

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140064-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 13. November 2014

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ SA,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 6. März 2014;  
Proz. CG100026**

**Rechtsbegehren:**

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 27'787.10 nebst 5 % Verzugszins seit 2. September 2010 zu bezahlen, wobei der in Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Biasca (Zahlungsbefehl vom 16.09.2010) erhobene Rechtsvorschlag zu beseitigen sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 6. März 2014:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 27'787.10 nebst Zins zu 5 % seit 2. September 2010 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Biasca (Zahlungsbefehl vom 16.09.2010) wird aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 5'100.– ; die Barauslagen betragen:  
Fr. 262.50 Dolmetscher  
Fr. 5'022.– Gutachten

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Entscheids, reduziert sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

4. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(6./7.: Mitteilungssatz/Rechtsmittelbelehrung.)

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 104 S. 2):

Das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 112 S. 2):

Die Berufung sei abzuweisen,  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin und Beklagten.

**Erwägungen:**

**I.**

*(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)*

1. Die A. \_\_\_\_\_ SA (Beklagte und Berufungsklägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E. \_\_\_\_\_. Sie betreibt mehrere Steinbrüche, darunter Granitsteinbrüche und einen Marmorsteinbruch (vgl. act. 59 S. 1). Die B. \_\_\_\_\_ AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) mit Sitz in Hinwil bezweckt u.a. Dienstleistungen auf dem Gebiet der Sprengtechnik.

Am 2. Februar 2010 schlossen die Parteien einen Werkvertrag (act. 3/1 = act. 13/9) über Sprengungen durch die B. \_\_\_\_\_ AG (fortan nur: die Klägerin) im Steinbruch der A. \_\_\_\_\_ SA (fortan nur: die Beklagte) in E. \_\_\_\_\_, auf dem sich auch deren Werkgelände befindet (vgl. act. 59 S. 3). Die Sprengungen sollten in zwei Etappen erfolgen.

Die Arbeiten der ersten Etappe waren ca. Mitte Februar abgeschlossen. Eine erste Akontorechnung der Klägerin für Arbeiten vom 9. Februar bis 19. Februar 2010 über insgesamt Fr. 31'408.75 (act. 3/6) beglich die Beklagte am 2. März 2010. Vor Abschluss der Arbeiten der zweiten Etappe trat die Beklagte vom Vertrag zurück. Weitere zwei Rechnungen der Klägerin (act. 3/8 und act. 3/11) über insgesamt Fr. 34'835.- liess die Beklagte unbezahlt.

Die Klägerin anerkennt zwei Forderungen der Beklagten gegen sich aus der Lieferung von Stellriemen im Wert von Fr. 6'096.60 und aus dem Bezug von Dieseltreibstoff über Fr. 951.25. Mit ihrer Klage über Fr. 27'787.10 verlangt sie die Zusprechung des Restbetrages aus Werkvertrag, abzüglich der anerkannten Forderungen der Beklagten, so wie sie ihn in Betreibung gesetzt hat (Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes Biasca vom 16. September 2010).

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

3. Mit Schriftsatz vom 1. September 2014 (act. 104 f.) erhob die Beklagte rechtzeitig die Berufung bei der Kammer. Es wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen, mit Verfügung vom 8. September 2014 von der Beklagten die Leistung eines Kostenvorschusses verlangt und nach Eingang des Vorschusses am 29. September 2014 der Klägerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Die Berufungsantwort datiert vom 15. Oktober 2014 und wurde der Beklagten Ende Oktober 2014 zugestellt (vgl. act. 113 f.). Die Sache ist spruchreif.

## II.

### *(Zur Berufung im Einzelnen)*

1. Die Klage wurde im Jahr 2010 unter der Geltung des kantonalen Verfahrensrechts (ZPO/ZH, GVG und dazugehörige Erlasse) anhängig gemacht. Sie war daher vom Bezirksgericht noch nach den Regeln des kantonalen Verfahrensrechts zu behandeln (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO) und es sind daher allfällige Rügen zum bezirksgerichtlichen Verfahren ebenfalls im Lichte dieses Rechts zu prüfen.

Die Berufung und das Berufungsverfahren haben sich hingegen an die Regeln der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) zu halten, die mit dem 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demnach gilt es im

Folgenden zu beachten, dass das Berufungsverfahren grundsätzlich die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes darstellt (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu etwa BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen bzw. Rekapitulationen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu BGE 138 III 625).

**2. - 2.1** Das Bezirksgericht erwog im angefochtenen Urteil gestützt auf die Parteibehauptungen und die Ergebnisse der Beweiserhebungen (vgl. act. 106 S. S. 8-12) im Wesentlichen, die Parteien hätten am 2. Februar 2010 vertraglich Lockerungssprengungen in zwei Etappen vereinbart. Dabei hätten sie sowohl die konkrete Sprengmethode als auch die Methode der Honorierung für die Menge des weggesprengten Materials definiert (Einheitspreise für die Menge des weggesprengten Materials). Diese Vereinbarung sei als Werkvertrag zu qualifizieren, in dem ausreichend klar bestimmt worden sei, worin die korrekte Ausführung des Werks bestanden habe: Die Klägerin habe entsprechend den vertraglichen Vorgaben Sprengarbeiten auszuführen gehabt. Wesentlich sei zudem, dass die Klägerin für die zweite Etappe nicht zur Herstellung einer bestimmten Anzahl von Blöcken verpflichtet worden sei, sondern zur Sprengung eines bestimmten Geländekeils von rund 10'000m<sup>3</sup> und dabei zum Anfall von Gesteinsblöcken ("Blockanfall") mit eins bis fünf Tonnen Gewicht, die allenfalls noch auf das vereinbarte Gewicht zu verkleinern gewesen seien. Notwendigerweise sei bei Sprengungen

mit einer gewissen Menge an Trümmern und Abraum zu rechnen gewesen; der Anfall solchen Materials sei unvermeidlich (vgl. a.a.O., S. 9 f.).

Die Klägerin sei nach der vereinbarten Methode verfahren und habe daher ihren Vertrag erfüllt. Die Beklagte habe denn auch nie substantiiert dargelegt, was die Beklagte konkret falsch gemacht haben soll. Sie sei vom Vertrag zurückgetreten, weil sie zum Schluss gekommen sei, die Klägerin sei nicht in der Lage, den Vertrag zu erfüllen. Diesen Schluss habe die Beklagte einzig aus der angeblich wiederholt behaupteten Tatsache gezogen, die Beklagte habe zu wenig Blöcke von einer bis zu fünf Tonnen geliefert (vgl. a.a.O., S. 12). Darauf sei es gemäss der vertraglich vereinbarten Methode (Wegsprengen) aber nicht angekommen. Aus einer anscheinend enttäuschenden Zahl von Blöcken zwischen einer und fünf Tonnen könne nicht einfach auf mangelnde Sorgfalt geschlossen werden (a.a.O. S. 12).

Das Bezirksgericht hielt überdies fest, die Beklagte versuche vergeblich, aus dem gesetzlichen Begriff des Werkvertrages, nämlich aus dem Begriff des Werkes bzw. des Werkes als Erfolg abzuleiten, die Klägerin hätte ihr Blöcke abliefern müssen. Und es stellte daran anschliessend diverse Überlegungen dazu an (vgl. act. 106, ab S. 10 [Mitte] bis S. 12 [oben]), was dann vernünftigerweise hätte vereinbart werden können oder sollen, aber nicht vereinbart wurde. Weiter erwog es, die von der Klägerin angewandte Methode sei gerade nicht einseitig von einer Partei diktiert, sondern von den Parteien vereinbart worden, die beide fachkundig seien und die Vor- und Nachteile von Methoden kennten. Diese Methode sei im Übrigen unter den gegebenen Umständen (keine gute Steinqualität, zerklüfteter Fels) vernünftig und sachgerecht gewesen (a.a.O.).

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

a.a.O., Ziff. 2.1.6), nach ihrer – der Beklagten – Auffassung schlecht erfüllt habe (a.a.O., S. 8 ff.).

Die Klägerin hält die Berufung insgesamt für unbegründet. Die Beklagte verkenne immer noch den vereinbarten Vertragsinhalt, den das Bezirksgericht im Übrigen zutreffend wiedergegeben habe. Geschuldet gewesen seien Sprengarbeiten, nicht Lieferungen (vgl. act. 112 S. 2). Die Beklagte zitiere die Urteilsbegründung zudem streckenweise falsch (vgl. a.a.O., S. 3, oben), wiederhole sich streckenweise bloss bzw. argumentiere im Kreis, ohne die nachvollziehbaren Ausführungen des Bezirksgerichtes in Zweifel ziehen zu können (a.a.O., S. 4, oben). Endlich trage die Beklagte unzulässige Noven vor (a.a.O., S. 4, Rz. 5) und argumentiere mit einer Unsorgfalt, die gerade widerlegt sei (a.a.O., S. 5).

Die Vorbringen der Parteien sind hier sachgemäss – es geht darum, eine Übersicht zu geben – verknappt dargestellt. Die nachstehenden Erwägungen berücksichtigen hingegen alle Vorbringen in den act. 104 und 112, und zwar auch dann, wenn das nicht ausdrücklich vermerkt ist.

**3. - 3.1** Zwischen den Parteien war und ist strittig, ob die Klägerin den Vertrag, der am 2. Februar 2010 zu Stande gekommen war, richtig erfüllt hat. Die Beklagte stellt sich auch im Berufungsverfahren weiterhin auf den Standpunkt, die Klägerin habe die vertraglich versprochene Leistung für die zweite Etappe nicht bzw. nicht richtig erbracht, weshalb sie – die Beklagte – zum Rücktritt vom Vertrag gestützt auf Art. 366 Abs. 2 OR berechtigt gewesen sei.

Der Wortlaut des Vertrages, wie er in den act. 3/1 und 13/9 dokumentiert ist und der die vertraglichen Leistungen namentlich der Klägerin umschreibt, sowie die Tatsache, dass er von beiden Parteien so gewollt war, bilden hingegen keinen Streitpunkt (die Beklagte z.B. verweist in der Berufungsschrift ausdrücklich auf act. 3/1; vgl. act. 104 Ziff. 2.1.1 und 2.1.6). Ebenso wird die zutreffende Auffassung des Bezirksgerichtes, beim Vertrag vom 2. Februar 2010 handle es sich um einen Werkvertrag, von beiden Parteien anerkannt.

Keine Streitpunkte sind zudem, um das nochmals zu verdeutlichen, dass erstens die Arbeiten der ersten Etappe vertragsgemäss erledigt worden waren, dass zweitens die Beklagte den Rücktritt am 15. März 2010 erklärt hatte und dass drittens im Zeitpunkt des Rücktrittes durch die Klägerin im Rahmen der zweiten

Etappe 6'083 m<sup>3</sup> Gestein weggesprengt worden waren. Die Beklagte hat diese Menge gesprengten Gesteins in der Klageantwort ausdrücklich bestätigt, verbunden mit der Sachdarstellung, "die vertragsgemässen Arbeiten (Blöcke von 1-5 Tonnen)" hätten lediglich 5'677,81m<sup>3</sup> betragen und das (nicht vertraglich vereinbarte) gelieferte Feinmaterial ... total 435.5m<sup>3</sup>" (vgl. act. 12 S. 6/7 [Ziff. 2.23]).

**3.2** Das Bezirksgericht hat den Wortlaut des Vertrages über die für beide Etappen vereinbarten Leistungen der Klägerin im angefochtenen Urteil im Wortlaut wiedergegeben (vgl. act. 106 S. 9). Der Klarheit halber – die Beklagte gibt diesen Wortlaut in der Berufungsschrift nämlich nur rudimentär und insofern entstellt wieder (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.6) – sei er auch hier nochmals vorgestellt (vgl. act. 3/1 und 13/9, Blatt 2-3):

**"Lockerungssprengungen"**

Etappenweises Abbauen von Granit mittels  
Raupenbohrgerät, Laden von Gelatine und Amolit:

Etappe 1:

Abtiefen von vertikalen Kleinbohrlöchern  
(d = 64 mm, l = 1 - 5 m, Bohrraster in Funktion I)  
Abraumsprengungen, kein Blockanfall                      m3f      1'000      16.80      Fr. 16'800.00

Etappe 2:

Abtiefen von vertikalen Grossbohrlöchern  
(d = 90 mm, l = 5 - 15 m, Bohrraster in Funktion I)  
Gewinnungssprengungen, Blockanfall 1 - 5 t      m3f      10'000      6.50      Fr. 65'000.00".

**3.2.1** Richtig ist, wie die Beklagte vermerkt, dass das Bezirksgericht damit nicht alle Vertragspunkte dargestellt hat. Namentlich nicht aufgeführt hat es etwa, dass sämtliche "aufgeführten Sprengfelspositionen" die Leistungen "projektieren, bohren, laden, sprengen, inkl. Lieferung von Sprengstoffen und Zündmitteln" umfassen (vgl. act. 3/1 Blatt 2). Namentlich nicht aufgeführt hat es weiter den dem Vertragspunkt "Lockerungssprengungen" vorangestellten und im Titel ebenfalls in Fettschrift hervorgehobenen Vertragspunkt "Installation" (umfassend: "Einmaliger An- und Abtransport von Maschinen und Geräten") sowie z.B. die an den Vertragspunkt "Lockerungssprengungen" anschliessenden Inhalte, die unter dem ebenfalls in Fettschrift hervorgehobenen Titel "Erschütterungsüberwachung" aufgelistet sind oder diesem Vertragspunkt folgen (darunter Bestimmungen zu den

Preisen, zur Preisbasis, zu Konditionen, unentgeltlichen Leistungen des Auftraggebers usw. (vgl. act. 3/1 bzw. 13/9).

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

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

Ergänzend anzumerken ist, dass sich die Beklagte der Sicht nicht (mehr) verschliesst, es habe das Arbeitsergebnis in einem durch die Sprengungen bewirktem Anfall von Felstrümmern bestanden (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.2: in ihrer Form

nicht definierte Blöcke, also unförmige Blöcke von 1-5 Tonnen; vgl. ferner a.a.O., Ziff. 2.1.17). Wenn sie gleichwohl auch noch die "Lieferungen" von Blöcken durch die Klägerin als Arbeitserfolg erwähnt, so bleibt das unerheblich – der Anfall befand sich übrigens bereits bei der Beklagten. Fehl geht die Beklagte zudem offensichtlich dann, wenn sie behauptet, es sei unbestritten geblieben, dass die Klägerin mit ihren Sprengungen (die gemäss Vertrag auch hinsichtlich der zweiten Etappe primär einmal Lockerungssprengungen waren, was im Vertrag in Fettschrift hervorgehoben ist) keine entsprechenden Blöcke geliefert habe (a.a.O., Ziff. 2.1.3). Denn darum wird zum einen gerade gestritten. Zum anderen hat die Beklagte, worauf bereits verwiesen wurde, in der Klageantwort selbst eingeräumt, die vertragsgemässen Arbeiten (Blöcke) hätten 5'677,81m<sup>3</sup> von insgesamt 6'083 m<sup>3</sup> weggesprengtem Fels umfasst. Dass die bis zum Arbeitsabbruch aufgrund des Rücktritts der Beklagten weggesprengten 5'677.81m<sup>3</sup> Felstrümmer dem vertragsgemässen Arbeitsergebnis entsprachen, weil sie für (weitere) Sprengungen auf Blöcke unter fünf Tonnen geeignet waren, räumt die Beklagte endlich im Einklang mit ihrer Darstellung in der Klageantwort sogar im Berufungsverfahren ein, indem sie geltend macht, es seien ihr Kosten für das Zerkleinern von Blöcken über fünf Tonnen entstanden (vgl. a.a.O., Ziff. 2.3.2; vgl. ferner act. 27 S. 6, Ziff. 1.22: Es wird nicht bestritten, dass auch die Trümmer verwendet werden konnten). Die Klägerin verweist ebenfalls auf diesen Gesichtspunkt (vgl. act. 112 S. 2/3). Es ist daher schon fast müssig, auf die Darstellung der Zeugen C.\_\_\_\_\_ und A1.\_\_\_\_\_ hinzuweisen, nach dem Rücktritt vom Vertrag habe die Beklagte den von der Klägerin mit den bereits vorgenommenen Sprengungen erzielten Anfall selbst noch auf Blöcke unter fünf Tonnen gesprengt (vgl. act. 57 S. 7 und act. 59 S. 9).

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

Nicht sachbezogen ist die Kritik der Beklagten am vorinstanzlichen Entscheid namentlich dort, um das noch zu verdeutlichen, wo sie diesen unzutreffend wiedergibt und/oder ihm Inhalte unterstellt, die so darin nicht zu finden sind. Darauf wurde bereits im Zusammenhang mit dem Wortlaut von act. 3/1 verwiesen. Es gilt das aber auch für die Darstellungen etwa in Ziff. 2.1.7 von act. 104 (worauf die Klägerin richtig verweist; vgl. act. 112, S. 3 oben), oder in den Ziff. 2.1.9-10 der Berufungsschrift. Die Beklagte übergeht dort schlicht die begründete, nur schon durch den Vertrag belegte Auffassung des Bezirksgerichtes, die Parteien hätten die Sprengmethode vereinbart (vgl. act. 106 S. 11). Hingegen unterstellt sie dem Bezirksgericht zugleich eine implizite andere Auffassung, die aktenwidrig sein soll, um weiter festzuhalten, aus der Urteilsbegründung gehe nicht hervor, wie die Vorinstanz darauf komme, die Beklagte habe eine bestimmte Sprengmethode verlangt. Immerhin: Es kann wohl nicht verwundern, dass ein Urteil für eine Auffassung, die es nicht enthält, keine Begründung liefert.

An der Sache vorbei geht die Kritik der Beklagten ebenso überall dort, wo sie die Vorstellung des klägerischen Standpunktes im bezirksgerichtlichen Urteil (vgl. act. 106 S. 4-6) gewissermassen zur Auffassung des Gerichtes erhebt und mit den wirklichen Erwägungen zur Sache vermischt (vgl. etwa act. 104 Ziff. 2.1.11, 2.1.12, 2.1.15).

Keine nähere Auseinandersetzung mit der bezirksgerichtlichen Auffassung zum geschuldeten Arbeitsergebnis, die den Entscheid trägt, nimmt die Beklagte schliesslich überall dort vor, wo sie bloss ergänzende Anmerkungen des Bezirksgerichtes aufgreift, die sich mit dem befassen, was eben gerade nicht vereinbart war, aber – so von den (fachkundigen) Parteien gewollt – hätte vereinbart werden können (vgl. act. 106 S. 10 [unten] bis S. 12 [oben] und dazu etwa act. 104 Ziff. 2.1.14 f.). In diesem Zusammenhang greift die Beklagte in der Berufungsschrift übrigens die Aussage des Zeugen D. \_\_\_\_\_ auf (vgl. act. 60 S. 8), er habe aufgrund der Beschaffenheit des zu sprengenden Felses an Blöcken einen Anteil von 40% erwartet, es sei aber mehr gewesen. Die Beklagte argumentiert dazu, 60% Abraum sei mit einer Gewinnsprengung nach Treu und Glauben nicht zu vereinbaren (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.14). Die Beklagte wiederholt insoweit, was sie dem Bezirksgericht gegenüber bereits in der Stellungnahme zum Beweisergebnis

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

**3.2.4** Im Berufungsverfahren folgert die Beklagte allerdings aus der Aussage des Zeugen D.\_\_\_\_\_ weiter (und insofern neu), aus dem Vertrag gehe nicht hervor, sie habe lediglich die Sprengung eines bestimmten Geländeteils gewollt und damit Blöcke verlangt oder in Kauf genommen, die zu 60% kleiner oder grösser waren (vgl. act. 104 Ziff. 2.1.15). Daraus zieht sie im Weiteren endlich den Schluss, es sei willkürlich und aktenwidrig, wenn das Bezirksgericht aus dem Vertrag ableite, es sei eine unbestimmte Menge (von 60% gemäss Zeuge D.\_\_\_\_\_) an Schutt und Abraum in den vertraglich geschuldeten Leistungen der Klägerin inbegriffen gewesen (vgl. a.a.O., Ziff. 2.2.4).

Die Inhaltsverschiebungen, die dieser Argumentationskette der Beklagten inne wohnen, sind offenkundig. Es überrascht von daher kaum, dass die Beklagte am Ende ihrer Argumentation nicht zeigt, an welcher Stelle des angefochtenen Urteils das Bezirksgericht die von ihr als willkürlich und aktenwidrig bezeichnete Ableitung angestellt haben soll (vgl. a.a.O.; auf Seite 11 des Entscheides jedenfalls nicht). Richtig ist hingegen, dass das Bezirksgericht u.a. unter Verweis auf das Gutachten ausführte, bei der von den Parteien gewählten Methode und den geologischen Bedingungen des Abbaugbietes (zerklüfteter Fels) sei der Anfall von Trümmern und Abraum unvermeidlich gewesen (vgl. act. 106 S. 10). Für die vereinbarte Wahl der angewendeten Methode hätten indessen gute Gründe bestanden, um die die fachkundige Beklagten sicher gewusst habe (vgl. a.a.O., S. 11). Was daran im Wesentlichen falsch sein soll, ist nicht ersichtlich – jedenfalls leuchtet es einem Laien ein, dass bei Sprengungen Abraum unvermeidlich ist, und dass je nach Art der Sprengung unterschiedliche Trümmer usw. anfallen. Was an der sich auf das Gutachten stützenden Auffassung falsch sein soll, bleibt ebenso dann unergründlich, wenn man sich noch einmal vor Augen hält, was die Beklagte dem Bezirksgericht selbst dargelegt hatte: Im Zeitpunkt des Rücktritts

war Gestein im Umfang von 6'083 m<sup>3</sup> weggesprengt worden. Der Anteil an "vertragsgemässen Arbeiten (Blöcke von 1-5 Tonnen)" habe dabei 5'677,81m<sup>3</sup> betragen und das (nicht vertraglich vereinbarte) gelieferte Feinmaterial habe 435.5m<sup>3</sup> umfasst. Damit legt die Beklagte zum einen nämlich selbst dar, nicht vertragsgemäss sei lediglich Feinmaterial gewesen, also das Gegenteil von Blöcken auch über 5 Tonnen, weil diese noch in Stücke von eins bis fünf Tonnen Gewicht zerkleinert werden konnten (vgl. dazu auch act. 106 S. 10 und vorn Ziff. II/3.3.2, a.E.). Und es widerspricht sich die Beklagte insoweit gerade selbst, weil sie damit letztlich gerade die bezirksgerichtliche Auffassung zum geschuldeten Arbeitsergebnis bestätigt. Zum andern entspricht der von der Beklagten als vertragsgemäss bezeichnete Wert einem Prozentanteil von rund 93.34% am Gesamtvolumen. Dass das Feinmaterial endlich nicht 435.5m<sup>3</sup> betragen haben kann, liegt rechnerisch auf der Hand ( $6'083 - 5'677.81 = 385.19$ ), bleibt letztlich unerheblich. Denn dass ein Anfall von Feinmaterial im Bereich von etwas mehr als 6% ausserhalb des zu erwartenden Unvermeidlichen liegt, behauptet auch die Beklagte, die den zehnfachen Wert dessen zur Stütze ihrer Kritik nimmt, nicht.

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

Endlich bleibt festzuhalten, dass die Frage, welcher Abraum tatsächlich angefallen ist, nicht massgeblich sein kann für die Beantwortung dessen, was die

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

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

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

weil die Beklagte ihre Vorwürfe an die Klägerin nicht hinreichend substantiiert habe, erübrigten sich Beweiserhebungen (vgl. act. 106 S. 12), liegt nachgerade auf der Hand. Schlechterfüllung, insbesondere Unsorgfalt sind bereits bei diesem Ergebnis offenkundig nicht gegeben und es fehlt an den Voraussetzungen, unter denen der Beklagten ein Recht zum Rücktritt entstehen konnte.

Das Bezirksgericht erwähnt übrigens zusätzlich, auch der Gutachter habe keine Anhaltspunkte für mangelnde Sorgfalt oder Ausführungsfehler erkennen können. Damit rundet es das bereits aus anderen Überlegungen zu gewinnende Ergebnis letztlich nur ab. Die gutachterlichen Überlegungen boten ihm daher richtigerweise ebenfalls keinen Anlass für Weiterungen (wie die Einholung eines Ergänzungsgutachten usw.).

**3.3.2** Die Beklagte trägt mit der Berufung nichts vor (vgl. act. 104 S. 8 ff.), was wenigstens im Ansatz für ein anderes als das eben dargelegte Ergebnis sprechen könnte. Entweder wiederholt sie letztlich nur ihren – wie gesehen – unzutreffenden Standpunkt, was das vereinbarte Arbeitsergebnis gewesen sein soll, oder sie bringt – worauf die Klägerin richtig verweist (act. 112 S. 4, unten) – in Ziff. 2.2.7 im Lichte von Art. 317 ZPO neue und damit unbeachtliche Behauptungen zur Unsorgfalt der Klägerin vor (vgl. act. 104 S. 9, dort nach "im Sinne von Art. 364 Abs. 1 OR sorgfältig gemacht hätte: ..."). Ob sich aus diesen neuen Behauptungen, wären sie beachtlich, etwas für den Standpunkt der Beklagten herleiten liesse, darf überdies mit Fug bezweifelt werden, wie die Klägerin richtig vermerkt. Zu vertiefen ist das indessen nicht.

Die von der Beklagten in Ziff. 2.2.7 der Berufungsschrift zugleich geübte Kritik an den gutachterlichen Ausführungen erweist sich mit Blick auf das vorhin in Ziff. II/3.3.1 (a.E.) Dargelegte endlich nicht als zielführend. Die Kritik wäre es aber auch insoweit nicht, wie dem Gutachten als Mangel vorgeworfen wird, der Gutachter sei bei den Sprengungen nicht anwesend gewesen und habe den Steinbruch nicht besichtigt. Erstes vermag kein Gutachter; zweites ist ebenso jedem Gutachter verwehrt, der längere Zeit nach den Sprengungen im Jahre 2010 Feststellungen über die Beschaffenheit des damals konkret gesprengten Felses treffen soll. Stets ist ein Gutachter m.a.W. auf Bilder angewiesen und das, was fachkundig daraus ersichtlich ist. Auf solche Grundlagen wiederum hat sich der Gut-

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

**3.4 - 3.4.1** Die Beklagte war zum Rücktritt vom Vertrag nicht berechtigt. Sie schuldet der Klägerin daher, wie das Bezirksgericht zutreffend vermerkte, grundsätzlich den noch nicht bezahlten Teil des vereinbarten Werklohns, abzüglich anerkannter Forderungen der Beklagten gegenüber der Klägerin für die Lieferung von Stellriemen und den Bezug von Dieseltreibstoff (vgl. act. 106 S. 13). Mit den entsprechenden Überlegungen des Bezirksgerichts zum Quantitativ, auf die wiederum verwiesen werden kann, setzt sich die Beklagte in der Berufung nicht näher auseinander. Sie begnügt sich, eine Berechnung vorzulegen, die auf der unzutreffenden Annahme eines berechtigten Rücktritts basiert (vgl. act. 104 S. 10 f.). Insoweit genügt sie auch ihrer Rügeobliegenheit (vgl. vorn Ziff. II/1) nicht. Es bleibt folglich ebenso in diesem Punkt beim angefochtenen Entscheid und es ist die Berufung in der Sache abzuweisen.

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

### III.

*(Kosten- und Entschädigungsfolge)*

Die Berufung ist in der Sache und in Bezug auf die sich daraus ergebenden Folge der Beseitigung des Rechtsvorschlages vollumfänglich abzuweisen. Diesem Ver-

fahrensausgang entsprechend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) sind die Kosten des bezirksgerichtlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens der Beklagten vollumfänglich aufzuerlegen.

Die Festsetzung der Entscheidgebühr, der übrigen Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung durch das Bezirksgericht blieb im Berufungsverfahren unangetroffen (vgl. act. 104). Das führt zur Bestätigung des gesamten bezirksgerichtlichen Kostendispositivs.

Die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens ist gemäss § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'760.- festzusetzen (Erhöhungs- oder Reduktionsgründe i.S.v. § 4 Abs. 2 und 3 GebV OG liegen nicht vor). Analog ist die Parteientschädigung gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV i.V.m. § 13 Abs. 1 AnwGebV (einfache Grundgebühr von Fr. 4'756.-) zu bemessen und gemäss § 13 Abs. 2 AnwGebV herabzusetzen. Mehrwertsteuerersatz wurde nicht verlangt (vgl. act. 112 S. 2) und ist daher nicht zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und es wird das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 6. März bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'760.- festgesetzt, der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt sowie mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'100.- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 27'790.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: