



Fall-Nr.:	HG.2009.30
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Handelsgericht
Publikationsdatum:	24.08.2010
Entscheiddatum:	24.08.2010

Entscheid Handelsgericht, 24.08.2010

Art. 367 Abs. 1 OR (SR 220). Der Besteller hat die bei der Prüfung erkannten Mängel sofort nach ihrer Entdeckung zu rügen. Eine Mängelrüge, die rund sieben Tage nach der Montage und Inbetriebnahme einer direkt vom Unternehmer an den Kunden des Bestellers gelieferten Anlage erhoben wird, ist rechtzeitig. Ein Mangel liegt insbesondere dann nicht vor, wenn der Besteller das gelieferte Werk bei der Montage verändert hat, und dieser darauf zurückzuführen ist (Handelsgericht St. Gallen, 24. August 2010, HG. 2009.30).

Erwägungen

I.

1. Die Klägerin ist eine im Handelsregister des Kantons A. eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in B. Sie bezweckt den Betrieb einer Anlagenbauunternehmung, insbesondere im Bereich Stahl- und Maschinenbau. Die Beklagte ist im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Sie hat ihren Sitz in C. und bezweckt die Konstruktion und den Verkauf von Anlagen, Komponenten, Steuerung und Ersatzteilen für die Baustoffproduktions- und Recyclingindustrie sowie Handel mit und Aufbereitung von alten Anlagen, Komponenten und Ersatzteilen.

2. Am 29. Februar 2008 bestellte die Beklagte bei der Klägerin gestützt auf deren Angebot vom 15. Februar 2008 drei Verteilbänder, wovon eines für Neuseeland und deren zwei für Dohar in Qatar bestimmt waren. Die Anlage für Neuseeland wurde mit Laufsteg, diejenigen für Qatar ohne Laufsteg bestellt. Die Bandkonstruktion bei den



Anlagen in Qatar mussten verzinkt, diejenige für Neuseeland lediglich mit RAL-Farbe gestrichen werden. Liefertermin für die Anlage in Neuseeland war der 12. März 2008, für Qatar der 20. März 2008. Die Lieferung hatte ab Werk, verladen in Containern, zu erfolgen. Es wurde ein Werklohn von Fr. 99'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Der Leistungsumfang und die bauseitig zu erbringenden und somit nicht im Werkpreis eingerechneten Leistungen sind im Angebot der Klägerin vom 15. Februar 2008 definiert (kläg. act. 1 - 5).

Die in Container verladene Anlage für Neuseeland wurde am 12. März 2008 durch die Klägerin bereitgestellt und an die Beklagte bzw. deren Transporteur übergeben. Am 31. März 2008 bezahlte die Beklagte für diese Anlage Fr. 34'440.--. Ein Differenzbetrag zu dem in Rechnung gestellten Betrag von Fr. 1'068.-- blieb offen (kläg. act. 4 und 6).

Nach Eingang der Zahlung für die Anlage Neuseeland übergab die Klägerin am 3. April 2008 die beiden für Qatar bestimmten Anlagen in Container verpackt der D. Transporte AG zu Händen der Beklagten (kläg. act. 8). Bereits zuvor, nämlich am 19. März 2008, hatte die Klägerin der Beklagten für die beiden Anlagen Qatar Rechnung gestellt (kläg. act. 5). Der Rechnungsbetrag von Fr. 71'016.-- blieb aber unbezahlt.

Am 2. Mai 2008 bestätigte die Klägerin der Beklagten die Planung und die Produktion einer Kippsicherung für das Förderband Neuseeland. Gleichzeitig stellte die Klägerin für diese Nacharbeit Fr. 2'582.40 in Rechnung (kläg. act. 13 und 14). Auch diese Rechnung wurde nicht bezahlt, weshalb die Klägerin am 12. Februar 2009 Klage einreichte.

3. Die Beklagte behauptet, dass alle drei Anlagen von der Klägerin ohne Mitwirkung der Beklagten auf dem klägerischen Werkgelände in Container eingeladen worden seien. Sie habe die nach Neuseeland gelieferte Anlage erst nach wochenlangem Transport auf hoher See nach deren Ankunft auf der Baustelle, wo sie umgehend aus dem Container entladen worden sei, prüfen können. Dabei hätten sich diverse Mängel gezeigt, welche die Beklagte im April 2008 bei der Klägerin telefonisch durch die Herren E. und F. gerügt habe. Der australische Geschäftsführer der G. Australia Pty Ltd. habe mitgeteilt, dass bereits während der ersten Regenfälle der Getriebemotor den Betrieb eingestellt habe. Der gelieferte Getriebemotor der italienischen Marke



Bonifoglio entspreche nicht der vereinbarten Marke, nämlich dem deutschen SEW-Motor. Das Förderband sei nicht stabil. Die Lauffläche sei schief. Auch streife das Förderband die Träger. Der Laufsteg habe in der gelieferten Form nicht montiert werden können, weshalb Modifikationen (Geländer Laufsteg und Verbindungspunkte zum Förderband) hätten vorgenommen werden müssen. Der Laufsteg genüge auch nicht den sicherheitstechnischen Anforderungen, weshalb die vom neuseeländischen Besteller geforderte Unbedenklichkeitsbestätigung bezüglich der gesamten Anlage nicht habe abgegeben werden können. Wegen dieser Mängel habe sich der neuseeländische Besteller geweigert, eine Schlussabrechnung vorzunehmen. Er habe von der beklagten Rechnung USD 10'200.-- abgezogen und wolle weitere USD 4'800.-- vom Rechnungsbetrag abziehen bzw. in Rechnung stellen. Der neuseeländische Besteller habe am 19. September 2008 weitere Mängel gerügt, welche Herr E. von der Beklagten telefonisch an die Klägerin weitergeleitet habe. Die Beklagte behauptet weiter, dass der Fahrtrieb unrichtig dimensioniert gewesen sei. Auch fehle beim Fahrtrieb eine Abdeckung. Zudem habe das gesamte Band nach weniger als sechs Monaten Roststellen aufgewiesen. Schliesslich habe die Beklagte trotz verschiedenster Aufforderungen bis heute die Berechnungsgrundlagen für die Statik in Form von Werkstatt- sowie Materialzeichnungen samt Beschrieb von der Klägerin nicht ausgeliefert bekommen. Ohne diese Pläne könne die Beklagte die Statik nicht prüfen und sie werde auch die für den Betrieb der Anlage notwendige Bewilligung nicht erhalten. Vor der definitiven Abnahme des Werkes könne sie keine weiteren Zahlungen leisten. Wegen der fehlerhaften Leistung seien ihr zudem diverse Reise- und Umtriebskosten entstanden. Diverse Mängelbehebungsarbeiten stünden noch an. Diese Kosten seien durch einen Experten vor Ort zu schätzen. Insgesamt beziffert die Beklagte ihre Gegenforderung betreffend die Anlage in Neuseeland in der Klageantwort mit USD 25'800.--. Des Weiteren behauptet die Beklagte, dass ihr wegen der mangelhaften Lieferung ein Auftrag von über Fr. 750'000.-- entgangen sei.

Betreffend die nach Qatar gelieferten Anlagen führt die Beklagte in der Klageantwort aus, dass die beiden Lieferbänder nach Ankunft auf der Baustelle umgehend geprüft worden seien. Dabei hätten die identischen Mängel festgestellt werden müssen wie bei der Anlage in Neuseeland. Die Herren E. und F. von der Beklagten hätten fristgerecht Mängelrüge erhoben. Zwar sei die Anlage in Qatar noch nicht montiert. Auf Grund der



Erfahrungen in Neuseeland sei aber mit Aufwendungen von Fr. 10'590.-- zu rechnen (Klageantwort S. 9).

4. Die Klägerin bestreitet die Ausführungen der Beklagten. Sie bestreitet insbesondere die von der Beklagten behaupteten mündlichen Mängelrügen. Die einzige Mängelrüge, die erfolgt sei, datiere vom 22. Mai 2008. Diese sei jedoch verspätet. Die Lieferung der Klägerin entspreche exakt der Bestellung der Beklagten. Fehlerhaft sei allenfalls die Bestellung der Beklagten oder aber die Montage und die Umbauarbeiten durch das Personal der Beklagten in Neuseeland, die sich nicht an die Betriebs- und Wartungsanleitung der Klägerin gehalten hätten. Für die Umbauarbeiten vor Ort sei die Klägerin nicht verantwortlich. Sie habe die Haftung diesbezüglich unmissverständlich schriftlich abgemahnt. Die Anlage Neuseeland habe darum einen anderen Getriebemotor, weil der in den Anlagen Qatar eingebaute SEW-Motor wegen der für die Anlage Neuseeland äusserst kurzen Lieferfrist nicht beschafft werden können. Entsprechend sei der Motor im Angebot vom 15. Februar 2008 nicht definiert worden. Die Klägerin bestreitet, dass sie verschiedentlich aufgefordert worden sei, die Berechnungsgrundlagen für die Statik in Form der Werkstatt- und Materialzeichnung samt Beschrieb auszuliefern. Die von der Klägerin gelieferte Statik liege innerhalb der zulässigen Durchbiegung und sei mit den erforderlichen Sicherheiten gerechnet. Die Klägerin habe die entsprechende CE-Konformitätserklärung unterschrieben abgegeben. Wenn die Beklagte angeblich statische Probleme vor Ort habe, sei vorstellbar, dass die statischen Werte durch den Umbau vor Ort verändert worden seien. Dieser Umbau liege aber nicht in der Verantwortung der Klägerin. Schliesslich macht die Klägerin auf die widersprüchlichen Aussagen der Beklagten betreffend die Anlagen Qatar aufmerksam.

Auf weitere Ausführungen der Parteien wird nachfolgend, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, eingegangen.

II.



St.Galler Gerichte

1. Beide Parteien sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Die Streitigkeit hängt mit der gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit zusammen. Zudem liegt der Streitwert über Fr. 30'000.--. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist somit gegeben. Nachdem die Beklagte ihren Sitz in Altstätten hat, ist das Handelsgericht auch örtlich zuständig (Art. 14 Abs. 1 ZPO; Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG).
2. In der Duplik vom 23. September 2009 kündigte die Beklagte an, sie werde ein Gutachten betreffend die Anlage in Neuseeland und eine Bestätigung betreffend die Anlagen in Qatar nachreichen. Der Handelsgerichtspräsident räumte der Beklagten diese Möglichkeit ein, worauf sie mit Eingabe vom 16. Oktober 2009 die in der Duplik erwähnten bekl. act. 11 und 12 nachreichte und eine E-Mail vom 19. September 2008 (bekl. act. 13) zu den Akten gab, die identisch ist mit dem bekl. act. 5. Das angekündigte Gutachten über die Anlage in Neuseeland wurde aber nicht eingereicht. Die Klägerin äusserte sich mit Eingabe vom 24. November 2009 zu den neu eingereichten beklagtischen Akten und auch zu den neuen Behauptungen in der Duplik. Diese nachträgliche Eingabe ist ohne weiteres zuzulassen (Art. 164 Abs. 1 lit. b ZPO).
3. Am 23. Februar 2010 fand eine Vorbereitungsverhandlung statt. Diese verlief ergebnislos, weshalb zur Hauptverhandlung vorgeladen wurde.

III.

1. Durch die Bestellung von drei Verteilbändern durch die Beklagte bei der Klägerin am 29. Februar 2008 haben die Parteien einen Werkvertrag abgeschlossen. Der Vertragsinhalt ergibt sich aus dem Angebot der Klägerin vom 15. Februar 2008 (kläg. act. 1) und der Bestellung der Beklagten vom 29. Februar 2008 (kläg. act. 2). In Ziffer 4 des Angebots erklärt die Klägerin unter dem Titel „Generelle Bedingungen“ die SIA-Normen 230, 161 und 118 zum integrierenden Bestandteil des Angebots. Diesbezüglich macht die Klägerin in der Klageschrift darauf aufmerksam, dass es sich bei den SIA-Normen 230 und 161 um veraltete Normen handle. Dies trifft zu. Beide Normen wurden im Jahre 2004 durch die SIA-Normen 263 und 264, die allgemeinen



St.Galler Gerichte

Normen für den Stahlbau, ersetzt. Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass diese veralteten Bestimmungen auf den Vertrag nicht anwendbar seien. Dies gelte auch für die SIA-Norm 118. Die SIA-Norm 118 sei auf immobile Bauarbeiten ausgerichtet und deshalb nicht auf mobile Werke anwendbar. Die Klägerin will auf die vorliegende Streitigkeit das Werkvertragsrecht nach Art. 363 ff. OR zur Anwendung bringen. Die Beklagte ging an Schranken davon aus, dass ein Werkvertrag vorliegt. Sie äusserte sich indessen nicht zur Frage, ob die SIA-Normen, d.h. insbesondere die SIA-Norm 118, anwendbar sind.

Die SIA-Norm 118 enthält allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten und hat den Bauwerkvertrag zum Gegenstand. In der Praxis kommt es aber vor, dass die SIA-Norm 118 für andere Verträge als für Bauverträge übernommen wird. Eine solche Übernahme ist nicht von vorne herein unwirksam. Da die Norm jedoch in derartigen Fällen für einen Vertrag verwendet wird, auf den sie nach ihrem Regelungsgegenstand nicht zugeschnitten ist, kommen die übernommenen Bestimmungen nur sinngemäss zur Anwendung. Zudem können einzelne Bestimmungen der zweckwidrig verwendeten Norm für das konkrete Vertragsverhältnis so unpassend sein, dass deren Geltung an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitern muss (vgl. P. Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., N 275). Auch rechtfertigt sich die Anwendung dann nicht, wenn eine nicht branchenkundige Partei die Verwendung der Norm vorschlägt (Gauch, a.a.O., N 294).

In casu stehen mobile Förderbänder zur Diskussion, die in der Schweiz verladen und danach in Containern verpackt nach Neuseeland bzw. Qatar verschifft und dort von der Beklagten ohne Mitwirkung der Klägerin zusammengebaut und in Betrieb genommen worden sind. Der Vertragsgegenstand hat somit nicht im Entferntesten mit einer immobilen Baute etwas zu tun. Die Förderbänder wurden ohne Zutun der Unternehmerin vor Ort aufgebaut und in Betrieb genommen, ohne dass eine Überprüfung des gelieferten Werks vor Ort durch die Parteien zur Diskussion stand. Die Anwendung der SIA-Norm 118 auf das vorliegende Vertragsverhältnis ist folglich unpassend und geradezu sachfremd. Dabei können sich beide Parteien, auch diejenige, welche die Anwendbarkeit der Norm vorschlägt, auf die "Ungewöhnlichkeitsregel" berufen, und die Anwendung der Norm ablehnen (vgl. P. Gauch, recht 1985, S. 32). Es fällt denn auch auf, dass sich die Parteien im Rahmen ihrer vertraglichen Zusammenarbeit und vor allem auch bei Auftreten von



Meinungsverschiedenheiten nie auf die SIA-Norm 118 berufen haben. So hat z.B. die Beklagte die angeblichen Mängel auf eigene Kosten behoben, obwohl die SIA-Norm 118 dem Unternehmer das Recht zur Verbesserung einräumt. Es war denn auch nie die Idee der Parteien, dass die Klägerin bei auftretenden Mängeln eine Nachbesserung in Neuseeland oder Qatar vorzunehmen hätte. Nichts spricht deshalb dafür, dass die unpassenden und teilweise auch veralteten SIA-Normen Vertragsinhalt geworden sind. Die Anwendbarkeit der SIA-Normen wird denn – wie erwähnt – auch nicht von der Beklagten geltend gemacht.

Die vorliegende Streitangelegenheit ist folglich nach den werkvertraglichen Bestimmungen gemäss Art. 363 ff. OR zu beurteilen.

2. Gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechtes hat der Besteller nach Ablieferung des Werkes das Werk zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Wann diese Prüfung konkret stattzufinden hat, sagt das Gesetz nicht. Es heisst, dass diese Prüfung zu erfolgen hat, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist. Diese Prüfungs- und Anzeigepflicht beginnt mit der Ablieferung des Werkes. Falls keine einschlägige Übung besteht, wann ein Werk geprüft werden muss, ist von derjenigen Zeit auszugehen, die ein ordentlicher Besteller eines Werkes benötigt, um mit der Untersuchung zu beginnen und die Prüfung dann sorgfältig durchzuführen. Zu berücksichtigen sind immer die konkreten Umstände des Einzelfalls. Eine Prüfung kann erst erwartet werden, wenn sie objektiv möglich und dem Besteller vernünftigerweise auch zumutbar ist. Der für die Berechnung der Prüfungsfrist massgebende Prüfungsort ist grundsätzlich der Ablieferungsort. Im Einzelfall aber kann es üblich oder tunlich sein, dass das Werk bei unverzüglicher Weiterversendung am Ort des Dritterwerbers geprüft wird, weshalb dann für die Berechnung der Prüfungsfrist auch die Dauer der Weiterversendung in Anschlag kommt (Gauch, a.a.O., N 2112 ff.).

Gegenstand der ordnungsgemässen Prüfung bildet das abgelieferte Werk. Der Besteller hat die Beschaffenheit des Werks auf ihre Vertragsgemässheit zu untersuchen. Dabei muss er sorgfältig prüfen, ob das Werk Mängel aufweist. Der Besteller muss die ihm zumutbare Aufmerksamkeit verwenden. Es wird diejenige Aufmerksamkeit erwartet, die von einem durchschnittlichen, nicht spezialisierten Kenner des Werks erwartet werden darf. Der Besteller ist nicht verpflichtet, einen



Sachverständigen beizuziehen, ausser es sei abgemacht oder entspreche der Übung (Gauch, a.a.O., N 2122).

Hat der Besteller auf Grund der Prüfung Mängel des Werkes erkannt, so ist er zur Anzeige der erkannten Mängel verpflichtet. Der Besteller hat jeden erkannten Mangel zu rügen. Dabei hat er die Mängel möglichst genau anzugeben. Der Unternehmer muss der Mitteilung des Bestellers entnehmen können, in welchem Punkt und in welchem Umfang der Besteller das Werk als mangelhaft erachtet. Obwohl Art. 367 Abs. 1 OR es nicht ausdrücklich sagt, sind die Mängel sofort zu rügen. Der Besteller hat die bei der Prüfung erkannten Mängel sofort nach ihrer Entdeckung anzuzeigen. Das Erfordernis der sofortigen Anzeige schliesst nicht aus, dass dem Besteller eine kurze Erklärungsfrist zusteht (Gauch, a.a.O., N 2126 ff., insbes. N 2141).

Falls der Besteller die ihm obliegende Prüfungs- und Anzeigepflicht verletzt, gilt die unwiderlegbare Vermutung der Genehmigung. Die Verletzung der Pflicht hat zur Folge, dass das Werk stillschweigend als genehmigt gilt. Das heisst also, dass offene Mängel, die der Besteller vor Ablauf der Prüfungsfrist erkannt, aber nicht gerügt hat, als genehmigt gelten. Dies gilt aber auch für Mängel, die der Besteller bis zum Ablauf der Prüfungsfrist gar nicht erkannt hat, die er aber bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen müssen. Falls solche Mängel nicht gerügt werden, gelten die Mängelrechte des Bestellers als verwirkt (Gauch, a.a.O., N 2148 ff.).

3. Die Klägerin behauptet, die Mängelrügen seien verspätet oder nicht erfolgt. Nach vorherrschender Lehre liegt die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge beim Besteller. Die Belastung des Bestellers mit dem Beweis der rechtzeitigen Rüge stösst in der Lehre aber auch auf Kritik. Insbesondere Gauch vertritt die Meinung, dass es zwar richtig sei, den Besteller beweisen zu lassen, dass und wann der Mangel von ihm gerügt worden sei. Falls er dagegen die Rüge und deren Zeitpunkt nachgewiesen habe, so liege der Beweis dafür, dass die nachgewiesene Mängelrüge zu spät erfolgt sei, beim Unternehmer. Gauch vertritt die Ansicht, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Prüfungs- und Anzeigepflicht (Art. 367 Abs. 1/370 OR) bei aller Gesetzestreue grosszügig zu handhaben seien, und im konkreten Zweifelsfall eher zu Gunsten des Bestellers zu entscheiden sei. Das gelte namentlich mit Bezug auf die Prüfungsfrist, die Rügefrist, die vom prüfenden Besteller erwartete Sorgfalt und für die Zuteilung der



Beweislast (vgl. Gauch, a.a.O., N 2164 ff.). Gegen die von Gauch vertretene Auffassung spricht die Tatsache, dass allein der Besteller zuverlässige Angaben über den Zeitpunkt des Erkennens des Mangels machen kann, dies insbesondere bei einer Distanzlieferung, für deren Transport der Unternehmer nicht zuständig ist und er entsprechend nicht weiss, wann die Ware am Bestimmungsort angekommen ist. Bühler vertritt deshalb im Zürcher Kommentar die Ansicht, dass man dem Unternehmer das Beweisrisiko für den Zeitpunkt des Erkennens des Mangels nicht auferlegen könne, würde doch dies faktisch bedeuten, dass er diesen Beweis nie erbringen kann. Er vertritt deshalb die Ansicht, dass bezüglich Rechtzeitigkeit der Mängelrüge der Besteller zu beweisen hat, dass er die Anzeige rechtzeitig abgesandt hat. Dagegen hat der Unternehmer nachzuweisen, dass die Mängelrüge verspätet war, bzw. dass es wegen verspäteter Anzeige eine Annahme gegeben hat. Die Beweislast für die Mängelrüge müsse deshalb beiden Parteien auferlegt werden und je nach Angemessenheit der einen oder der anderen Partei (vgl. Bühler, Zürcher Kommentar, N 58 ff. zu Art. 367 OR; BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 367 N 32 f.).

Die Rechtsprechung und die Lehrmeinungen sind bezüglich Beweislast somit nicht eindeutig. Im vorliegenden Fall scheint die umstrittene Frage aber nicht von entscheidender Bedeutung zu sein, ergibt sich doch bezüglich Rechtzeitigkeit der Mängelrüge was folgt:

Die für Neuseeland hergestellte Anlage wurde am 12. März 2008 in Container verladen und dann gemäss dem bekl. act. 3 am 25. März 2008 in La Spezia verschifft. Der Ankunftszeitpunkt in Neuseeland ist nicht bekannt und ergibt sich konkret auch nicht aus den Akten. Vieles spricht aber dafür, dass dies Mitte April 2008 der Fall gewesen sein muss. So bediente die Klägerin die Beklagte am 14. April 2008 auf deren Anfrage hin mit Unterlagen für das Förderband, welche die Beklagte wohl für das Zusammensetzen des Förderbands benötigte (kläg. act. 10). Am 2. Mai 2008 schliesslich erhielt die Klägerin von der Beklagten den Auftrag, eine Kippsicherung für das Förderband in Neuseeland zu planen und zu produzieren (kläg. act. 13a). Am 5. Mai 2008 gelangte die Beklagte mit einer Anfrage betreffend Steuerung und die Umplatzierung der Stützen an die Klägerin (vgl. kläg. act. 15, 28). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Anlage in Neuseeland in der Zeit von ca. Mitte April 2008 bis ca. Mitte Mai 2008 zusammengesetzt und in Betrieb genommen wurde. Für



diese Annahme spricht auch die Tatsache, dass die Beklagte im bekl. act. 12 Monteurkosten für die Zeit vom 30. April bis zum 15. Mai 2008 zur Verrechnung bringt.

Die Beklagte behauptet mündliche Mängelrügen bereits im April 2008. Als Zeugen offeriert sie die Herren E. und F. Die mündlichen Mängelrügen werden durch die Klägerin bestritten. Herr F. ist einziges Verwaltungsratsmitglied der Beklagten, Herr E. Geschäftsführer mit Einzelunterschrift (kläg. act. 24). Die als Zeugen angerufenen Personen könnten somit auf Grund ihrer leitenden Stellung bei der Beklagten nicht als Zeugen sondern nur als Partei einvernommen werden. Auf deren Befragung kann aber, wie nachfolgend auszuführen ist, verzichtet werden. Fest steht, dass die Beklagte am 22. Mai 2008 schriftlich gerügt hat (kläg. act. 16), und ab Mitte April bis anfangs Mai diverse Kontakte per Mail stattgefunden haben (kläg. act. 12 bis 15, 28). Die schriftliche Mängelrüge erfolgte rund sieben Tage nach der Beendigung der Montagearbeiten. Darin rügt die Beklagte konkret und substantiiert vier Mängel:

- Für die Montage des Laufstegs hätten diverse Modifikationen vorgenommen werden müssen;
- Für die Montage der Endschalter hätten Halterungen gebaut und angebracht werden müssen;
- Der Fahrtrieb sei völlig falsch dimensioniert; es habe ein Frequenzumrichter nachgerüstet werden müssen und
- Die gelieferten Getriebemotoren entsprächen nicht der vereinbarten Marke und müssten eventuell ausgetauscht werden.

Nachdem die Parteien über die Montage der Endschalter und auch des Laufstegs und über eine Kippsicherung für das Förderband per E-Mail anfangs Mai korrespondiert hatten (kläg. act. 12 bis 15), und davon ausgegangen werden kann, dass die Anlage Neuseeland Mitte Mai 2008 fertig installiert war, steht fest, dass die Mängelrüge in Bezug auf diese Punkte rechtzeitig (allenfalls mündlich schon vor dem 22. Mai 2008) erfolgt ist. Auch die Rüge betreffend Fahrtrieb erfolgte rechtzeitig, nämlich rund sieben Tage nach Beendigung der Montagearbeiten. Die Klägerin brachte in diesem



Zusammenhang vor, die Beklagte habe, wie aus ihrer schriftlichen Mängelrüge vom 22. Mai 2008 hervorgehe, die Mängel zuerst behoben (ausgenommen den Getriebemotor) und erst später gerügt, womit die Mängelrüge nicht sofort (vgl. Gauch, a.a.O., N 2141) erfolgt sei. Diese sei verspätet, da die Prüfung und Rüge vor der Mängelbehebung hätte erfolgen müssen (Art. 370 OR). Vorliegend ist jedoch davon auszugehen, dass es erst nach Abschluss der Montagearbeiten möglich war, die Dimension des Fahrtriebs und generell das Funktionieren der Anlage zu prüfen. Verspätet aber erfolgte die Rüge betreffend Getriebemotor. Die Lieferung des angeblich falschen Motors konnte und musste die Beklagte sofort nach Öffnen der Container feststellen. Entsprechend hätte sie die Rüge früher, nämlich sofort nach der Entdeckung des vermeintlichen Mangels, anbringen müssen. Wie nachfolgend auszuführen ist, liegt aber in Bezug auf den Getriebemotor kein Mangel vor.

4. Im Rahmen einer Mängelrüge hat der Besteller die von ihm erkannten Mängel mitzuteilen (Art. 367 Abs. 1 OR). Dabei hat der Besteller jeden Mangel, den er rügen will, möglichst genau anzugeben. Dies macht die Beklagte in ihrer Mängelrüge vom 22. Mai 2008. Die Rüge genügt den gesetzlichen Anforderungen. Ein Werkmangel liegt aber nur dann vor, wenn eine Abweichung des Werks vom Vertrag besteht. Dem Werk muss eine bestimmte Eigenschaft fehlen, die es nach dem Verträge haben sollte (vgl. Gauch, a.a.O., N 1355 ff.).

Im Schreiben vom 23. Mai 2008 (kläg. act. 17) anerkennt die Klägerin, dass bei der Auslieferung der Anlage nach Neuseeland die Zwischenelemente der Geländer nicht mitgeliefert worden sind. Im Übrigen weist sie die Mängelrügen betreffend Laufsteg, Halterung für den Endschalter, den Fahrtrieb und den Getriebemotor zurück. Beweise für die gerügten Mängel liefert die Beklagte nicht. Insbesondere hat sie das Gutachten, das sie noch in der Duplik angekündigt hat, nicht nachgereicht. Beweispflichtig für das Bestehen von Mängeln ist aber die Bestellerin, die Mängel rügt. Sie offeriert die Befragung verschiedener Zeugen und auch das Einholen eines Sachverständigengutachtens. Die offerierten Beweise sind nur dann abzunehmen, wenn sich ergibt, dass es sich bei den gerügten Mängeln um Vertragsabweichungen handelt. Dies trifft nun aber nicht zu auf die Rüge betreffend Getriebemotor. Der Getriebemotor ist in der Offerte der Klägerin (kläg. act. 1 S. 1 Pos. 2) nicht definiert. Entsprechend ist entgegen den beklagischen Behauptungen kein SEW-Motor



geschuldet. Aus den Vertragsakten ergibt sich des Weiteren nicht, dass die Klägerin Halterungen für die Endschalter schuldet. Vielmehr heisst es in Ziff. 3 der klägerischen Offerte, dass die elektrischen Installationen, die Steuerung inkl. Zuleitung nicht Vertragsinhalt sind. Auch auf den im Recht liegenden Skizzen sind keine Halterungen eingezeichnet. Die nicht gelieferten Halterungen stellen somit keinen Mangel dar. Die beklagte Mängelrüge, wonach der Fahrtrieb falsch dimensioniert sei, weist die Klägerin zurück mit der Begründung, dass die Fahrtriebe je nach örtlichen Bedingungen mit Frequenzumrichtern angetrieben würden. Dies sei Sache des vor Ort anwesenden Steuerungsbauers. Strittig ist somit die Frage, was für ein Fahrtrieb vertraglich geschuldet ist. Der Fahrtrieb ist weder in der Offerte der Klägerin noch in der Bestellung der Beklagten definiert. Sicher nicht Vertragsgegenstand ist ein Frequenzumrichter. Auch sind im Vertrag weder die Frequenz noch die Spannung definiert, was ein zusätzliches Indiz dafür ist, dass der Fahrtrieb bauseitig und somit durch die Beklagte zu planen und installieren ist. Nachdem der Frequenzumrichter nicht Vertragsgegenstand ist, ist ein Mangel betreffend Dimensionierung des Fahrtriebs nicht nachgewiesen. Schliesslich verbleibt die Rüge betreffend Laufsteg. Die Klägerin anerkennt, vier Zwischenelemente nicht geliefert zu haben, und erklärte sich von Anfang an bereit, die Kosten für das Material und die Montage zu übernehmen. Sie wünschte von der Beklagten eine detaillierte Kostenaufstellung (kläg. act. 21). Die darüber hinaus gehenden behaupteten Modifikationen werden von der Klägerin bestritten und von der Beklagten weder substantiiert noch bewiesen. Zudem ist die Montage des Förderbands auf der Baustelle nicht Vertragsbestandteil. Die Klägerin war nur für die Vormontage zuständig. Allfällige Modifikationen für die Montage des Laufstegs vor Ort gehen somit zu Lasten der Beklagten. Hierzu hat sie die Unterstützung der Klägerin erbeten und auch bekommen, allein die Klägerin lehnte für das Umplatzieren von Stützen jede Haftung und Garantie ab (kläg. act. 13 bis 15, 28). Vor diesem Hintergrund geht auch die in den Rechtsschriften mehrfach wiederholte Rüge der ungenügenden Statik fehl. Wenn die Beklagte bei der Montage des Laufstegs an einen angrenzenden Anlagenteil irgendwelche Modifikationen vornimmt und insbesondere die Stützen verschiebt, so haftet die Klägerin nicht mehr für die Statik. Die Beklagte hatte denn auch nicht dargelegt, aus welchem Grund und auf welche Weise sie die Stützen umplatziert hatte.



5. In den Rechtsschriften rügt die Beklagte nebst den in der schriftlichen Mängelrüge vom 22. Mai 2008 gerügten Mängel weitere Mängel. Sie behauptet, diese Mängel mündlich bei der Klägerin gerügt zu haben. Die Beklagte glaubt, die mündlichen Mängelrügen mit der Korrespondenz Ende April/anfangs Mai 2008 beweisen zu können. Daraus ergebe sich, dass die Parteien in regem Kontakt gestanden hätten. Bis Mitte Mai 2008 scheinen die Parteien in der Tat regelmässig Kontakt gehabt zu haben. Nach der schriftlichen Mängelrüge vom 22. Mai 2008 war dann aber die Beklagte für die Klägerin nicht mehr erreichbar, was sich aus dem Mailverkehr der Klägerin ergibt (kläg. act. 19 bis 22). Die Beklagte reagierte erst wieder auf das Schreiben der Rechtsschutzversicherung der Klägerin (kläg. act. 21) am 26. August 2008 (kläg. act. 22), also rund fünf Monate nach Ankunft der Anlage in Neuseeland. Der Beweis für rechtzeitige mündliche Rügen für Mängel, die nicht bereits am 22. Mai 2008 gerügt worden sind, kann die Beklagte somit nicht erbringen. Auf die erst in der Klageantwort gerügten Mängel ist somit nicht einzugehen. Sie sind verspätet. Verspätet ist schliesslich auch die Rüge betreffend Rost, welche die Beklagte in ihrem Schreiben vom 26. August 2008 (kläg. act. 22) erhoben hat. Die Beklagte hat nicht substantiiert ausgeführt, wo und wann die Roststellen entstanden und insbesondere ob sie erst später in Erscheinung getreten sind. Aus den Akten ergibt sich nicht, wann dies der Fall war. Die Beklagte reicht mit bekl. act. 4 Bilder von Roststellen ein. Wann diese Fotos gemacht wurden, wird weder hinreichend behauptet noch ist dies aus den Unterlagen ersichtlich. Es kann nun aber in keiner Weise ausgeschlossen werden, dass der Farbanstrich bereits auf dem Transport oder bei der Montage beschädigt worden war, worauf Mikrorisse im Farbanstrich dazu führten, dass die beschädigten Stellen unterrostet wurden. Nachdem die Beklagte die Ursache für die Roststellen weder substantiiert behauptet noch nachgewiesen hat, ist nicht dargetan, dass diese einen der Klägerin zuzurechnenden Mangel darstellen. Im Übrigen hat die Beklagte die preiswertere Lösung bestellt, indem die Klägerin die Anlage in Neuseeland nur mit RAL-Farbe gestrichen und nicht verzinkt liefern musste. Auch die diversen im E-Mail vom 19. September 2008 (bekl. act. 5) gerügten Mängel sind nicht begründet, da nicht nachgewiesen ist, dass diese Rügen an die Klägerin weitergeleitet worden sind. Als Beweis offeriert die Beklagte lediglich Herrn E. als Zeugen. Er soll die Mängel telefonisch bei der Klägerin abgemahnt haben. Auf die beantragte Einvernahme ist zu verzichten, da die Beklagte nicht hinreichend substantiiert ausgeführt hat, wann und



welche Mängel gerügt worden seien. Von einer solchen Rüge ist aber auch nicht nach dem normalen Lauf der Dinge auszugehen. Dadurch, dass die Beklagte am 22. Mai 2008 schriftlich gerügt hat, gibt sie klar zu erkennen, dass sie aus Beweisgründen Mängelrügen schriftlich anzumelden pflegt. Wenn es der Beklagten mit der Mängelrüge ernst gewesen wäre, so hätte sie die E-Mail vom 19. September 2008 sicher unverzüglich an die Klägerin weitergeleitet, zumal die Beklagte am 26. August 2008 bereits mit der Rechtsschutzversicherung der Klägerin korrespondiert hatte. Dies geschah offenbar nicht. Wie erwähnt, sind die gerügten Mängel aber auch bis heute nicht rechtsgenügend substantiiert. Zwar liess die Beklagte noch in der Duplik behaupten, sie werde ein Gutachten betreffend die Anlage in Neuseeland einreichen. Solches hat die Beklagte unterlassen, womit davon auszugehen ist, dass sie nicht in der Lage ist, ihre Behauptungen zu beweisen.

6. Die behaupteten Mängel betreffend die Lieferung nach Qatar sind nicht substantiiert. Auch fehlt der Nachweis, dass irgendwelche Mängel rechtzeitig gerügt worden sind. Die Beklagte schreibt in der Duplik (S. 8 Ziff. 9), dass die Anlage in Qatar bis zum 15. November 2009 noch nicht aufgebaut war. Dem bekl. act. 11 kann entnommen werden, dass die Anlage bis zum 4. Oktober 2009 noch nicht an den Endabnehmer ausgeliefert worden war. In der Klageantwort (S. 8 Ziff. 9) wird behauptet, dass die beiden Anlagen nach deren Ankunft (der Zeitpunkt ist nicht bekannt) in Qatar sofort ausgepackt und geprüft worden seien. Darauf hätten die Herren E. und F. "entdeckte Mängel" fristgerecht mündlich gerügt. Den Beweis der mündlichen Mängelrüge kann die Beklagte durch die Befragung ihrer Organe nicht führen. Es liegen keine Indizien dafür vor, dass nach der erfolgten schriftlichen Rüge vom 22. Mai 2008 mündlich weitere Mängel gerügt worden sind, insbesondere nicht in Bezug auf die Anlagen in Qatar. Die Tatsache, dass die Beklagte auf Schreiben der Klägerin nicht oder sehr spät reagierte und den Kontakt eher mied als suchte, deutet ebenfalls daraufhin, dass keine mündlichen Rügen erfolgten. Nachdem die Klägerin die Mängelrügen betreffend die Anlage Neuseeland mit Schreiben vom 23./27. Mai 2008 (kläg. act. 17 und 18) zurückgewiesen und sie ihre Rechtsschutzversicherung eingeschaltet hatte, kann auch ausgeschlossen werden, dass die Beklagte nur mündlich statt schriftlich gerügt hat. Dies widerspräche – wie bereits ausgeführt – jeder Lebenserfahrung. Nach Auftreten von Meinungsverschiedenheiten wird aus Beweisgründen in der Regel nur noch schriftlich gerügt. Auf die Befragung der Organe



der Beklagten kann somit verzichtet werden (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 3b zu Art. 101 ZPO). Allfällige Mängelrechte in Bezug auf die Anlagen in Qatar sind verwirkt. Entsprechend ist der für die beiden nach Qatar gelieferten Anlagen in Rechnung gestellte Werklohn geschuldet.

7. Eine fristgerechte und substantiierte Mängelrüge, die zudem von der Klägerin akzeptiert wird, liegt somit lediglich bezüglich des Laufstegs bei der Anlage Neuseeland vor, konkret bezüglich der nicht mitgelieferten vier Zwischenelemente. Die Klägerin hat sich bereit erklärt, nach Vorlage einer detaillierten Kostenaufstellung für die aus der Mängelrüge resultierenden Material- und Montagekosten aufzukommen. Allein die Beklagte bediente die Klägerin nie mit einer solchen Kostenaufstellung. Auch den Rechtsschriften und den von der Beklagten eingereichten Akten kann nicht entnommen werden, welcher Aufwand der Beklagten durch das Produzieren und Montieren der fehlenden vier Zwischenelemente entstanden ist. Die Klägerin führte an Schranken aus, es handle sich um eine Unvollständigkeit der Lieferung und nicht um einen Mangel. Für die Beschaffung der vier Zwischenelemente sei mit Kosten zwischen Fr. 200.-- und Fr. 300.-- zu rechnen. Die Beklagte habe dieses Angebot nie beantwortet. Die Beklagte bestritt diese Beträge an Schranken nicht und brachte auch nicht vor, welcher Betrag nach ihrer Ansicht für die nicht mitgelieferten vier Zwischenelemente einzusetzen sei. Damit ist der von der Klägerin genannte Betrag von Fr. 300.-- ausgewiesen. Die Höhe dieses Betrages für die Beschaffung der vier Zwischenelemente wird denn auch von den Fachrichtern als angemessen erachtet. Auf die Einholung einer Expertise zu dieser nicht mehr streitigen Frage kann verzichtet werden.

8. Die von der Klägerin verlangten Verzugszinsen sind nicht bestritten worden und sind ausgewiesen. Wie soeben ausgeführt, sind vom eingeklagten Betrag von Fr. 74'666.40 Fr. 300.-- abzuziehen. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 74'366.40 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 71'784.-- vom 18. April 2008 bis 27. Oktober 2008 und 5 % auf Fr. 74'366.40 ab dem 28. Oktober 2008 zu bezahlen. Ferner ist in der Betreibung Nr. 82351 des Betreibungsamtes Altstätten vom 28. Oktober 2008 wird der Rechtsvorschlag im Umfang des Klageschutzes zu beseitigen.