weiter geltend, dass sie das entsprechende Klagebegehren nicht einfach anerkennen könne, da dieses auf Vorauszahlung laute. Sie habe aber das Recht, diese Schuld mit ihrer Forderung gegenüber der Klägerin zu verrechnen, da die Splittlieferung als Gegengeschäft vereinbart worden sei. Deshalb sei sie gezwungen, das Rechtsbegehren 2 widerklageweise geltend zu machen (act. 12 Rz. 127, 165; act. 22 Rz. 186).

Die Beklagte macht ausserdem geltend, dass sie mehrfach versucht habe, die vertraglich vereinbarte Splittmenge von der Klägerin zu beziehen. Diese habe die jeweiligen Lieferungen ohne Vorkasse verweigert (act. 12 Rz. 63; act. 22 Rz. 157). Die Klägerin befinde sich somit in Verzug, da sie mit der Modifikation bezüglich Vorkasse nicht einverstanden gewesen sei (act. 22 Rz. 54).

5.3.1. Vorab ist zu prüfen, ob die Beklagte den für die erste Splittlieferung am 30. September 2004 in Rechnung gestellten Betrag von CHF 19'626.35 mit ihren der Klägerin gegenüber zustehenden Forderungen verrechnen konnte (act. 12 Rz. 125; act. 22 Rz. 53, 110).

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die für das Eintreten der *Verrechnungslage* im Sinne von Art. 120 ff. OR erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Es sind dies die Existenz von Haupt- und Gegenforderung, die Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der zu verrechnenden Forderungen, die Erfüllbarkeit der Haupt- sowie die Fälligkeit und Klagbarkeit der Gegenforderung und schliesslich – als negative Voraussetzung – das Fehlen eines gesetzlichen oder vertraglichen Ausschlusses der Verrechnung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 3207 ff.). Zudem tritt nach Art. 124 Abs. 1 OR die Verrechnung nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Recht der Verrechnung Gebrauch machen wolle (Verrechnungserklärung).

Die Verrechnungserklärung ist als Willenserklärung und Gestaltungsrecht bedingungsfeindlich und hat eindeutig zu erfolgen. Die Verrechnungserklärung bedarf keiner besonderen Form, sie kann somit grundsätzlich auch durch konkludentes Verhalten erfolgen, zum Beispiel durch Zusendung einer Abrechnung, auf der die rechnerische Durchführung der Verrechnung bzw. die Bestimmung der aus der Verrechnung resultierenden Restobligation in erkennbarerer Weise vorgenommen ist oder durch Leistungsverweigerung, wenn auf eine bestehende Gegenforderung hingewiesen wird (VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar, 1991, (fortan: ZK) N 13, 63 zu Art. 124 OR; WOLFGANG PETER, in: BKS OR I, N 4 zu Art. 124 OR). Die Verrechnungserklärung muss den Willen des Verrechnenden in unzweideutiger Weise erkennen lassen. Aus der Erklärung oder aus den Umständen muss auch hervorgehen, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungsforderung ist. Die Bestimmungsbefugnis, welche Obligationen von einer Verrechnungserklärung betroffen sein sollen, steht dem Kompensanten zu, diese hat er grundsätzlich im Rahmen der Verrechnungserklärung auszuüben. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos. Die Beweislast für die Abgabe einer genügenden Verrechnungserklärung liegt bei dem, der sich auf die Verrechnung beruft (BGE 4C.25/2005, E. 4.1; AEPLI, in: ZK, N 38 ff. und 43 ff., N 54, 59 f., N 77 zu Art. 124 OR; PETER, in: BSK OR I, N 4 zu Art. 124 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., N 3370 und 3376).

Nach § 113 ZPO/ZH ist im Hauptverfahren das Streitverhältnis darzulegen und zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. In der Hauptverhandlung haben die Parteien die Tatsachen, auf welche sie ihre Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise vorzutragen. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 3 und 5 zu § 113 ZPO/ZH). Darauf wurden die Parteien auch in der Verfügung vom 5. Oktober 2009 hingewiesen (Prot. S. 7 f.). Gemäss vorstehend genannter Beweislastverteilung obliegt auch die Behauptungslast für die genügende Verrechnungserklärung betreffend die CHF 19'626.35 der Beklagten, da sie die Verrechnung erklärte.

Hinsichtlich der geltend gemachten Verrechnung im Jahr 2004 führt die Beklagte lediglich aus, dass ihr *offene Forderungen* gegen die Klägerin zustehen würden. Sie lässt weiter ausführen, dass die Schuld aus der Rechnung vom 30. September 2004 über CHF 18'240.11 netto bzw. CHF 19'626.35 inkl. MWST infolge Verrechnung erloschen sei (act. 22 Rz. 48, 110).

Die Beklagte führt somit weder aus, wann, noch in welcher Form (ausdrücklich oder konkludent) sie die Verrechnung erklärt haben will. Solche Ausführungen wären jedoch notwendig, um der Substanziierungspflicht in rechtsgenügender Weise nachzukommen. Zudem behauptet die Beklagte vor allem auch nicht, mit *welchen* ihr gegenüber der Klägerin zustehenden Forderungen sie Verrechnung erklärt haben will. Somit ist nicht klar, welche ihr zustehenden Forderungen durch die Verrechnung untergehen sollen.

In der Lehre ist umstritten, ob eine Verrechnungserklärung, die nicht darüber Auskunft gibt, welche von mehreren Hauptforderungen zu tilgen ist, gültig oder wirkungslos ist (AEPLI, in: ZK, N 61 zu Art. 124 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3254; **a.A.** BGE 58 III 24 f.; SCHWENZER, a.a.O., N 78.06; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 66 N 78 ff., welche für die analoge Anwendung von Art. 87 OR sind). Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre vertreten folgende Ansicht: Beim Fehlen von Erklärungen darüber, mit welcher der mehreren Gegenforderungen die Verrechnung stattfindet, dränge sich die analoge Anwendung des Art. 87 OR auf (BGE 58 III 21, 24 f.). Ein anderer Teil der Lehre vertritt hingegen die Ansicht, dass bei nicht ausgeübter Bestimmungsbefugnis in der Verrechnungserklärung diese wirkungslos sei. Argumentiert wird mit der Rechtssicherheit, denn eine unvollständige Verrechnungserklärung lasse den Verrechnungsgegner im unklaren über den *Umfang* der erklärten Verrechnung (AEPLI, in: ZK, N 61 zu Art. 124 OR; GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Präjudizienbuch OR, 7. Aufl. 2009, N 1 zu Art. 124 OR). Zu diesem Meinungsstreit ist allerdings festzuhalten, dass das Bundesgericht in einem Entscheid vom 15. August 2005 ausführte – ohne auf die verschiedenen Lehrmeinungen einzugehen –, dass aus der Erklärung oder aus den Umständen auch hervorgehen müsse, welches die zu tilgende Hauptforderung und welches die Verrechnungs-

forderung sei. Bestehe diesbezüglich Unklarheit, sei die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (Urteil des Bundesgerichts 4C.25/2005 vom 15. August 2005 E. 4.1, dieses Urteil wurde zwar als BGE 131 III 636 publiziert, allerdings ohne die zitierte Erwägung 4). Dieser neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie den entsprechenden Lehrmeinungen ist den Vorzug zu geben, da der Verrechnungsgegner bei Zugang der Verrechnungserklärung Klarheit darüber haben muss, welche Obligation/en von der Verrechnungserklärung betroffen ist/sind, da er sich sonst in einer rechtsunsicheren Situation bezüglich der durch Verrechnung getilgten Forderung/en befindet. Die Beklagte hat vorliegend nicht behauptet, welche ausstehenden Forderungen der Klägerin sie zur Verrechnung bringen möchte. Sie hat die "ausstehenden" Forderungen nicht einmal individualisiert bzw. konkret benannt, so dass auch ihr Bestand nicht konkret bestritten bzw. geprüft werden könnte. Somit ist nicht klar, ob es sich dabei beispielsweise um die noch offene letzte Werklohnrate von CHF 107'000.-- oder der Anteil vom CHF 15'000.-- oder um weitere damals erfüllbare Forderungen handelt. Folglich war die Verrechnungserklärung der Beklagten bezüglich ihrer Verrechnungsforderung im Betrag von CHF 19'626.35 unvollständig und somit wirkungslos, weshalb sich die Rechtslage gestaltet, wie wenn gar keine Verrechnungserklärung abgegeben worden wäre (AEPLI, in: ZK, N 62 zu Art. 124 OR). Somit besteht die Forderung der Klägerin aus der ersten Splittlieferung im Jahr 2004 im Betrag von CHF 19'626.35 nach wie vor.

5.3.2. Andererseits ist umstritten, ob die "Voraus-Verrechnungserklärung" der Beklagten zulässig war oder ob die Beklagte in Abnahmeverzug geriet, weil sie die Vorauskasse nicht akzeptierte.

Die Beklagte hält vorab fest, dass sie *gewillt sei, die vertragliche Abmachung bezüglich Splittlieferung zu erfüllen*. Sie ergänzt, sie habe seit 2005 mehrfach versucht, die vertraglich vereinbarte Splittmenge von der Klägerin zu beziehen, die Klägerin habe aber die jeweilige Lieferung ohne Vorauskasse verweigert. Die Beklagte ergänzt, dass sie das Recht habe, diese Schuld (gemeint wohl die Schuld aus noch nicht abgerufenen Splittlieferungen) mit ihrer Forderung gegenüber der Klägerin zu verrechnen, da die Verrechnung nicht ausgeschlossen wor-

den sei. Die Splittlieferung sei im Gegenteil als Gegengeschäft vereinbart worden. Deshalb könne sie das Klagebegehren der Klägerin nicht einfach anerkennen, da dieses auf Vorkasse laute, weshalb sie zur Widerklage gezwungen sei (act. 12 Rz. 57 ff., 63, 165; act. 22 Rz. 110, 186).

Die Klägerin erwidert, dass die Beklagte während fast vier Jahren lediglich am 2. Juli 2008 - nach Stellung des Begehrens um Durchführung der Sühnverhandlung - telefonisch, um Lieferung von Hartgesteinsplitt aufgefordert habe. Sie habe daraufhin der Beklagten mit Einschreibebrief vom 23. Juli 2008 die Lieferung angeboten, und zwar mit Zahlung Zug um Zug mit der Lieferung (act. 17 S. 20). Die Klägerin bestreitet zudem, dass sie weitere Lieferungen ohne Vorkasse verweigert habe. Sie erklärt, dass die Beklagte unzulässigerweise eine "Vorausverrechnungserklärung" für alle weiteren Splittlieferungen abgegeben habe, was dazu geführt hätte, dass die weiteren Splittlieferungen der Klägerin unbezahlt geblieben wären, weshalb sie verständlicherweise eine Ablieferung der weiteren Splittlieferungen "Zug um Zug", d.h. Verladung des Splitts zum Versand gegen simultane Bezahlung des Preises verlangt habe. Da vertraglich *keine Vorleistungspflicht* einer der Parteien vereinbart gewesen sei, sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, zum Voraus die Verrechnung von allfälligen Lieferungen mit den angeblichen und von ihr bestrittenen Gegenforderungen der Beklagten zu erklären. Deshalb sei die Beklagte in Abnahmeverzug, da sie vertragsgemäss die Lieferung Zug um Zug angeboten habe (act. 26 S. 24, 44, 46).

Vertraglich wurde vereinbart, dass die Beklagte bis am 31. Dezember 2009 die vereinbarte Menge des Hartgesteinsplitts abzurufen habe. Folglich kann vor Ablauf dieser Frist nicht von einem Abnahmeverzug der Beklagten gesprochen werden. Es war grundsätzlich der Beklagten überlassen, wann sie die vereinbarte Menge des Splitts beziehen wollte. Allerdings ist festzuhalten, dass die von der Beklagten geltend gemachten mehrfachen Abrufe des Splitts nicht genügend konkret behauptet wurden. Denn sie nennt einzig ein Datum (2. Juli 2008), an welchem sie unbestrittenerweise telefonisch eine Splittlieferung 4/8 und 8/11 abgerufen hatte, welche allerdings nicht den vertraglich vereinbarten Splittlieferungen entsprach, was beklagterseits unbestritten blieb. Weitere Behauptungen

zu den mehrfachen Abrufversuchen machte die Beklagte nicht, weshalb mangels genügend konkreter Behauptungen nicht von mehreren Abrufversuchen auszugehen ist. Dies ist letztlich aber nicht entscheidend relevant, da sich die Klägerin auf einen "anderen" Abnahmeverzug der Beklagten beruft. Dieser soll darin bestehen, dass die Beklagte die Voraus-Verrechnungserklärung erklärt und die Zug um Zug Lieferung nicht angenommen habe. Zusammenfassend fiel die Beklagte nach dem 31. Dezember 2009 nicht in Abnahmeverzug, weil sie die Splittlieferung widerklageweise abrief; es sei denn, die Voraus-Verrechnungserklärung sei unzulässig gewesen.

In der Lehre ist umstritten, ob bereits vor Eintritt einer Verrechnungslage für den Fall, dass später eine solche entstehen wird, rechtswirksam verrechnet werden kann (*sog. Vorausverrechnung*) (ALFRED KOLLER, Die Verrechnung im schweizerischen Recht, recht 2007, (fortan: Verrechnung), S. 101 ff., 103). BUCHER befürwortet dies generell. Die herrschende Lehre ist hingegen aus Gründen der Rechtssicherheit zurückhaltend. Im Hinblick auf eine erst in Zukunft entstehende Verrechnungsbefugnis kann nicht eine wirksame Verrechnungserklärung abgegeben werden. Sie würde eine Unsicherheit schaffen, die dem Verrechnungsgegner schon mit Rücksicht auf die Einseitigkeit der Verrechnung nicht zumutbar ist. Für zulässig wird die Vorausverrechnung nur ausnahmsweise erachtet, insbesondere dann, "wenn der Zeitpunkt, in dem die Verrechnungsbefugnis des Erklärenden entstehen wird, bereits konkret feststeht oder vom Kompensaten abhängt" (EUGEN BUCHER, Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. 1988, S. 431; AEPLI, in: ZK, N 21 f. zu Art. 124 OR; KOLLER, Verrechnung, S. 103). Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Urteil vom 14. November 2003 festhielt, auf die Erfüllbarkeit der Hauptforderung könne nicht verzichtet werden. Demzufolge könne nicht dem – dortigen – klägerischen Standpunkt, dass nach Bundesrecht die Verrechnung durchaus zum Voraus erklärt werden könne, gefolgt werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.164/2003 vom 14. November 2003 E. 2.1).

Den vorstehenden Erwägungen entsprechend ist mit dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass eine "Voraus-Verrechnung" nicht

zulässig ist. Als die Beklagte die Verrechnung für die Splittlieferungen erklärte, bestanden diese Hauptforderungen der Klägerin noch gar nicht. Denn sie wären erst in der unbestimmten Zukunft entstanden, wenn die Beklagte die Splittlieferung abgerufen hätte und die Lieferung erfolgt wäre. Im Nachgang zur Lieferung hätte die Klägerin den vertraglich vereinbarten Kaufpreis je nach Menge und Qualität gegenüber der Beklagten gehabt. Da unklar war, ob und wann die Beklagte diese Splittlieferungen abrufen würde, stand im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung durch die Beklagte nicht fest, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe künftige "Kaufpreis"-forderungen der Klägerin entstehen würden. Folglich liegt auch keiner der vorgenannten Ausnahmefälle vor, bei welchen die Voraus-Verrechnung ausnahmsweise als zulässig erachtet wird. Denn die Klägerin konnte nicht entscheiden, wann sie den Splitt liefern wollte. Ebenso wenig stand der effektive Zeitpunkt der Entstehung der Hauptforderung/en bereits fest, da bis heute die Splittlieferungen – mangels Abruf – nicht erfolgten. Zusammenfassend ist die von der Beklagten verlangte Voraus-Verrechnung nicht zulässig.

Obendrein hat die Beklagte wiederum nicht dargetan, mit welcher der Klägerin gegenüber zustehenden Verrechnungsforderung die noch nicht entstandenen Hauptforderungen zu verrechnen seien. Folglich scheidet die Verrechnungserklärung auch daran, da diese unvollständig und somit wirkungslos war (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.5.3.1).

Wie eben dargelegt wurde, war die Voraus-Verrechnungserklärung nicht zulässig. Die Parteien hatten bezüglich der Splittlieferung keine besonderen Zahlungs- bzw. Erfüllungsmodalitäten vereinbart. Gemäss Art. 82 OR gilt bei zweiseitigen Verträgen grundsätzlich das Zug um Zug Prinzip. Eine Vorleistungspflicht besteht nur bei entsprechender Vereinbarung. Eine solche liegt aber gemäss den Vertragsbestimmungen nicht vor. Dementsprechend war die Klägerin berechtigt, die Beklagte zur Zahlung des Kaufpreises anzuhalten, wenn sie den Splitt lieferte, insbesondere unter Berücksichtigung der von der Beklagten unzulässigerweise vorgebrachten Voraus-Verrechnungserklärung.

Aufgrund der obenstehenden Erwägungen war die Beklagte nicht berechtigt, eine "Voraus-Verrechnung" für die noch nicht abgerufenen Splittlieferungen zu erklä-

ren. Gemäss eigenen Ausführungen (act. 12 Rz. 57 ff., 63, 165; act. 22 Rz. 110, 186) will die Beklagte die vertragliche Abmachung bezüglich Splittlieferung einhalten. Weiter erklärt sie, dass sie die Widerklage erheben müsse, da die Klägerin Vorkasse verlangt habe. Der beklagliche Einwand, dass das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 2 auf Vorkasse laute, trifft nicht zu. Vielmehr lautet es auf *"Bezahlung des Kaufpreises Zug um Zug bei Materiallieferung"*. Dies ist gemäss vorstehenden Erwägungen zulässig. Folglich ist das Rechtsbegehren Ziff. 2 der Widerklage abzuweisen und die Ziff. 2 des klägerischen Rechtsbegehrens gutzuheissen. Allerdings soll die Beklagte gemäss Ziff. 2 des klägerischen Rechtsbegehrens *"bis spätestens 31. Dezember 2009"* verurteilt werden, den Hartgesteinsplitt abzurufen. Da dieser Zeitpunkt bereits verstrichen ist, aber die Beklagte grundsätzlich das Rechtsbegehren anerkennt und Rechtsbegehren im Allgemeinen nach ihrem Sinngehalt und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen sind (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 10 zu § 50, N 16 zu § 54 ZPO/ZH), rechtfertigt es sich, einen späteren Zeitpunkt für den Abruf des Hartgesteinsplitts festzulegen. Gemäss beklaglichen Ausführungen ist eine Zeitspanne von ungefähr vier Jahren für den Abruf der vereinbarten Menge angemessen (act. 12 Rz. 60). Dies wird von klägerischer Seite nicht bestritten (act. 17 und 26). In Anbetracht der grossen vertraglich vereinbarten Menge (25'000 bis 35'000 Tonnen (act. 4/5 Ziff. 01.07)) ist ein Zeitrahmen von vier Jahren ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils angemessen. Da der Preis gemäss Vertrag basierend auf den Index KBOB für felsgebrochene Zuschlagsstoffe, Basis September 2003 festgelegt wird, gereicht es keiner der Parteien zu einem Nachteil.

5.3.3. Weiter ist zu prüfen, ob die Klägerin zu Recht die Verrechnung der CHF 107'000.-- und CHF 15'000.-- erklärt hat (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.2.2).

Die Klägerin macht geltend, dass sie die letzte Werklohnrate von CHF 107'000.-- als auch den aus Kulanzgründen übernommene Anteil von CHF 15'000.-- am Schadenfall vom 4. Juni 2004 mit Saldoforderung der Klägerin aus der Mehr- und Minderkostenrechnung in der Schlussrechnung vom 21. März 2005 verrechnet habe (act. 13/8; act. 17 S. 28 f.; act. 26 S. 46). Die Beklagte bestreitet die Verrechnung (act. 22 Rz. 191 ff.).

Vorstehend wurde ausgeführt, dass die Klägerin grundsätzlich die letzte Werklohnrate sowie den Anteil aus dem Schadenfall anerkennt (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.2.3). Deren Erfüllbarkeit wird nicht in Frage gestellt. Ebenfalls wurden die von der Klägerin in der Schlussrechnung vom 21. März 2005 aufgeführten Mehr- und Minderkosten vorstehend geprüft.

Der Klägerin stehen allerdings einzig die Forderungen aus der ersten Splittlieferung im Betrag von CHF 19'626.35 (inkl. MWST) (vgl. Ziff. IV./C.5.3.1) sowie ein Teil der Konventionalstrafe im Betrag von CHF 42'800.-- (vgl. Ziff. IV./C.4.4) zu, welche mit den vorgenannten Forderungen verrechnet werden können. Die weiteren Minderkosten für die Bestellungenänderungen von CHF 43'680 und CHF 17'037.10 sowie die übrigen Mehrkosten betreffend Lärmschutz (CHF 40'000.--), Baggermiete und Dieselkauf (CHF 6'795.-- und CHF 1'320.95) sind nicht ausgewiesen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.4.2/4.3/4.5 und 4.6.3).

Die weiteren Voraussetzungen für die Bejahung der Verrechnungslage (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.5.3.1) nämlich die Gegenseitigkeit, die Gleichartigkeit sind ohne Weiteres zu bejahen; ein gesetzlicher oder vertraglicher Ausschluss der Verrechnung wird zu Recht nicht geltend gemacht.

Zusammenfassend sind sämtliche Voraussetzungen für die Verrechnung der geltend gemachten und genügend konkret bezeichneten Forderungen erfüllt und somit wirksam. Die Verrechnung wirkt gemäss Art. 124 Abs. 2 OR insoweit, als dass die beiden Obligationen untergehen, soweit sie sich ausgleichen. Somit schuldet die Klägerin der Beklagten nach der Verrechnung ihrer beiden Verrechnungsforderungen (CHF 19'626.35 und CHF 42'800.--) mit den von ihr bezeichneten Hauptforderungen (CHF 107'000.-- und CHF 15'000.--) CHF 59'573.65.

Für die weiteren anerkannten Beträge von CHF 24'375.--, CHF 1'570.--, CHF 1'680.-- und CHF 1'520.--, im Total von CHF 29'145.--, erklärte die Klägerin auch die Verrechnung (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.3.4). Allerdings stehen ihr keine Hauptforderungen mehr zu, weshalb sie diese Forderungen der Beklagten nicht durch Verrechnung tilgen kann.

5.3.4. Schliesslich verlangt die Klägerin mit Ziffer 3 ihres Rechtsbegehrens von der Beklagten die Bezahlung von CHF 20'152.45 (act. 1 S. 2; act. 26 S. 2). Die Klägerin führt aus, dass sich dieser Betrag wie folgt berechne (act. 17 S. 28; act. 26 S. 52):

Miete Bagger	CHF 6'795.90
Dieselöl	CHF 1'320.95
<u>1. Splittlieferung (ohne MWST)</u>	<u>CHF 18'240.11</u>
Zwischentotal:	CHF 26'356.96
<u>abzüglich Saldo/ Schlussrechnung vom 23.06.2005</u>	<u>CHF 7'627.90</u>
Zwischentotal ohne MWST:	CHF 18'729.05
<u>Total mit MWST:</u>	<u>CHF 20'152.45</u>

Da sowohl die Baggermiete, der Dieselkauf als auch die erste Splittlieferung bereits vorstehend behandelt wurden und ausser der Splittlieferung nicht ausgewiesen sind, sind sie auch unter dieser Ziffer 3 des Rechtsbegehrens nicht zuzusprechen. Auch die Splittlieferung kann nicht ein zweites Mal zugesprochen werden. Folglich ist die Ziffer 3 des klägerischen Rechtsbegehrens vollumfänglich abzuweisen.

6. Fazit Widerklage

Die Klägerin schuldet der Beklagten nach Verrechnung der ihr zustehenden Forderungen eine Summe von CHF 88'718.65 (CHF 59'573.65 und CHF 29'145.--; vgl. vorstehend Ziff. IV./C.5.3.3). Hingegen ist die Beklagte zu verpflichten, von der Klägerin bis spätestens vier Jahren nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils die Liefermenge von mindestens 24'000 oder höchstens 35'000 Tonnen zum vertraglich vereinbarten und indexierten Preis mit Bezahlung des Kaufpreises Zug um Zug bei Materiallieferung abzurufen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.5.3.2).

7. Betreuungskosten

7.1. Schliesslich verlangt die Beklagte die Zahlungsbefehlskosten von CHF 200.-- widerklageweise (act. 12 Rz. 168 f.; act. 22 Rz. 187). Am 3. August 2005 habe sie das Betreibungsverfahren gegen die Klägerin angehoben. Sie habe die ausstehenden und fälligen Beträge betrieben (act. 13/32). Der Zahlungsbefehl des Office des Poursuites et Faillites de E._____ wurde der Klägerin am 4. August 2005 zugestellt.

Die Klägerin erwidert, dass die beklagtischen Forderungen teilweise nicht bestehen und teilweise durch Verrechnung mit ihr zustehenden Forderungen getilgt worden seien, weshalb die Betreuung durch die Beklagte zu Unrecht erhoben habe und die entsprechenden Betreuungskosten von der Beklagten vollumfänglich getragen werden müssen (act. 26 S. 51).

7.2. Die Zahlungsbefehlskosten im Betrag von CHF 200.-- sind ausgewiesen (act. 13/32). Die Beklagte setzte einen Betrag von CHF 351'561.5 in Betreuung (act. 13/32), wovon CHF 151'145.-- ausgewiesen sind. Davon ist nach Verrechnung der der Klägerin zustehenden Forderungen im Betrag von CHF 62'426.35 ein Betrag von CHF 88'718.65 gutzuheissen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.5.3.3 und 6). Somit sind 25% der in Betreuung gesetzten Forderung ausgewiesen. Folglich sind der Beklagten CHF 50.-- der Zahlungsbefehlskosten zuzusprechen sind.

8. Verzugszinsen

8.1. Die Beklagte verlangt, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, 5% Verzugszins. Die Klägerin bestreitet die Bezahlung der Verzugszinsen nicht (vgl. act. 1, 17 und act. 26), weshalb für die von der Beklagten geltend gemachten und ausgewiesenen Forderungen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.2, 3.2.4 und 3.3.3) ab dem jeweilig geltend gemachten Datum 5% Verzugszins (Art. 104 Abs. 1 und Art. 102 Abs. 1 OR) geschuldet ist.

8.2. Von den von der Beklagten verlangten CHF 220'289.50 sind, wie vorstehend ausgeführt, lediglich total CHF 29'145.-- (=CHF 1'680.--, CHF 1'520.--, CHF 1'570.-- sowie CHF 24'375.--) ausgewiesen. Die Beklagte legt dar, dass sie am 16. Dezember 2004 eine Schlussabrechnung gemäss Art. 153 ff. SIA-Norm 118 erstellt habe, welche den Betrag von CHF 204'730.-- (bzw. CHF 220'289.50 inkl. MWST) ausgewiesen habe (act. 12 Rz. 159). Es sei Pflicht der Klägerin gewesen, die Schlussabrechnung innert Monatsfrist zu prüfen, welcher sie aber nicht nachgekommen sei. Daraufhin habe sie die Klägerin am 14. März 2005 erneut zur Prüfung aufgefordert und habe diese mit einer Mahnung der anderen offenen Beträge verbunden. Bezüglich der CHF 220'289.50 habe sie der Klägerin eine zehntägige Frist zur Stellungnahme angesetzt. Die Klägerin nahm mit Schreiben vom 21. März 2005 Stellung, wonach sie den Betrag von CHF 29'145.-- als ausgewiesen erachtet habe. Bei den übrigen Mehrkosten bestritt sie lediglich die Pflicht zur Übernahme, einzig bei zwei Positionen habe sie auch deren Höhe bestritten (act. 12 Rz. 160 f.; act. 13/8). Die Klägerin habe die geschuldeten Beträge nicht bezahlt und befinde sich seit dem 22. April 2005 in Verzug (act. 12 Rz. 162 f.). Auf diesem Betrag ist mangels klägerischer Bestreitung ein Verzugszins von 5% seit 22. April 2005 geschuldet.

8.3. Weiter verlangt die Beklagte auf CHF 115'132.-- seit 2. Juli 2004 5% Verzugszins. Diese letzte Rate sei am 17. Mai 2004 in Rechnung gestellt worden. Der Betrag sei innert "30 Tagen (max. 45 Tage)" nach Erhalt der Rechnung zu bezahlen gewesen (vgl. act. 4/6 Ziff. 11), weshalb die Klägerin bezüglich der offenen Ratenzahlung von CHF 115'132.00 (inkl. MWST) nicht bereits nach 30, sondern erst mit Ablauf von 45 Tagen, d.h. per 2. Juli 2004, in Verzug gelangte (act. 12 Rz. 134 ff.; act. 13/27). Von dieser Forderung sind allerdings nur CHF 107'000.-- ausgewiesen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.2.3). Weiter ist zu beachten, dass die Klägerin für die ihr zustehenden Forderungen im Betrag von CHF 62'426.35 (CHF 19'626.35 und CHF 42'800.--) die Verrechnung in zulässiger Weise erklärte. Diese Forderungen sind im Zeitpunkt der erstmaligen Verrechenbarkeit untergegangen. Die erste Splittlieferung im Betrag von CHF 19'626.35 wurde am 30. September 2004 in Rechnung gestellt. Für die Bezahlung der Splittlieferungen wurde keine Zahlungsfrist vereinbart (vgl. act. 4/5 und 4/6). Gemäss

Art. 75 OR kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden, wenn die Zeit der Erfüllung nicht vereinbart wurde. Dementsprechend war der Betrag von CHF 19'626.35 seit dem 30. September 2004 fällig und somit verrechenbar. Betreffend die Konventionalstrafe wurde ebenfalls keine Zahlungsfrist vereinbart (vgl. act. 4/5 und 4/6). Die Klägerin machte sie erstmals mit der Schlussrechnung vom 21. März 2005 geltend (act. 13/8), weshalb sie seit diesem Zeitpunkt fällig ist. Diese beiden Forderungen werden mit der letzten Teilzahlungsrate von CHF 107'000.-- verrechnet. Demzufolge ist für den Betrag von CHF 107'000.-- ein Verzugszins von 5% bis am 30. September 2004 geschuldet, da die Klägerin wie erwähnt den Verzugszins nicht bestreitet und erst dann die erste Hauptforderung (CHF 19'626.35) der Klägerin fällig wurde. Ab dem 30. September 2004 sind auf CHF 87'373.65 5% Verzugszins geschuldet. Schliesslich ist ab dem 21. März 2005 noch auf dem Betrag von CHF 44'573.65 5% Verzugszins geschuldet.

8.4. Letztlich verlangt die Klägerin auf CHF 16'140.-- seit 1. Oktober 2004 5% Verzugszins. Dieser Betrag sei am 1. September 2004 mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen in Rechnung (act. 13/ 28) gestellt worden, weshalb die Klägerin am 1. Oktober 2004 in Verzug geriet (act. 12 Rz. 140). Von diesem Betrag sind CHF 15'000.-- ausgewiesen (vgl. vorstehend Ziff. IV./C.2.3). Mangels Bestreitung des Verzugszinses schuldet die Klägerin auf dem Betrag von CHF 15'000.-- 5% Verzugszins seit 1. Oktober 2004.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Gleiches gilt für die Prozessentschädigung (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei sind die Bruchteile des Unterliegens bzw. des Obsiegens bei der Frage der Zusprechung einer Prozessentschädigung zu verrechnen (FRANK/ STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 18 zu § 69 ZPO).

Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH). Wo nichts anderes bestimmt ist, wird der Rechtsstreit durch Einreichung der Weisung beim Gericht rechtshängig gemacht (§ 102 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Streitwert des vorliegenden Prozesses beträgt CHF 1'322'761.40. Dies ergibt sich aus dem Streitwert der Klage von CHF 970'579.45 und der Widerklage von CHF 351'761.40; anzumerken ist, dass sich die Ziffern 2 der Rechtsbegehren der Klage und Widerklage gegenseitig ausschliessen (vgl. § 19 Abs. 2 ZPO/ZH).

2. Was die Gerichtsgebühr betrifft, so ist diese zu erhöhen. Die Erhöhung um 1/3 gemäss § 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 ist aufgrund des umfangreichen Prozessstoffs sowie der rechtlichen Schwierigkeiten und des damit verbundenen zeitlichen Bearbeitungsaufwands gerechtfertigt.

3. Vorstehenden Ausführungen zufolge dringt die Klägerin mit ihrer Klage betreffend Rechtsbegehren 1 und 3 nicht durch. Hingegen obsiegt sie bei ihrem Rechtsbegehren 2 und die Beklagte unterliegt entsprechend mit ihrem Rechtsbegehren 2 der Widerklage. Schliesslich sind bei der Widerklage Rechtsbegehren Ziffer 1 Forderungen im Umfang von CHF 151'145.-- (CHF 29'145.--, CHF 107'000.-- und CHF 15'000.--) ausgewiesen. Dies ist mit den der Klägerin zustehenden Verrechnungsforderungen im Umfang von CHF 62'426.35 (CHF 19'626.35 und CHF 42'800.--) zu verrechnen, wonach die Beklagte letztlich im Umfang von CHF 88'718.65 obsiegt. Um das Mass des Obsiegens bzw. Unterliegens einer Partei in einem Prozess, in dem Widerklage erhoben wurde, bestimmen zu können, ist die Summe der Streitwerte der Begehren, hinsichtlich deren die Partei obsiegt hat oder unterlegen ist, in Relation zur Summe der Streitwerte von Haupt- und Widerklage zu setzen. Dies gilt auch für den Fall, dass sich Haupt- und Widerklage gegenseitig ausschliessen (ZR 84 Nr. 62). Die Klägerin unterliegt in den Klagebegehren 1 und 3. Diese Klagebegehren im Betrag von CHF 509'779.45 (CHF 489'627.-- und 20'152.45) machen knapp 40% des Gesamtstreitwerts aus. Im Klagebegehren 2 resp. Widerklagebegehren 2 im Betrag von CHF 460'800 (24'000 x CHF 19.20) obsiegt die Klägerin zu 100% bzw. unter-

liegt die Beklagte zu 100%, was in Relation zum Gesamtstreitwert ca. 35% ausmacht. Im Widerklagebegehren 1 im Betrag CHF 351'761.40 unterliegt die Beklagte zu 75%. Dieses Begehren macht ca. 25% des Gesamtstreitwerts aus. Dementsprechend sind die Kosten gerundet zu 46% der Klägerin und zu 54% der Beklagten aufzuerlegen. Einhergehend mit der Kostenfolge hat die Beklagte die Klägerin – nach erfolgter Verrechnung – im Umfang von 7,5% zu entschädigen.

3. Der Streitwert für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln beträgt CHF 970'579.45 (Art. 51 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 53 Abs. 2 BGG).

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, von der Klägerin bis spätestens vier Jahre nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils Hartgesteinsplitt nach VSS-Norm für felsgebrochenes Material (Strassenbeläge) im nachfolgenden Umfang und zu den nachfolgenden Bedingungen zu beziehen:
 - Liefermenge mindestens 24'000 oder höchstens 35'000 Tonnen
 - Preis für Hartgesteinsplitt 16/22 CHF 19.20 pro Tonne und Hartgesteinsplitt 22/32 CHF 19.50 pro Tonne, beide Preisangaben indiziert gemäss Index KBOB für felsgebrochene Zuschlagsstoffe, Basis September 2003
 - Bezahlung des Kaufpreises Zug um Zug bei Materiallieferung.
2. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten CHF 88'718.65 nebst 5 % Zins seit 2. Juli 2004 auf CHF 107'000.--, seit 30. September 2005 auf CHF 87'373.65, seit 21. März 2005 auf CHF 44'573.65, seit 22. April 2005 auf CHF 29'145.-- sowie seit 1. Oktober 2004 auf CHF 15'000.-- und CHF 50.-- Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.

3. Die Rechtsbegehren Ziffern 1 und 3 der Klage sowie das Rechtsbegehren Ziffer 2 der Widerklage werden abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 45'000.--.
5. Die Kosten werden der Klägerin zu 46% und der Beklagten zu 54% auferlegt.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 4'000.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Matthias-Christoph Henn