

# GR\_GERICHTE ZK2 2014 25 vom 23. März 2016

GR Gerichte, 2016-03-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2014\\_25](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2014_25)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2014 25 du 23 mars 2016

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2014 25 del 23 marzo 2016

## Regeste

Forderung aus Werkvertrag | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

## Erwägungen

### E. 1

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 52'231.-- nebst Zins zu 5% seit 17. März 2011 zu bezahlen.

### E. 2

Für die Forderung gemäss Ziffer 1 sei die vom Beklagten beim Bezirksgericht Maloja hinterlegte Sicherheitsleistung im Umfang von CHF 52'231.-- nebst Zins zu 5% seit 17. März 2011 der Klägerin herauszugeben.

### E. 3

Die Widerklage wird vollumfänglich abgewiesen.

### E. 4

Die Gerichtskosten dieses Verfahrens in Höhe von CHF 8'000.-- sowie die Kosten der Schlichtungsbehörde in Höhe von CHF 300.-- gehen zu 1/7 zu Lasten der Klägerin und zu 6/7 zu Lasten des Beklagten und werden mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Gerichtskosten aus dem Verfahren betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Proz. Nr. 135-2011-166) in Höhe von CHF 900.-- sowie die Kosten des Grundbuchamtes Oberengadin in Höhe von CHF 68.25 gehen zu 1/7 zu Lasten der Klägerin und zu 6/7 zu Lasten des Beklagten und werden mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin mit CHF 14'462.90 (inkl. Barauslagen) aussergerichtlich zu entschädigen und ihr den geleisteten Vorschuss in Höhe von CHF 5'372.80 (6/7 von CHF 5'300.-- sowie 6/7 von 968.25) zu ersetzen.

### E. 5

(Rechtsmittelbelehrung).

### E. 6

(Mitteilung)." Mit Berichtigungsentscheid vom 26. Mai 2014, mitgeteilt am 27. Mai 2014, korrigierte das Bezirksgericht Maloja Ziff. 4 des Dispositivs dahingehend, als die Beklagte verpflichtet wurde, die Klägerin mit Fr. 14'462.90 (inkl. Barauslagen) aussergerichtlich zu entschädigen und ihr den geleisteten Vorschuss in Höhe von CHF 7'944.20 (6/7 von CHF 8'300.-- sowie 6/7 von CHF 968.25) zu ersetzen. H. Gegen den Entscheid vom 18. Februar 2014 liess X. \_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 4. Juni 2014 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären, wobei er das folgende Rechtsbegehren stellte:

Seite 5 — 21 "1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Maloja vom 18. Februar 2014, mitgeteilt am 2. Mai 2014, aufzuheben; 2. Es sei die Klage abzuweisen; 3. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. gesetzlicher MwSt. zu Lasten der Berufungsbeklagten." I. In ihrer Berufungsantwort vom 10. Juli 2014 liess die Y. \_\_\_\_\_ die vollumfängliche Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge inkl. MwSt zu Lasten des Berufungsklägers beantragen. J. Mit Schreiben vom 11. Juli 2014 teilte der Vorsitzende der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden den Parteien mit, dass weder ein weiterer Schriftenwechsel noch eine mündliche Verhandlung vorgesehen sei. Auf die Begründung der Anträge sowie auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1. Beim angefochtenen Urteil, welches eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von über Fr. 10'000.-- zum Gegenstand hat, handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Maloja vom 18. Februar 2014 wurde den Parteien am 2. Mai 2014 mitgeteilt und ging am 5. Mai 2014 (vgl. vorinstanzliche Akten act. I./17) bei X. \_\_\_\_\_ ein. Seine Berufung erfolgte mit Eingabe vom 4. Juni 2014 und somit fristgerecht. Da die Rechtschrift zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist auf sie einzutreten. 2.a) Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet die Frage, ob X. \_\_\_\_\_ aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien be-

Seite 6 — 21 rechtigt war, vor Fertigstellung der Arbeiten vom Werkvertrag zurückzutreten, die durch die Y. \_\_\_\_\_ noch nicht fertiggestellten Arbeiten durch eine Drittfirma abschliessen zu lassen und die dadurch entstandenen Zusatzkosten mit den Forderungen der Berufungsbeklagten zu verrechnen. Der Berufungskläger begründet seine Vorgehensweise gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ damit, dass sich diese mit der Ablieferung und Vollendung des bestellten Werkes in Verzug befunden habe. Die Parteien hätten die Lieferung der Werke innert 30 Tagen nach Erhalt der definitiven Masse vereinbart. Dieser Termin sei nicht eingehalten worden. Entsprechend sei er gestützt auf Art. 366 Abs. 1 OR und Art. 102 ff. OR berechtigt gewesen, vom Vertrag zurückzutreten und die noch nicht erledigten Arbeiten durch eine Drittfirma vornehmen zu lassen. Das Bezirksgericht Maloja gelangte nach Würdigung der Zeugenaussagen und der übrigen Beweismittel zum Ergebnis, dass sich die Parteien im Vertrag nicht auf einen bestimmten Verfalltag geeinigt haben. Weder aus dem Vertrag vom 18. November 2010 noch aus den übrigen Akten gehe hervor, wann die endgültigen Masse vorgelegen hätten. Insofern sei die Y. \_\_\_\_\_ nicht ohne weiteres 30 Tage nach Vertragsschluss, nämlich am 18. Dezember 2010 in Verzug geraten. X. \_\_\_\_\_ sei daher nicht berechtigt gewesen, gestützt auf Art. 107 OR vom Vertrag zurückzutreten. Ausserdem stellte die Vorinstanz fest, dass seitens der Y. \_\_\_\_\_ weder ein Verschulden noch eine objektive Pflichtwidrigkeit im Sinne von Art. 366 Abs. 1 OR angenommen werden könne, weshalb grundsätzlich ein Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Werklohn abzüglich der Einsparungen infolge der Nichtbeendigung der Arbeit sowie der unbewiesenen gebliebenen Mehrkosten für die Boiserie bestehe. Die

Widerklage von X.\_\_\_\_\_ auf Erstattung des Mietzinsausfalls über die Festtage wies das Bezirksgericht Maloja vollumfänglich ab. Entsprechend den Rügen des Berufungsklägers gilt es nachfolgend namentlich zu prüfen, ob der Entscheid der Vorinstanz auf einer angemessenen und willkürfreien Beweiswürdigung beruht. b) Im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen ist die Abweisung der Widerklage von X.\_\_\_\_\_. Zwar verlangt der Berufungskläger in Ziff. 1 seines Rechtsbegehrens die Aufhebung des (gesamten) Entscheids des Bezirksgerichts Maloja, demzufolge auch hinsichtlich der Widerklage, er unterlässt es jedoch diesbezüglich einen Antrag in der Sache zu stellen und diesen Antrag zu begründen. Fehlt es an einem Antrag in der Sache und an einer hinreichenden Begründung, ist auf das entsprechende Begehren nicht einzutreten (vgl. dazu Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N. 34 ff. zu Art. 34 sowie Seite 7 — 21 das Urteil des Bundesgerichts 5A\_209/2014 vom 2. September 2014 E. 4.2.1 mit Verweis auf 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 3). 3. Vorweg ist festzuhalten, dass die Bestimmungen von Art. 366 OR und Art. 102 OR entgegen dem, was der Berufungskläger offenbar anzunehmen scheint, nicht deckungsgleich anwendbar sind. Art. 366 OR regelt die Rechtsbehelfe des Bestellers bei Verzug oder Vertragsverletzung des Unternehmers während der Werkherstellung. Er greift vor Eintritt des Ablieferungstermins ein und befasst sich mit der rechtzeitigen Vornahme der Arbeit. Danach braucht der Besteller nicht bis zum Ablieferungstermin zuzuwarten, um gegen den säumigen Unternehmer vorzugehen. Vielmehr wird bereits der Verzug in der Ausführung des Werkes sanktioniert. Dieser Schuldnerverzug tritt ein, wenn der Unternehmer sich mit der Herstellung des geschuldeten Werkes (objektiv) pflichtwidrig verspätet und vom Besteller, soweit erforderlich, gemahnt wird. Demgegenüber bezieht sich Art. 102 OR auf den Verzug des Unternehmers mit der Ablieferung des hergestellten Werkes. Kommt der Unternehmer in Verzug mit der Ablieferung des geschuldeten Werkes (Art. 102 OR), so bestimmt sich die Rechtslage nach den allgemeinen Art. 103 - 109 OR. Dieser Verzugsfall setzt voraus, dass der Unternehmer trotz Eintritts des Ablieferungstermins das geschuldete Werk (objektiv) pflichtwidrig noch nicht vollendet oder abgeliefert hat. Überdies muss der Besteller den Unternehmer gemahnt haben (Art. 102 Abs. 1 OR), es sei denn, eine Mahnung erübrige sich, weil der konkrete Ablieferungstermin ein bestimmter Verfalltag ist (Art. 102 Abs. 2 OR) oder weil die Mahnung sich von vornherein als nutzlos erweist (vgl. zum Ganzen Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2011, N. 659 ff. und 668 ff.; Peter Lehmann in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, N. 1 zu Art. 366). 4. Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob der Berufungskläger infolge eines Ablieferungsverzugs im Sinne von Art. 102 OR berechtigt war, gemäss Art. 107 OR vom Vertrag zurückzutreten. Die Vorgehensweise nach Art. 107 Abs. 2 OR und damit der Rücktritt vom Vertrag setzt gemäss Art. 107 Abs. 1 OR voraus, dass es sich um einen zweiseitigen Vertrag handelt, der Schuldner sich im Verzug befindet und eine vom Gläubiger angesetzte, angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung erfolglos abgelaufen ist. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass es sich um einen synallagmatischen Vertrag handelt, weshalb auf diese Voraussetzung nicht näher einzugehen ist. Zu prüfen ist im Folgenden, ob sich die Y.\_\_\_\_\_ tatsächlich in Verzug befand und ob die von X.\_\_\_\_\_ angesetzte Nachfrist in ihrer Dauer angemessen war.

Seite 8 — 21 a) Der Schuldnerverzug setzt das Vorliegen der Fälligkeit der Obligation, eine Mahnung oder einen bestimmten Verfalltag sowie das Fehlen verzugsbeseitigender

beziehungsweise ausschliessender Gründe voraus (vgl. Wolfgang Wiegand, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, N. 3 zu Art. 102). Im Bereich des Werkvertragsrechts ist somit vorausgesetzt, dass der Unternehmer trotz Eintritts des Ablieferungstermins das geschuldete Werk (objektiv) pflichtwidrig noch nicht vollendet oder das vollendete Werk pflichtwidrig noch nicht abgeliefert hat. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR), ansonsten bedarf es einer Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR). Die weitere Rechtslage bestimmt sich nach den Art. 103 - 109 OR. b) Ob die Parteien einen bestimmten Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart haben, beurteilt sich nach dem Inhalt des konkreten Werkvertrags (Peter Gauch, a.a.O., N. 648). Ein Verfalltagsgeschäft liegt vor, wenn die Parteien ein bestimmtes Datum für die Erfüllung vereinbart haben oder wenn sich zumindest der Fälligkeitszeitpunkt kalendermässig genau berechnen lässt (Urteil des Bundesgerichts 4A.232/2011 vom 20. September 2011 E. 4.2 mit Hinweisen). Eine Mahnung ist entbehrlich, weil sich der Schuldner unter den genannten Voraussetzungen ohne besonderen Hinweis darüber im Klaren sein muss, wann er seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat (Wolfgang Wiegand a.a.O., N. 10 zu Art. 102). Ein Verfalltag ist nicht ausreichend bestimmt, wenn er abhängig ist vom Eintritt eines zukünftigen, zeitlich ungewissen Ereignisses, selbst wenn das ungewisse Ereignis vom Willen des Schuldners abhängt (Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band VI/1./5., Bern 2000, N. 114 zu Art. 102). Eine undeutliche Verfalltagbestimmung ist im Zweifel als Vereinbarung eines Mahngeschäfts auszulegen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_87/2010 vom 9. April 2010 E. 6.2 mit Hinweisen). Wenn ein Werkvertrag ein Bauprogramm festlegt, gerät der Unternehmer in der Regel erst durch die Mahnung des Bestellers in Verzug, weil die im Vertrag enthaltenen Zeitangaben meist nicht Verfalltage sind, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben (Weber, a.a.O., N. 116; Gaudenz Zindel/Urs Pulver in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, a.a.O., N.

## **E. 10**

September 2012 (vorinstanzliche Akten act. I./4) führte die Y.\_\_\_\_\_ aus, es werde bestritten, dass am 18. November 2010 bereits sämtliche definitiven Masse vorgelegen hätten und dass sie sämtliche Arbeiten bereits bis spätestens am 18. Dezember 2010 hätte erbringen und beenden müssen (Ziff. 7 S. 5). Sie legte in jenem Zusammenhang dar, dass sie noch auf diverse Instruktionen angewiesen gewesen sei, um die Details der einzelnen Werke zu bewerkstelligen. Dies belegt auch die E-Mail von A.\_\_\_\_\_ an den Architekten B.\_\_\_\_\_ vom 10. Januar 2011 (vgl. vorinstanzliche Akten act. II./19). Die Behauptung des Berufungsklägers, die Berufungsbeklagte habe im vorinstanzlichen Verfahren anerkannt, dass die Masse nach Vertragsschluss nicht mehr angepasst worden seien, erweist sich damit als aktenwidrig. Das Vorliegen eines Verfalltagsgeschäfts wurde von der Y.\_\_\_\_\_ rechtsgenügend bestritten. bd) Als weiteres Argument für ein Verfalltagsgeschäft bringt der Berufungskläger vor, dass eine Änderung der Masse ohne Rücksprache mit ihm gar nicht möglich gewesen wäre. Dies, da der Werkvertrag aufgrund der im Voranschlag und im Werkvertrag aufgeführten Masse geschlossen worden sei. Der übereinstimmende

Seite 12 — 21 Wille der Parteien sei daher auf die im Werkvertrag genannten Masse gegangen. Die angeblich neuen Masse hätten ihm schriftlich zur Genehmigung zugestellt

werden müssen, da der Werkvertrag damit geändert worden wäre. Auch dies schliesse eine Nachmessung aus. Dies umso mehr, als für die im Werkvertrag enthaltenen Werke zu den entsprechenden Massen ein entsprechender Fixpreis vereinbart worden sei. Wären die Masse geändert worden, hätten auch die Preise angepasst werden müssen. Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, ist aufgrund der Zeugenaussage von B.\_\_\_\_\_ erwiesen, dass eine Massbereinigung nach Vertragsschluss stattgefunden hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers bewirkt eine solche aber nicht grundsätzlich eine genehmigungsbedürftige Vertragsänderung. Das Werk, das der Unternehmer herzustellen und abzuliefern hat, muss auf Grund der übereinstimmenden Willenserklärungen bestimmt, zumindest aber genügend bestimmbar sein, damit ein Werkvertrag zustande kommt. Genügend bestimmbar ist das geschuldete Werk sicher schon dann, wenn die Parteien es in den Grundzügen vertraglich umschrieben, zugleich aber (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbart haben, dass die noch offenen Einzelheiten der Werk-ausführung sich nach den Umständen, nach einem Leistungsziel oder nach späterer Übereinkunft richten. Dass bei solchen Vertragsgestaltungen die Kosten der Werkausführung, wenn überhaupt, nur annähernd im Voraus berechenbar sind, steht einem wirksamen Vertragsabschluss auch dann nicht entgegen, wenn für die Vergütung eine Festpreisabrede getroffen wird (vgl. zum Ganzen Peter Gauch, a.a.O., N. 382 und Fussnote 13). Im vorliegenden Fall mussten die Masse der bestellten Möbel und Wandverkleidungen auf die konkreten Verhältnisse in den betreffenden Räumen abgestimmt werden. Wie dies der Zeuge B.\_\_\_\_\_ auch ausführte (vorinstanzliche Akten act. VI./2 S. 11), wurden daher in seiner Anwesenheit direkt auf der Baustelle noch die genauen Masse genommen, bevor die Möbel in Produktion gingen. Ein aktives Mitwirken des Bestellers selbst war hierfür nicht erforderlich, zumal es sich gerade nicht um eine Vertragsänderung handelte. be) Der Berufungskläger bringt des Weiteren vor, der Zeuge B.\_\_\_\_\_ habe ausgesagt, dass die Lieferung teilweise auf Ende November 2010 hätte ausgeführt werden müssen. Wenn kein Fixgeschäft abgeschlossen worden wäre, hätte keine Lieferfrist bestanden. Diese Argumentation zielt ins Leere. Wie sich insbesondere aus der E-Mail des Berufungsklägers an seinen Architekten B.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2010 (vgl. Beilage zu act. V./2) 10 ergibt, stellte X.\_\_\_\_\_ einen Zeitplan zusammen, um die verschiedenen Arbeiten auf der Baustelle zu koordinieren. Darin führte er auf, welcher Unternehmer bis Ende November welche Arbeiten erledigt haben sollte, um den Umbau bis Silvester 2010 fertigstellen zu

Seite 13 — 21 können. Betreffend die Werke der Berufungsbeklagten ist diesem Zeitplan zu entnehmen, dass bis Ende November die Türen montiert, die Boiserien in den Schlafzimmern und im Wohnzimmer angebracht und nach Möglichkeit die Schiebetür eingebaut sein sollten. Bevor die Badezimmer fertig gestellt würden, sollten die Schränke in den Schlafzimmern in Angriff genommen werden. Weiter führte er auf, dass noch keine Fensterbänke in Auftrag gegeben worden seien. Wie bereits dargelegt wurde, stellen Zeitangaben in Form eines Bauprogramms ohne anderslautende Regelung grundsätzlich keine Verfalltage dar (Weber, a.a.O., N. 116). Es ist somit entgegen der Auffassung des Berufungsklägers sehr wohl möglich, ein Bauprogramm mit Lieferungsterminen aufzustellen, ohne ein Verfalltaggeschäft vereinbart zu haben. Allerdings handelt es sich bei diesen Terminen sodann lediglich um unverbindliche Richtlinien (vgl. hierzu Peter Gauch, Baurechtstagung 1995, Fristen und Termine - Die Bauzeit im Werkvertrag, S. 10; Gaudenz Zindel/Urs Pulver a.a.O., N. 10 zu Art. 366). bf) Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass aufgrund der Formulierungen im Werkvertrag vom 18. November 2010 sowie der eindeutigen Aussagen des Zeugen B.\_\_\_\_\_ davon auszugehen ist, dass bei

Vertragsschluss noch nicht sämtliche notwendigen Masse für die Fertigstellung der Werke vorlagen. Dementsprechend wurde entgegen der Auffassung des Berufungsklägers im konkreten Fall kein bestimmter Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart. Die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz sind daher zu schützen. Des Weiteren sind die im Bauprogramm des Berufungsklägers festgelegten Termine nicht als verbindlich zu beachten, da dies im Vertrag nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Als verbindlicher Ablieferungstermin gilt damit einzig die Absprache, wonach die Lieferung innert 30 Tagen ab Erhebung der definitiven Masse zu erfolgen habe. Liegt demnach kein Verfalltaggeschäft gemäss Art. 102 Abs. 2 OR vor, bleibt in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Vorgehensweise des Berufungsklägers aufgrund der Rechtsbehelfe von Art. 102 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 107 OR gerechtfertigt war. c) Wurde kein Verfalltag vereinbart, so kann der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt werden (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Mahnung kann mit der Nachfristansetzung nach Art. 107 Abs. 1 OR zeitlich zusammenfallen. Letztere beinhaltet immer auch eine Mahnung, weshalb der Unternehmer spätestens mit der Ansetzung einer Nachfrist gemahnt wird (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 667). In der Fristansetzung muss die Aufforderung enthalten sein, die verspätete Leistung innert einer bestimmten Zeitdauer vorzunehmen. Die Angemessenheit dieser Zeitdauer hängt von den Umständen des einzelnen Falles, namentlich von

Seite 14 — 21 der Art der Leistung und dem Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung ab. Als angemessen gilt eine Frist dann, wenn sie - unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit gegenüber dem Schuldner - nach der Lage der Umstände ausreicht, um der Leistungsaufforderung nachzukommen (vgl. Rolf H. Weber, a.a.O., N. 66 ff. zu Art. 107; Andreas Thier, a.a.O., N. 3 zu Art. 107). Im konkreten Fall forderte X.\_\_\_\_\_ die Berufungsbeklagte am 21. Dezember 2010 erstmalig auf, die noch nicht erledigten Arbeiten bis zum 24. Dezember 2010 fertig zu stellen (vorinstanzliche Akten act. III./2). Mit anderen Worten mahnte der Berufungskläger die Y.\_\_\_\_\_ und räumte ihr eine Nachfrist von drei Tagen ein. Dieses Schreiben erfolgte - wie sich aus dem Betreff ergibt - als Antwort auf eine E-Mail von A.\_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2010 (vorinstanzliche Akten act. II./17) mit welcher dieser dem Berufungskläger mitteilte, dass es seiner Firma infolge der von X.\_\_\_\_\_ angeordneten Einstellung der Arbeiten ab dem 18. Dezember 2010 nicht möglich war, die laufenden Arbeiten gemäss dem mit dem Architekten B.\_\_\_\_\_ festgelegten Zeitplan zu erledigen. Deswegen seien sie auch nicht in der Lage, die Arbeiten innerhalb der Lieferfristen gemäss Vertrag zu beenden. Wie sich insbesondere aus einer E-Mail des Architekten B.\_\_\_\_\_ an X.\_\_\_\_\_ (vorinstanzliche Akten act. II./18) ergibt, muss es sich bei der fraglichen Einstellung der Arbeiten um die Umsetzung einer Sperrfrist handeln, welche gemäss Baustatuten und Gewerkschaften vom 18. Dezember 2010 bis zum 17. Januar 2011 andauerte. Inwieweit und in welchem Umfang diese für die Handwerker der Berufungsbeklagten galt, lässt sich aus den Akten nicht herleiten. Aufgrund der vorgenannten E-Mail ging B.\_\_\_\_\_ jedoch zum fraglichen Zeitpunkt davon aus, dass sämtliche Arbeiten der Y.\_\_\_\_\_ betroffen waren und diese erst am 17. Januar 2011 wieder aufgenommen werden konnten. Immerhin war der Architekt B.\_\_\_\_\_ - wie sich aus den Akten ergibt - die direkte Ansprechperson für das Unternehmen, wenn es um die Koordination und Durchführung der Arbeiten ging (vgl. hierzu beispielsweise vorinstanzliche Akten act. II./17 "direzioni lavori"). Allem Anschein nach wurde dies den Handwerkern auch so kommuniziert, weshalb diese die Baustelle am 17. Dezember 2010 verliessen. Unter diesem Aspekt erscheint die von X.\_\_\_\_\_ angesetzte Nachfrist bis zum

24. Dezember 2010 als nicht angemessen, zumal die Berufungsbeklagte davon ausgehen durfte, dass sie die Arbeiten von Gesetzes wegen nicht vor dem 17. Januar 2011 wieder aufnehmen durfte. Aufgrund der angeordneten Sperrzeit war es ihr objektiv gar nicht möglich, die noch ausstehenden Arbeiten innert der festgesetzten Nachfrist zu erbringen. Angesichts dieser besonderen Umstände war es der Berufungsbeklagten nach Treu und Glauben auch nicht zumutbar, dagegen Widerspruch einzulegen (vgl. hierzu Rolf H. Weber, a.a.O., N. 78).

Seite 15 — 21 d) Nach dem Gesagten steht damit fest, dass die Parteien keinen Verfalltag für die Vertragserfüllung vereinbarten. Ein Rücktritt vom Vertrag gestützt auf die Mahnung und Nachfristansetzung vom 21. Dezember 2010 erweist sich infolge unangemessener Nachfrist als unzulässig. X.\_\_\_\_\_ war somit nicht berechtigt, gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurückzutreten und die noch nicht erbrachten Leistungen auf Kosten der Berufungsbeklagten durch eine Drittfirma vornehmen zu lassen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen des Berufungsklägers im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme näher einzugehen. 5. Der Berufungskläger macht weiter geltend, er habe den Beweis erbracht, dass die Berufungsbeklagte die Werke nicht mehr rechtzeitig würde herstellen können. Gemäss den Zeugenaussagen des nachträglich zugezogenen Schreiners C.\_\_\_\_\_ seien die Arbeiten einfach nicht fertig gewesen, weil die Zeit gefehlt habe. Dies belege, dass die Berufungsbeklagte die geschuldeten Arbeiten nicht wie vereinbart erbracht habe. a) Art. 366 Abs. 1 OR sanktioniert den Verzug in der Ausführung des Werkes. Dieser Schuldnerverzug tritt ein, wenn der Unternehmer sich mit der Herstellung des geschuldeten Werkes (objektiv) pflichtwidrig verspätet und vom Besteller, soweit erforderlich, gemahnt wird. Eine Verspätung liegt sicher vor, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes so sehr im Rückstand ist, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. Je nachdem, ob die Parteien einen Vollendungstermin vereinbart haben oder nicht, kommt es für die Rechtzeitigkeit der Werkvollendung darauf an, ob der vereinbarte Vollendungstermin eingehalten oder ob das Werk so frühzeitig vollendet wird, dass der Ablieferungstermin eingehalten werden kann. Des Weiteren verspätet sich der Unternehmer, wenn er mit der Herstellung des Werkes nicht rechtzeitig beginnt oder mit dem Fortschritt der Arbeit hinter einem verbindlichen Zeitprogramm zurückbleibt. Die Verzögerung des Unternehmers muss zudem objektiv pflichtwidrig sein. An diesem Erfordernis fehlt es dann, wenn die Leistung des Unternehmers (objektiv) unmöglich geworden ist oder ein anderer Grund vorliegt, der die Verzögerung rechtfertigt wie beispielsweise bei Verzug der erforderlichen Vorbereitungs- oder anderen Mitwirkungshandlungen, wobei den Besteller hierbei kein Vorwurf treffen muss. Verzögerungen, welche auf der verspäteten Vorleistung eines Nebenunternehmers beruhen, begründen keinen Schuldnerverzug des Unternehmers (vgl. zum Ganzen Peter Gauch, Der Werkvertrag, a.a.O., N. 668 ff.). b) Der Zeuge C.\_\_\_\_\_ sagte anlässlich seiner Befragung vom 1. Juli 2013 (vorinstanzliche Akten act. VI./3. S. 3) aus, die Arbeiter der Y.\_\_\_\_\_ seien einfach

Seite 16 — 21 nicht fertig gewesen. Es sei überall gearbeitet worden, aber die Schlussarbeiten hätten gefehlt. Der Schreiner C.\_\_\_\_\_ wurde seitens des Berufungsklägers erst nach dem Rücktritt vom Vertrag mit der Y.\_\_\_\_\_ (13. Januar 2011) zugezogen. Dies wird auch mit der Aussage bestätigt, dass C.\_\_\_\_\_ mit den Arbeiten in der Liegenschaft von X.\_\_\_\_\_ erst am 18. Januar 2011 angefangen habe (vorinstanzliche Akten act. V./3. S. 4). Dass die Berufungsbeklagte zu diesem Zeitpunkt die von ihr zu erbringenden Arbeiten

noch nicht fertiggestellt hatte, ist vorliegend un- bestritten. Dies beweist jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsklägers nicht, dass sich die Y. \_\_\_\_\_ infolge einer objektiven Pflichtwidrigkeit in einem Her- stellungsverzug befand. Wie bereits ausgeführt wurde, stellt das von X. \_\_\_\_\_ er- stellte Bauprogramm keinen Vertragsbestandteil dar, weshalb die darin festgeleg- ten Termine nicht als verbindlich gelten. Eine Verspätung kann somit nicht schon darin erblickt werden, dass diese Terminplanung nicht eingehalten werden konnte. Des Weiteren ist die Zeugenaussage des Architekten B. \_\_\_\_\_ zu berücksichtigen. Dieser gab anlässlich seiner Befragung zu Protokoll (vorinstanzliche Akten act. VI./2 S. 3), die Baustelle sei terminlich verspätet gewesen. Auch andere Handwer- ker seien mit ihren Arbeiten verspätet gewesen. Dies ziehe natürlich das ganze Terminprogramm nach vorne. Ausserdem habe es einige Änderungswünsche von X. \_\_\_\_\_ gegeben. Die Abänderung der Bibliothek habe eine Verzögerung um ein paar Tage bewirkt (S. 8). Aus diesen Aussagen geht hervor, dass es Gründe für die Verzögerung auf der Baustelle gab, die nicht der Y. \_\_\_\_\_ zuzuschreiben sind. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass der Berufungskläger selbst für die Verspätungen verantwortlich war, zumal es durch seine Änderungswünsche zu einem Mehraufwand kam, welcher zu Verschiebungen im Zeitplan führte. Dies ergibt sich in dieser Form auch aus der E-Mail von A. \_\_\_\_\_ an B. \_\_\_\_\_ vom 10. Januar 2011 (vgl. vorinstanzliche Akten act. II./19), worin der Unternehmer um Präzisierungen hinsichtlich einzelner Einbauten verlangt, welche aufgrund von Änderungswünschen des Berufungsklägers erforderlich geworden sind. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers vermag daran die Aussage, wonach sich auch andere Handwerker im Verzug befunden hätten, nichts zu ändern. Wie be- reits vorstehend ausgeführt wurde, begründen verspätete Vorleistungsarbeiten durch andere am Vorhaben beteiligte Handwerker keinen Schuldnerverzug des Unternehmers. Auch sein Einwand, der Aussage von B. \_\_\_\_\_ komme kein Be- weiswert zu, da es sich lediglich um eine Aussage vom Hörensagen handle, ist nicht zu hören. Wie seinen Ausführungen zu entnehmen ist, war er bis zum 13. Dezember 2010 auf der Baustelle und ist erst danach in die Ferien gefahren. Was somit seine Aussagen zu den Entwicklungen auf der Baustelle bis zu jenem Zeit- punkt betrifft, handelt es sich um unmittelbare Wahrnehmungen, denen volle Be-

Seite 17 — 21 weiskraft zukommt. Zusammenfassend kann nach dem Gesagten festgehalten werden, dass der Nachweis einer objektiven Pflichtwidrigkeit der Y. \_\_\_\_\_ nicht gelingt, weshalb eine Vorgehensweise nach Art. 366 Abs. 1 OR im konkreten Fall ausser Frage steht. 6. Befand sich der Berufungsbeklagte somit weder in Herstellungs- noch in Ablieferungsverzug, beurteilt sich der Vertragsrücktritt des Berufungsklägers nach Art. 377 OR, wobei er für bereits geleistete Arbeit ersatzpflichtig wird. Die Y. \_\_\_\_\_ stellte hierfür den Betrag von Fr. 52'231.-- in Rechnung (vorinstanzliche Akten act. I./7), wobei sie zum einen sowohl die bereits erfolgte Akontozahlung von Fr. 50'000.-- und zum anderen Fr. 6'015.-- für nicht mehr hergestellte Möbel sowie Fr. 1'500.-- für nicht mehr ausgeführte Montagearbeiten in Abzug brachte. Die Vorin- stanz stellte hierzu fest, dass das genaue Mass der Boiserie umstritten sei und infolge fehlenden Beweises lediglich von den anerkannten 68.13m<sup>2</sup> und nicht wie von der Y. \_\_\_\_\_ behauptet von 115.16m<sup>2</sup> ausgegangen werden könne. Des Wei- teren liege kein Beweis für die von der Klägerin geltend gemachten zusätzlichen Aufwendungen für Verkleidungsarbeiten und Regale in Höhe von Fr. 2'110.-- vor, weshalb auch dieser Betrag nicht anzurechnen sei. Somit sei vom vertraglich ver- einbarten Werklohn von Fr. 83'374.-- zuzüglich Fr. 13'626.-- für die Boiseriearbei- ten (Fr. 200.--/m<sup>2</sup>) und abzüglich der Akontozahlung von Fr. 50'000.-- und abzüg- lich Fr. 6'015.-- für nicht mehr hergestellte Möbel sowie Fr. 1'500.-- für nicht mehr

ausgeführte Montagearbeiten auszugehen, was einen geschuldeten Werklohn von total Fr. 39'485.-- ergebe. a) Der Berufungskläger wendet dagegen zunächst ein, die Berufungsbeklagte habe den Vertrag nicht vollständig erfüllt, da die Möbel und das Material bloss geliefert, nicht aber eingebaut worden seien, obschon dies vertraglich vereinbart gewesen sei. Anhand der von der Firma C.\_\_\_\_\_ erstellten und ins Recht gelegten Rechnungen und der Fotoaufnahmen sei erstellt, dass wohl das Material vorhanden gewesen sei, dieses jedoch in der Liegenschaft nicht verbaut worden sei. Für die Fertigstellung der Einbauarbeiten, welche von der Berufungsbeklagten hätten erbracht werden müssen, habe die Firma C.\_\_\_\_\_ rund 3 Wochen aufwenden müssen. Der hierfür in Rechnung gestellte Betrag von Fr. 18'750.-- stelle den Preis für die nicht erbrachte Arbeit der Berufungsbeklagten dar. In diesem Umfang habe die Berufungsbeklagte infolge Nichtbeendigung der Arbeiten Ersparnisse erzielt, welche vom geschuldeten Werklohn in Abzug zu bringen seien. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Art. 377 OR verpflichtet den kündigenden Besteller zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers. Diese Schadenersatzpflicht besteht unabhängig vom Verschulden des Bestellers. Zu ersetzen ist das positive Ver-

Seite 18 — 21 tragsinteresse; der Unternehmer soll so gestellt werden, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Dieses umfasst auch den entgangenen Gewinn. Massgebend ist die sich aus dem Vertrag ergebende Gewinnmarge, die der Richter nicht herabsetzen darf. In Abzug zu bringen ist jedoch, was der Unternehmer infolge der Auflösung des Werkvertrags anderweitig erwarb oder zu erwerben treuwidrig unterlassen hat (vgl. zum Ganzen Gaudenz Z. Zindel/Urs Pulver in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, a.a.O., N. 15 f. zu Art. 377 mit zahlreichen Hinweisen). Wie aus der Rechnung der Y.\_\_\_\_\_ (vorinstanzliche Akten act. II./7) hervorgeht, ging diese vom vereinbarten Werklohn, welcher praxisgemäss die oberste Grenze des Schadenersatzanspruches bildet, aus und zog hiervon für nicht mehr hergestellte Möbel sowie für nicht mehr ausgeführte Montagearbeiten den Betrag von insgesamt Fr. 7'515.-- (Fr. 6'015.-- und Fr. 1'500.--) ab. Die Ersparnisse, welche die Unternehmerin durch die vorzeitige Beendigung des Vertrags hatte, wurden somit bereits berücksichtigt. Auslagen, die dem Besteller für die Fertigstellung des Werkes entstanden sind, können nach der vorstehend zitierten Lehre nicht in Abzug gebracht werden. b) Der Berufungskläger rügt weiter, dass zwischen den Parteien nie eine Bauabnahme stattgefunden habe, geschweige denn dass ihm jemals eine Schlussrechnung zugestellt worden sei. Entsprechend sei es willkürlich und komme einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gleich, wenn die Vorinstanz von einem vereinbarten Werklohn in Höhe von Fr. 83'374.-- ausgehe, da der Berufungskläger nie eine Schlussrechnung erhalten habe. Der Berufungskläger verkennt dabei, dass der Werklohn bereits im Werkvertrag vom 18. November 2010 (vorinstanzliche Akten act. II./6) zum voraus genau bestimmt worden war. Dabei wurde für jedes zu erstellende Möbel einschliesslich Montagearbeiten ein exakter Preis festgelegt. Für die Erstellung der Boiserie wurde ein fester Preis pro Quadratmeter vereinbart. Demzufolge verpflichtete sich der Berufungskläger bereits bei Vertragsabschluss, für die bestellten Werke den Betrag von Fr. 83'374.-- zuzüglich Kosten für die Boiserie von Fr. 200.-- pro m<sup>2</sup> zu bezahlen. Der Bestand der Forderung ist damit auch ohne Schlussrechnung ausgewiesen. Überdies liegt entgegen den Behauptungen des Berufungsklägers eine Schlussrechnung der Y.\_\_\_\_\_ bei den Akten (vorinstanzliche Akten act. II./7), welche an den Berufungskläger adressiert ist. Ausserdem wurde ihm mit Schreiben vom 11. März 2011 (vgl. vorinstanzliche Akten act. II./11), welches an den Architekten B.\_\_\_\_\_ zu

Handen von X. \_\_\_\_\_ gerichtet, aber gemäss Vermerk auf dem Brief zusätzlich vorab an beide Personen via E- Mail zugestellt worden war, eine Zahlungsfrist bis zum 17. März 2011 angesetzt, um die Restforderung von Fr. 52'231.-- zu begleichen. Der Berufungskläger be-

Seite 19 — 21 streitet zwar, diese Schlussrechnung und das genannte Schreiben jemals erhalten zu haben. Gleichzeitig gesteht er jedoch in seiner Klageantwort vom 25. Juni 2012 (vorinstanzliche Akten act. I./2 S. 18) ein, die Schlusszahlung zurückbehalten zu haben. Der Architekt B. \_\_\_\_\_ erklärte anlässlich seiner Befragung zwar, sich nicht daran erinnern zu können, die Rechnung und die Zahlungsaufforderung erhalten zu haben, räumte aber gleichzeitig ein, er habe die Rechnung nicht verifizieren können, was wiederum deren Erhalt voraussetzt. Unter diesen Umständen ist die Behauptung des Berufungsklägers, keine Kenntnis von der Rechnung gehabt zu haben, als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren.

c) Der Berufungskläger macht schliesslich geltend, die Berufungsbeklagte habe die gemäss Werkvertrag geschuldeten Arbeiten nicht nur nicht fertiggestellt, sondern zudem auch untaugliches und fehlerhaftes Material geliefert. Ausserdem hätten verschiedene Möbel umgearbeitet werden müssen, da die Masse nicht gestimmt hätten und die Gegenstände nur teilweise gebrauchstauglich gewesen seien. Mit anderen Worten macht er Werkmängel geltend, welche seiner Ansicht nach zu einer Reduktion des vereinbarten Werklohns führen müssten. Dabei übersieht er jedoch - wie die Berufungsbeklagte zu Recht einwendet -, dass er es unterlassen hat, rechtzeitig eine Mängelrüge zu erheben. Dass eine solche ausgeblieben ist, gesteht er in seiner Klageantwort (vorinstanzliche Akten act. I./2 S. 20) auch ein, indem er ausführt, es wäre Sache des Architekten B. \_\_\_\_\_ gewesen, allfällige Mängelrechte gegenüber der Y. \_\_\_\_\_ rechtzeitig geltend zumachen. Dies umso mehr, als er diesem die Mängelliste vom 16. Januar 2011 habe zukommen zu lassen. In diesem Zusammenhang ebenfalls zu berücksichtigen ist die Aussage von C. \_\_\_\_\_, welcher auf die Frage hin, ob die Berufungsbeklagte ungenau gearbeitet habe, ausführte, dass man dies nicht so sagen könne. Bis am Schluss wären sie wohl fertig gekommen, aber es habe die Zeit gefehlt. Er denke, dass es daran gelegen habe (vorinstanzliche Akten, act. V./3 S. 5). Somit sind die von X. \_\_\_\_\_ geltend gemachten Mängel nicht rechtsgenügend nachgewiesen und wären aufgrund der fehlenden Mängelrüge ohnehin nicht zu beachten.

7. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte weder gestützt auf Art. 102 ff. OR noch gestützt auf Art. 366 OR berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten. Somit beurteilt sich der Vertragsrücktritt des Berufungsklägers nach Art. 377 OR, wobei er für bereits geleistete Arbeit ersatzpflichtig wird. Dabei sind, ausgehend vom vertraglich fix vereinbarten Werklohn, lediglich die bereits geleistete Akontozahlung sowie die von der Berufungsbeklagten zugestandenen Einsparungen an nicht mehr hergestellten Möbeln und nicht mehr ausgeführten Montagearbeiten sowie die flächenmässig geringer ausgefallenen Boiseriearbeiten

Seite 20 — 21 in Abzug zu bringen. Allfällige Mängel, welche der Berufungskläger geltend macht, sowie Auslagen, die infolge der Fertigstellung der Arbeiten durch eine Drittfirma entstanden sind, bleiben unberücksichtigt. Daraus resultiert, dass X. \_\_\_\_\_ - in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides - zu verpflichten ist, der Y. \_\_\_\_\_ einen Werklohn von Fr. 39'485.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 17. März 2011 zu bezahlen. Damit ist die Berufung von X. \_\_\_\_\_ sowohl im Hauptpunkt wie auch im Eventualantrag vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang bleibt es auch bei der vorinstanzlichen Kostenregelung.

8. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt.

Demzufolge gehen im vorliegenden Fall die Kosten des Verfahrens von Fr. 8'000.-- zu Lasten von X.\_\_\_\_\_. Dieser hat überdies der obsiegenden Y.\_\_\_\_\_ eine volle Parteientschädigung zu entrichten. Deren Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin lic. iur. Ylenia Baretta Mazzoni, reichte mit Datum vom 10. Juli 2014 eine Honorarnote über den Betrag von Fr. 3'669.40 ein, wobei sie einen zeitlichen Aufwand von 14.25 h zu einem Stundenansatz von Fr. 250.-- zuzüglich 3% Klein- spesenpauschale geltend machte. Dies erscheint unter Berücksichtigung der mutmasslichen notwendigen Bemühungen und der Schwierigkeit der Sache als angemessen. X.\_\_\_\_\_ ist demnach zu verpflichten, der Y.\_\_\_\_\_ eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 3'669.40 zu entrichten.

Seite 21 — 21 III.

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