

GR_GERICHTE ZK2 2014 5 vom 6. November 2017

GR Gerichte, 2017-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2014_5

FR: GR_GERICHTE ZK2 2014 5 du 6 novembre 2017

IT: GR_GERICHTE ZK2 2014 5 del 6 novembre 2017

Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 2

Nachstehende, durch das Bauobjekt bedingte Besondere Bestimmungen: Keine.

E. 2.1

Beim angefochtenen Entscheid, welcher offensichtlich eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert über Fr. 10'000.00 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 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 Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 22. November 2012 wurde den Parteien am 5. Dezember 2013 begründet mitgeteilt (act. II.1) und ging der Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (im Folgenden: Berufungsklägerin) am 10. Dezember 2013 zu (act. V.2). Die Berufung der Berufungsklägerin erfolgte mit Eingabe vom 24. Januar 2014 unter Berücksichtigung des Stillstands der Frist vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO) demnach fristgerecht. Da die Rechtsschrift zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist auf die Berufung grundsätzlich einzutreten.

E. 2.2

Die Frist für die Berufungsantwort beträgt 30 Tage (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Die Gegenpartei kann in der Berufungsantwort Anschlussberufung erheben (Art. 313 Abs. 1 ZPO). Von dieser Möglichkeit hat der Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger (im Folgenden: Berufungsbeklagter) Gebrauch gemacht. Nachdem die Berufungsantwort und Anschlussberufung innert Frist der Schweizerischen Post übergeben worden ist (Art. 143 Abs. 1 ZPO; act. IV.2 und act. I.4) und zudem die übrigen Formerfordernisse erfüllt sind, kann auf die Anschlussberufung eingetreten werden. 3. Sowohl die Berufungsklägerin als auch der Berufungsbeklagte verweisen in ihren Rechtsschriften an mehreren Stellen zur Begründung ihrer Anträge auf ihre Ausführungen vor der ersten Instanz, ohne diese Ausführungen jedoch zu wiederholen. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung erklärt, begründen im

Seite 12 — 58 Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO bedeute aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet werde. Dieser Anforderung genüge der Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragene Vorbringen verweise, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gebe oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiere. Die Anforderungen an die Berufungsbegründung gälten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 5D_148/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1 f.; vgl. zu den Anforderungen an den Inhalt der Berufungsantwort auch die Urteile des Bundesgerichts 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015 E. 4.2 und 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4). Damit steht fest, dass es nicht genügt, wenn in einer Rechtsschrift im Berufungsverfahren auf im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragene Vorbringen verwiesen wird, ohne diese Vorbringen in der Rechtsschrift selbst zu wiederholen. Es ist der Rechtsmittelinstanz nicht zuzumuten, die Argumentationen der jeweiligen Partei im Sinne eines Puzzles in verschiedenen anderen Schriftstücken zusammensuchen und an deren Stelle zusammenzutragen beziehungsweise dasjenige davon, das für die Argumentation an den entsprechenden Orten gerade als passend erscheinen könnte. Das ist Sache der Parteien. Die Parteien haben folglich im Berufungsverfahren in ihren Rechtsschriften aufzuzeigen, aus welchen Gründen dem angefochtenen Urteil beziehungsweise den Argumenten der Gegenpartei nicht gefolgt werden kann; die Argumentationsketten müssen sich dabei aus den Rechtsschriften selbst ergeben. Soweit die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte Vorbringen, die sie vor der ersten Instanz vorgetragen haben, in ihre Rechtsschriften im Berufungsverfahren aufnehmen wollen, ohne sie jedoch zu wiederholen, genügen ihre Rechtsschriften somit den Begründungsanforderungen im Berufungsverfahren nicht. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich nur mit Ausführungen, Argumenten, Rügen und Beweisofferten zu befassen, die sich in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens selbst finden. 4. Die Berufungsklägerin stellt in der Berufung den Antrag auf Zeugeneinvernahme von D._____. Sie hat diesen Zeugen bereits im vorinstanzlichen Verfahren benannt und der Zeuge wurde daraufhin auch rogatorisch einvernommen (vgl. Akten der Vorinstanz, act. V/8). Die Berufungsklägerin führt nicht näher aus, aus welchen Gründen eine erneute Einvernahme von D._____ notwendig wäre. Sie belässt es beim Hinweis, dass dieser Zeuge für die gesamte Sachdarstellung des Bauablaufs benannt werde, ohne dass dies in der Berufung bei jeder Randziffer wiederholt werde. Es fehlt damit an einer substantiierten Begründung des Antrags auf erneute Einvernahme von D._____. Insbesondere fehlen Ausführungen dazu,

Seite 13 — 58 welche neuen entscheidrelevanten Erkenntnisse aus einer erneuten Einvernahme von D._____ zu gewinnen wären. Die konkrete Erwartung neuer, entscheidrelevanter Erkenntnisse aber wäre Voraussetzung dafür, dass eine erneute Einvernahme von D._____ angeordnet werden könnte. Indem die Berufungsklägerin es unterlässt, ihren Antrag substantiiert zu begründen, erfüllt sie in diesem Punkt die Begründungsanforderungen an die Berufungsschrift, welche aus Art. 311 Abs. 1 ZPO abgeleitet werden, nicht. Auf die Berufung ist insoweit nicht einzutreten. 5. Der Berufungsbeklagte stellt in der Berufungsantwort und Anschlussberufung den Antrag, es sei eine Oberexpertise einzuholen. Diesen Antrag hat er bereits im vorinstanzlichen Verfahren mehrfach gestellt; die Vorinstanz hat den Antrag im angefochtenen Entscheid abgelehnt. Der Berufungsbeklagte begründet im Berufungsverfahren seinen erneuten Antrag damit, dass das Gutachten mangelhaft sei, dass es dem Gutachter an fachlicher

Kompetenz gefehlt habe, dass der Gutachter völlig unkritisch die Grundhaltung der Berufungsklägerin übernommen und sich als parteibezogen erwiesen habe. Der Berufungsbeklagte äussert sich auf über zweiundzwanzig Seiten zu seinen Kritikpunkten. Er unterlässt es aber konsequent, genaue Fundstellen in den Akten anzugeben, die seine Behauptungen stützen würden. Er belässt es dabei, die Ausführungen des Experten als unzutreffend und nicht in Übereinstimmung mit den Akten zu bezeichnen und eigene Behauptungen aufzustellen, ohne aber Beweise für seine Ausführungen konkret und nachvollziehbar zu benennen. Es ist nun aber nicht Aufgabe des Gerichts, die Akten nach möglichen Stützen für die Kritik des Berufungsbeklagten zu durchforschen. Es wäre vielmehr Aufgabe des Berufungsbeklagten gewesen, seine Behauptungen durch konkrete und detaillierte Verweise auf die entsprechenden Beweise zu belegen. Wie bereits die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, hält der Berufungsbeklagte mit seiner Vorgehensweise den Ausführungen des Experten einfach seine Sicht der Dinge entgegen. Allein dass der Experte eine andere Ansicht beziehungsweise einen anderen Standpunkt als der Berufungsbeklagte vertritt, macht die Expertise jedoch augenscheinlich nicht mangelhaft. Kommt hinzu, dass der Berufungsbeklagte sich zwar eingehend mit seinen Kritikpunkten an der Expertise beschäftigt, jedoch kaum auf die ablehnende Begründung der Vorinstanz eingeht. Er setzt sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht auseinander, zeigt auch nicht auf, inwieweit die Entscheidung der Vorinstanz sich gerade wegen der Übernahme von Schlussfolgerungen aus dem Gutachten als falsch erweisen soll beziehungsweise inwieweit das Gutachten die vorinstanzliche Entscheidung negativ beeinflusst haben soll. Dies wäre jedoch Voraussetzung, um eine Oberexpertise anordnen zu können. Der Berufungsbeklagte zeigt nicht auf, inwieweit die von

Seite 14 — 58 ihm monierten Mängel des Gutachtens den angefochtenen Entscheid zu seinen Ungunsten beeinflusst haben sollen. Insgesamt gesehen kommt der Berufungsbeklagte seiner Begründungspflicht nicht nach, so dass auf seine Berufungsantwort, bzw. Anschlussberufung, insoweit nicht eingetreten werden kann (vgl. BGE 138 III E. 4.3). Daneben vermögen seine Argumente aber auch nicht zu überzeugen. Wie die Berufungsklägerin zu Recht geltend macht, hat der Berufungsbeklagte die Fachkompetenz des Experten nicht in Frage gestellt, als es um die Expertenomination ging. Und auch die von ihm nun in der Berufungsantwort und Anschlussberufung behaupteten Punkte erschüttern die Fachkompetenz des Gutachters nicht. Es ist schlicht nicht ersichtlich, woraus der Berufungsbeklagte eine Voreingenommenheit des Gutachters gegenüber der bei der Baugrube in O.2_____ verwendeten Art der Baugrubensicherung ableiten will. Dass sich der Experte im Rahmen eines Gesprächs mit einem fachkundigen Dritten über verschiedene Aspekte des Baugrubenabschlusses ausgetauscht sowie die Schlussfolgerungen schriftlich festgehalten hat und in seiner Expertise auf diese Schlussfolgerungen verweist, lässt ihn keineswegs voreingenommen erscheinen. Zudem hat der Experte die verwendete Baugrubensicherung als tauglich beurteilt (Expertise, Akten der Vorinstanz, act. VI/11, S. 27 zu Frage 4.2 und S. 38 Ziff. 5.1.15), was deutlich gegen eine Voreingenommenheit spricht. Der Berufungsbeklagte stellt im Weiteren die Behauptung auf, der Experte vermöge nicht zwischen permanenten und nicht permanenten Nagelwänden zu unterscheiden. Er unterlässt es jedoch aufzuzeigen, dass ein allenfalls bestehender Unterschied für das vorliegende Verfahren überhaupt relevant wäre. Ebenso wenig zeigt er auf, wo der Experte eine entsprechende Unterscheidung nicht getroffen und wo diese Unterlassung zu einer falschen Schlussfolgerung geführt haben soll. Die unbelegten Behauptungen des Berufungsbeklagten ändern nichts daran, dass der Experte

durchaus kompetent war, die sich vor- liegend stellenden Fachfragen zu beurteilen. Mit Bezug auf die Ausgangslage des Gutachters geht der Berufungsbeklagte im Weiteren von der falschen Prämisse aus, der Vertragsschluss sei erst mit der Unterzeichnung der Werkvertragsurkun- de erfolgt. Dass dem nicht so war, wird später aufgezeigt (vgl. Erwägung 7). Damit ist der Argumentation des Berufungsbeklagten, dass die vor der Unterzeichnung der Werkvertragsurkunde gemachten Erfahrungen mit dem Baugrund bei der Be- urteilung der Kenntnis der Berufungsklägerin bezüglich der Bodenbeschaffenheit mitberücksichtigt werden müssten, der Boden entzogen. Weiter wirft der Beru- fungsbeklagte dem Gutachter vor, dieser habe das Argument, die Berufungskläge- rin habe entgegen den Anweisungen über zwei Stockwerke ausgehoben, allein mit

Seite 15 — 58 der Feststellung abgetan, die Berufungsklägerin bestreite dies. In diesem Zusam- menhang kann dem Experten jedoch nichts vorgeworfen werden. Er hat in der Expertise festgestellt, ein Aushub über zwei Stockwerke sei aus den Unterlagen nicht ersichtlich. Die Planer hätten solche Aushübe zwar erwähnt, hätten aber kei- nen Beweis für ein solches Vorgehen vorlegen können. Die A._____ AG bestreite vehement, einen Aushub über zwei Stockwerke ausgeführt zu haben. Zudem ha- be die A._____ AG keine Aushubarbeiten erbracht (Expertise, Akten der Vor- instanz, act. VI/11, S. 74 lit. b). Der Experte hat damit die Annahme, es seien Aus- hübe über zwei Stockwerke gemacht worden, nicht allein deswegen abgelehnt, weil die A._____ AG beziehungsweise die Berufungsklägerin dies bestritten hat. Er hat vielmehr die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und widersprüchli- chen Aussagen beurteilt und ist daraufhin zum Schluss gelangt, dass Aushübe über zwei Stockwerke seiner Meinung nach nicht nachgewiesen seien. Der Exper- te hat im Übrigen an anderer Stelle in der Expertise anerkannt, dass zwar in der Regel die vorgegebenen Aushubhöhen eingehalten worden seien, dass Aufnah- men aber auch belegten, dass Ausnahmen vorgekommen seien (Expertise, Akten der Vorinstanz, act. VI/11, S. 50 oben „Fazit“). Der Experte anerkennt damit über- mässig hohe Aushübe, einzig Aushübe über zwei Stockwerke sieht er als nicht nachgewiesen an. Weiter hat der Experte entgegen der Annahme des Berufungs- beklagten nicht übersehen, dass anlässlich des Unternehmergegesprächs offenbar über die Bodenkennwerte gesprochen worden ist. Er hat dies jedoch offenbar als wenig hilfreich eingeschätzt, da die Bodenkennwerte nach seiner Feststellung bei der Offertstellung nur eine untergeordnete Bedeutung haben (Akten der Vorin- stanz, act. V/11, S. 71 lit. e unten und S. 75 Ziff. 5.2.5). Der Berufungsbeklagte belegt in seiner Rechtschrift nicht, dass die Auffassung des Experten bezüglich des mangelnden Einflusses von Bodenkennwerten auf eine Offerte nicht zutref- fend wäre. Dass anlässlich des Unternehmergegesprächs aber über die Boden- kennwerte hinausgehende Informationen zur Bodenbeschaffenheit ausgetauscht worden wären, ist nicht nachgewiesen. Zwar spricht der Zeuge E. _____ davon, dass etwa eine halbe Stunde über die Baugrundqualität gesprochen worden sei (Akten der Vorinstanz, act. V/9, S. 4 Ziff. 3c). Im Protokoll zum Unternehmerge- spräch vom 8. August 2003 findet sich dazu jedoch nichts (Akten der Vorinstanz, act. II/6). Gemäss Protokoll dauerte das ganze Unternehmergegespräch 45 Minuten. Es ist kaum vorstellbar, dass ein Gesprächsteil von 30 Minuten in dieser Konstel- lation im Protokoll keine Erwähnung gefunden hätte. Dies selbst unter Berücksich- tigung, dass das Protokoll das Unternehmergegespräch nur rudimentär wiedergeben soll (vgl. Einvernahme E. _____, Akten der Vorinstanz, act. V/9, S. 14 Ziff. 19d). Kommt hinzu, dass es sich bei der Bodenbeschaffenheit um einen zentralen Punkt

Seite 16 — 58 der ganzen Baugrubensicherung handelt. Dass eine ausführliche Diskussion darüber keinen Niederschlag im Protokoll gefunden haben soll, erscheint nicht überzeugend. F._____, der Geschäftsführer der A._____ AG, hat in seiner Einvernahme einzig zugestanden, dass im Verlauf des Unternehmergegesprächs die Bodenkenndaten genannt worden seien (Akten der Vorinstanz, act. V/6, S. 13). Eine weitergehende Diskussion über die Bodenbeschaffenheit ist bei dieser Aktenlage nicht nachgewiesen. Aus den Bodenkenndaten allein kann nun aber gemäss Gutachter nicht auf einen nicht standfesten Boden geschlossen werden (Expertise, Akten der Vorinstanz, act. VI/11, S. 19 „Fazit“). Dem setzt der Berufungsbeklagte einfach seine Auffassung entgegen, dass aufgrund der Bodenkenndaten von einer grossen Variabilität und damit auch von nicht standfestem Boden ausgegangen werden müssen. Warum aus den Bodenkenndaten entgegen der Feststellung des Experten eine grosse Variabilität hätte abgeleitet werden müssen, zeigt der Berufungsbeklagte jedoch nicht auf. Der Umstand, dass zwei Ingenieurbüros mit den vorhandenen Kennzahlen zwei unterschiedliche Projekte der Baugrubensicherung erstellt haben, ändert daran nichts. Und dass das umgesetzte Projekt sich bewährt habe, ist in dieser Absolutheit nicht korrekt, vielmehr waren mehr Nägel und Anker und eine dickere Spritzbetonwand notwendig, als zunächst projektiert. Neben der Nennung der Bodenkenndaten im Unternehmergegespräch sind in den auch in den Ausschreibungsunterlagen vorhandenen „Besonderen Bestimmungen“ noch gewisse oberflächliche Informationen zum Boden enthalten (Akten der Vorinstanz, act. II/3), die aber gemäss Expertise nur ungenaue Schlüsse über die Qualität des Baugrundes zulassen (Expertise, Akten der Vorinstanz, act. VI/11, S. 34 Ziff. 5.1.12 a). Weiteres Wissen über die Beschaffenheit des Bodens hatte die Berufungsklägerin vor Aufnahme der Arbeiten gemäss Aktenlage nicht. Der Austausch von vertieften Informationen über die Bodenbeschaffenheit ist damit insgesamt gesehen nicht nachgewiesen und es kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden. Die weitere Behauptung, dass die Berufungsklägerin die ersten Arbeiten falsch ausgeführt habe, ist neu und hätte zweifellos bereits im vorinstanzlichen Verfahren angebracht werden können und müssen, weshalb sie nicht zu hören ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Weitere Anschuldigungen bleiben unsubstantiierte Behauptungen, die der Berufungsbeklagte ohne konkrete Hinweise auf die Akten vorbringt. Er unterlässt es sogar aufzuzeigen, wann und wo in der Baugrube die behaupteten Fehler passiert sein sollen. Bei den vom Berufungsbeklagten behaupteten konkreten Unzulänglichkeiten des Gutachtens schliesslich handelt es sich offensichtlich überwiegend um andere Interpretationen des Berufungsbeklagten und um einfache Behauptungen ohne Bezug zu den Akten. Insgesamt gesehen vermag der Berufungsbeklagte nicht darzutun, dass das Gutachten

Seite 17 — 58 mangelhaft ist und daher ein Obergutachten notwendig wäre. Der Antrag auf Einholung eines Obergutachtens wäre daher abzuweisen, auch wenn auf ihn eingetreten werden könnte.

E. 3

Das Leistungsverzeichnis (Art. 8 Norm SIA 118) vom 11. Juli 2003.

E. 4

Pläne - Situation Baugrubensicherung M 1:100 Plan Nr. 3101 a - Ansichten
Baugrubensicherung M 1:100 Plan Nr. 3102 a - Schnitte und Detail Baugrubensicherung M 1:100 Plan Nr. 3103 a

E. 5

(Rechtsmittelbelehrung Kostenentscheid.)

E. 6

Wie bereits festgestellt, richtete sich das vorinstanzliche Verfahren nach der bündnerischen Zivilprozessordnung. Damit war auch Art. 156 Abs. 1 ZPO-GR zu berücksichtigen, der in seinem zweiten Satz festgehalten hat: „Was nicht zuge- standen wird, gilt als bestritten“. Darauf hat der Berufungsbeklagte in seiner Beru- fungsantwort und Anschlussberufung zu Recht hingewiesen. Die Berufungskläge- rin hält dem in der Anschlussberufungsantwort entgegen, die Anforderungen an das Substantiieren beziehungsweise an das substantiierte Bestreiten würden vom materiellen Bundesrecht bestimmt, weshalb die Behauptung des Berufungsbe- klagten, die fehlende Anerkennung eines gegnerischen Sachverhaltselements be- deutete dessen Bestreitung, falsch sei. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es trifft zwar durchaus zu, dass das materielle Bundesrecht bestimmte – und immer noch bestimmt –, wie weit inhaltlich substantiiert werden muss, damit ein Sachverhalt unter eine bestimmte Rechtsnorm subsumiert werden kann. Die Frage nach dem Zeitpunkt und der Form der Substantiierung beantwortete dahingegen das kanto- nale Prozessrecht (vgl. statt vieler die Urteile des Bundesgerichts 4A_37/2011 vom 27. April 2011 E. 6.2 und 4A_152/2009 vom 29. Juni 2009 E. 2.1; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_356/2012 vom 31. Oktober 2012 E. 2.1.2). In gleicher Weise war es den Kantonen vorbehalten, in ihren Prozessrechten die Frage zu regeln, in welcher Form ein Sachvorbringen bestritten werden musste. Eine entsprechende Regelung hatte der Kanton Graubünden in Art. 156 Abs. 1 ZPO-GR getroffen. Für das vorinstanzliche Verfahren galt mithin der Grundsatz, dass als bestritten angesehen werden musste, was nicht zugestanden war. Der Berufungsbeklagte musste daher die Sachverhaltsvorbringen der Berufungskläge- rin, mit denen er nicht einverstanden war, nicht ausdrücklich bestreiten. Dasselbe galt aber auch für die Berufungsklägerin bezüglich der Sachverhaltsvorbringen des Berufungsbeklagten, die sie nicht akzeptieren wollte. Von diesem Grundsatz, dass als bestritten gilt, was nicht zugestanden ist, ist daher bei der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids auszugehen.

E. 7

Der Berufungsbeklagte geht in der Berufungsantwort davon aus, dass der Werkvertrag mit der Unterzeichnung der Werkvertragsurkunde durch die Beru- fungsklägerin am 29. September 2003 geschlossen worden ist und der Beru- fungsklägerin daher ihre seit dem Baubeginn am 27. August 2003 gewonnenen Erfahrungen mit dem Baugrund anzurechnen sind. Dieser Sichtweise kann nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass die Parteien im Werkvertrag festgehalten

Seite 18 — 58 haben, dass in Abänderung von Art. 3 SIA-Norm 118 der Werkvertrag nur gültig sei, wenn er in schriftlicher Form abgeschlossen werde (Werkvertrag, Akten der Vorinstanz, act. II/3, S. 4 lit. a.1). Im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Werkver- tragsurkunde hatte die Berufungsklägerin jedoch bereits einen Monat auf der Bau- stelle gearbeitet. Wenn man der Auffassung des Berufungsbeklagten folgen wür- de, hätte sie diese Arbeiten in einem vertragslosen Zustand erbracht. Die allge- meine Lebenserfahrung spricht klarerweise gegen diese Annahme. Entscheidend ist jedoch, dass gemäss Art. 1 OR zum Abschluss eines Vertrages die überein- stimmende Willensäusserung der Parteien genügt, wobei diese auch stillschwei- gend sein kann. Mit der Offerte und dem daraufhin erfolgenden Zuschlag, spätes- tens jedoch mit der vom Berufungsbeklagten

widerspruchslos akzeptierten Aufnahme der Arbeiten haben die Parteien offensichtlich einen übereinstimmenden Willen geäußert. Dass sie in diesem Moment ohne schriftliche Vertragsurkunde nicht gebunden sein wollten, dafür gibt es in den Akten keine Hinweise. Und selbst wenn sie noch vor Aufnahme der Arbeiten durch die Berufungsklägerin übereingekommen wären, dass der Werkvertrag erst verbindlich sein sollte, wenn er schriftlich vorlag (Art. 16 Abs. 1 OR), so hätten sie diesen Vorbehalt der Schriftlichkeit, der jederzeit formfrei aufgehoben werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_41/2009 vom 1. April 2009 E. 4.1), mit der vorbehaltlosen Aufnahme der Arbeit durch die Berufungsklägerin und dem ebenso vorbehaltlosen Akzept dieser Arbeitsaufnahme durch den Berufungsbeklagten konkludent fallen gelassen. Dem steht Art. 16 Abs. 1 OR nicht entgegen. Denn Art. 16 Abs. 1 OR enthält eine Vermutung, die durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass die Parteien ihren übereinstimmenden Abschlusswillen zwar nicht in der vereinbarten Form, in Wirklichkeit aber doch erklärt und damit konkludent auf die vorbehaltene Form verzichtet haben. Ein konkludenter Verzicht ist etwa anzunehmen, wenn die Parteien vor Erfüllung der Form vertragliche Leistungen vorbehaltlos erbringen und annehmen (vgl. zum Ganzen statt vieler die Urteile des Bundesgerichts 2C_941/2010 vom 9. November 2013 E. 2.4, 4A_416/2012 vom 21. November 2012 E. 3.3, 4C.79/2005 vom 19. August 2005 E. 2, jeweils mit Hinweisen). Mit dem vorbehaltlos erfolgten und akzeptierten Baubeginn als Erfüllungshandlung wird mithin die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR widerlegt (vgl. Gauch/Schluop/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, N 593). Daran ändert auch die im schriftlichen Werkvertrag enthaltene zitierte Klausel nichts, denn sie hat keine retrospektive Wirkung, das heisst, ein bereits abgeschlossener Vertrag wird durch sie nicht ungültig. Die Vertragsurkunde hat vielmehr nur noch deklaratorische Bedeutung (vgl. Anton Egli, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Auflage, Zürich 2017, N 12 zu Art. 20 SIA-Norm 118)

Seite 19 — 58 hinsichtlich des bereits zuvor, spätestens mit dem Beginn der Arbeiten am 27. August 2003 abgeschlossenen Werkvertrages. Es ergibt sich denn auch aus dem Protokoll der Bausitzungen vom 21. und 27. August 2003, welches vom Berufungsbeklagten selbst aufgesetzt worden ist, dass der Berufungsbeklagte davon ausging, dass zwischen den Parteien bereits ein Werkvertrag bestand (Akten der Vorinstanz, act. II/42a, S. 4: „Sitzung vom 21. August 2003“, Spiegelstrich 2; „Diverses“, Spiegelstrich 2). Sehr deutlich lässt sich diese Einstellung auch aus dem Protokoll der Bausitzung vom 3. September 2003 ablesen, in dem der Berufungsbeklagte festgehalten hat, dass die Gunitoberfläche gemäss Werkvertragsbedingungen ausgeführt werden müsse (vgl. Akten der Vorinstanz, act. II/42b, S. 3, „Technische Ausführung“, Spiegelstrich 1). Offensichtlich ging der Berufungsbeklagte zu Beginn der Arbeiten und damit vor Unterzeichnung der Vertragsurkunde davon aus, dass ein gültiger Werkvertrag bereits zustande gekommen war. Dasselbe ist für die Berufungsklägerin ohne Weiteres aus ihrer vorbehaltlosen Arbeitsaufnahme abzuleiten. Die Auffassung des Berufungsbeklagten, dass die Berufungsklägerin über einen Monat ohne verbindlichen Vertrag gearbeitet haben soll, ist schlicht nicht überzeugend und findet in den Akten und im Verhalten der Parteien vor und bei der Arbeitsaufnahme keine Stütze. Im Übrigen wäre auch aufgrund des Vertrauensprinzips vom Abschluss eines Werkvertrages spätestens mit der Arbeitsaufnahme durch die Berufungsklägerin auszugehen. Das Vertrauensprinzip besagt, dass eine Willenserklärung – soweit keine tatsächliche Willensübereinstimmung bewiesen ist – so auszulegen ist, wie sie von der andern Partei nach den gesamten Umständen in

guten Treuen verstanden werden durfte und musste (vgl. zum Beispiel Urteil des Bundesgerichts 5A_439/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 2). Die Berufungsklägerin hatte sich am vom Berufungsbeklagten ausgeschriebenen Submissionsverfahren beteiligt und eine Offerte eingereicht. Es folgten Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien, in denen die Offerte besprochen und auch angepasst wurde. Auch wenn der genaue Zeitpunkt des Zuschlags nicht nachgewiesen ist, so ist unter den Parteien doch unbestritten, dass noch vor der Arbeitsaufnahme durch die Berufungsklägerin ein Zuschlag gegenüber der Berufungsklägerin erfolgte. Ebenso unbestritten ist, dass die Berufungsklägerin am 27. August 2003 mit den Arbeiten auf der Baustelle begann und dass der Berufungsbeklagte den Arbeitsbeginn sowie die gesamten Arbeiten vorbehaltlos entgegennahm. Aus diesem Verhalten des Berufungsbeklagten durfte und musste die Berufungsklägerin aufgrund der gesamten Umstände einen Vertragsschluss zwischen den Parteien beim Zuschlag, spätestens aber mit der Aufnahme der Arbeiten annehmen, selbst wenn der Berufungsbeklagte sein Verhalten nicht so verstand. Denn aus den Akten ergibt sich nicht und der Berufungsbeklagte

Seite 20 — 58 macht auch nicht geltend, dass er sich gegenüber der Berufungsklägerin dahingehend geäußert hätte, dass er durch sein Verhalten nicht gebunden sein wollte. Auch das Vertrauensprinzip spricht daher für den Abschluss eines Werkvertrages zwischen den Parteien spätestens mit der Arbeitsaufnahme durch die Berufungsklägerin. Schliesslich ist in die Überlegungen auch miteinzubeziehen, dass gemäss „Besondere Bestimmungen“, die Teil der Submissionsunterlagen waren, für die auszuführenden Arbeiten die SIA-Norm 118 gelten sollte (Akten der Vorinstanz, act. III/29, S. 2, „Normen und Vorschriften“, Spiegelstrich 1). Indem die Berufungsklägerin sich an der Submission beteiligte und eine Offerte einreichte, akzeptierte sie diese Bedingung und die SIA-Norm 118 war zwischen den Parteien anwendbar, auch bereits im Offertverfahren. Art. 19 Abs. 3 SIA-Norm 118 stellt klar, dass der Werkvertrag auch dadurch abgeschlossen wird, dass mit der Ausführung der Arbeiten in beiderseitigem Einvernehmen begonnen wird. In der Werkvertragsurkunde wird diese Bestimmung zwar ausdrücklich wegbedungen (Akten der Vorinstanz, act. II/3, S. 4, Ziff. 4). Jedoch galt der Werkvertrag in der Submissionsphase noch nicht. Aufgrund des Vertrauensprinzips durfte die Berufungsklägerin sich darauf verlassen, dass spätestens mit der Aufnahme der Arbeiten, welche der Berufungsbeklagte widerspruchslos akzeptierte, ja sogar verlangte, ein Werkvertrag abgeschlossen wurde. Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass die späte Unterzeichnung der Werkvertragsurkunde auch nicht als Novation angesehen werden könnte, denn zum einen wird eine Novation nicht vermutet (Art. 116 Abs. 1 OR) und zum anderen hat keine der Parteien eine Novation behauptet, geschweige denn bewiesen. Eine Würdigung der Akten sowie insbesondere des Verhaltens der Parteien führt zum Schluss, dass der Werkvertrag zwischen den Parteien spätestens mit der Arbeitsaufnahme der Berufungsklägerin am 27. August 2003 abgeschlossen worden war. Bei dieser Sachlage aber fällt der Vertragsschluss nicht mit der Unterzeichnung der Werkvertragsurkunde zusammen. Er ist vielmehr früher erfolgt. Damit aber ist auch gesagt, dass die Erfahrungen, die die Berufungsklägerin nach der Arbeitsaufnahme mit dem Baugrund gemacht hat, keinen Einfluss mehr auf ihre Offerte und insbesondere auf den Inhalt des Werkvertrages haben konnten. Entgegen der Meinung des Berufungsbeklagten und in Übereinstimmung mit der Auffassung der Vorinstanz sind daher bezüglich der geltend gemachten Mehrkosten allein diejenige Kenntnisse über die Beschaffenheit des Baugrundes massgeblich, die die Berufungsklägerin vor Beginn der Arbeiten hatte.

E. 8

August 2003 noch in der Nachtragsofferte vom 4. August 2003 enthalten waren. Insgesamt ergibt sich mithin, dass die Berufungsklägerin im Zusammenhang mit der Bodenverdübelung ein zusätzliches Bohrgerät offeriert hat, was vom Berufungsbeklagten akzeptiert worden ist. Der Berufungsklägerin stehen mithin die offerierten Kosten für ein zusätzliches Bohrgerät zu. Die von ihr unter diesem Titel

Seite 38 — 58 geltend gemachte Forderung von Fr. 7'000.00 (brutto, exkl. MwSt.) beziehungsweise Fr. 6'790.85 (netto, inkl. MwSt.) ist ihr folglich zuzusprechen.

E. 12

Die Berufungsklägerin hat in ihrer Berufung ausgeführt, die Vorinstanz habe mit Bezug auf die ursprünglich ausgeschriebene Vertragsleistung eine Werklohnrestanz von Fr. 74'695.00 (netto, inkl. MwSt.) zu Recht bestätigt. Dem ist zuzustimmen. Der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten hat mit Schreiben vom 19. April 2005 grundsätzlich anerkannt, dass bezüglich der Vertragsarbeiten noch eine Restanz in Höhe von Fr. 74'695.00 offen sei (Akten der Vorinstanz, act. II/30, S. 3). Dass dieser Betrag in der Zwischenzeit vom Berufungsbeklagten beglichen worden wäre, ergibt sich weder aus den Akten, noch wird Entsprechendes vom Berufungsbeklagten geltend gemacht. Es ist daher davon auszugehen, dass dieser Betrag aus den vertraglich geschuldeten Arbeiten noch offen ist und der Berufungsklägerin zusteht. Damit ergibt sich folgende Forderung der Berufungsklägerin gegenüber dem Berufungsbeklagten (zur vom Berufungsbeklagten in der Anschlussberufung erhobenen Verrechnungseinrede siehe anschliessend Erwägung 13): • Restanz Schlussrechnung Vertragsarbeiten Fr. 74'695.00 • Mehrvergütungsanspruch gemäss Gutachten Fr. 419'772.55 • Pos. 890.130 (zusätzliches Bohrgerät) Fr. 6'790.85 Total Fr. 501'258.40 13.1. Mit der Anschlussberufung wendet sich der Berufungsbeklagte dagegen, dass der Berufungsklägerin von der Vorinstanz ein Teil der eingeklagten Forderung zugesprochen worden ist. Dabei greift er weder den Bestand noch die Höhe dieses zugesprochenen Teils an. Vielmehr stellt er dem zugesprochenen Teil eigene Verrechnungsforderungen gegenüber. Bereits im vorinstanzlichen Verfahren hat der Berufungsbeklagte diese Verrechnungsforderungen geltend gemacht. Jedoch hat die Vorinstanz eine Verrechnung mit der Begründung abgelehnt, der Berufungsbeklagte habe der Berufungsklägerin zum einen keine angemessene Nachfrist zur Nachbesserung angesetzt und es sei zum andern eine sachgerechte Substantiierung der Verrechnungsforderungen unterblieben. Der Berufungsbeklagte wendet sich mit der Anschlussberufung gegen diese Einschätzung der Vorinstanz. 13.2.1. Mit Bezug auf die Ansetzung einer angemessenen Nachfrist zur Nachbesserung gesteht der Berufungsbeklagte in der Anschlussberufung zu, dass zum einen das grundsätzliche Recht der Unternehmerin auf eine eigene Mängel-

Seite 39 — 58 behebung besteht und dass zum andern keine „schriftlichen Abmahnungen hierzu respektive Aufforderungen zu einzelnen Mängelbehebungsarbeiten vom Anschlussberufungskläger an die Anschlussberufungsbeklagte vorliegen“. Es sei jedoch falsch, wenn nicht das konkrete damalige Verhalten der Unternehmerin mit Bezug auf solche Mängelbehebungsarbeiten miteinbezogen werde. Der Zeuge J. _____ habe unmissverständlich nicht nur den Umfang seiner Arbeiten, sondern auch deren Ursächlichkeit und insbesondere die Anordnung derselben durch die A. _____ AG bestätigt. Wenn nun eine Unternehmung vor Ort und direkt mit der Mängelbehebung durch einen Dritten einverstanden sei und diese sogar direkt in Auftrag gebe, müsse sie auch für das

Finanzielle geradestehen. Des Weiteren würde eine Vielzahl von Protokollen im Recht liegen, die von der A. _____ AG nicht beanstandet und damit samt den darin enthaltenen Ausführungen akzeptiert worden seien, womit sich die A. _____ AG einverstanden erklärt habe, die durch die Mängelbehebung verursachten Kosten zu tragen. Daneben seien diverse Schadenspositionen geltend gemacht, die von der A. _____ AG selbst gar nicht hätten ausgeführt werden können, so zum Beispiel Bauleitungshonorar für die Mängelbehebungsarbeiten, Neuaufnahme von Plänen und so weiter. Das Fehlen einer Aufforderung zur Leistungserbringung schade in diesen Fällen nicht. Zu guter Letzt habe die Unternehmerin aufgrund ihrer schlechten Arbeitsweise das ihr von Anfang an bekannte Bauprogramm bei weitem nicht eingehalten und sie sei von Beginn weg bezüglich der aus der Verzögerung resultierenden Mehrkosten abgemahnt worden. 13.2.2. Bezüglich der zur Verrechnung gestellten Aufwendungen, die an die R. _____ SA bezahlt worden sind, trifft es zu, dass J. _____ ausgesagt hat, die von ihm ausgeführten Arbeiten seien notwendig geworden, weil die A. _____ AG die ihr gegebenen Vorgaben nicht erfüllt habe, und der Auftrag für diese Arbeiten sei von beiden Parteien erteilt worden (Akten der Vorinstanz, act. V/2, S. 1 f. Ziff. 2.a und 2.b). Aufgrund welcher Beobachtungen und Umstände der Zeuge zu der Schlussfolgerung gelangte, dass die A. _____ AG für die Mängel verantwortlich war, ergibt sich aus seinen Aussagen nicht. Vor allem aber war der Zeuge zweifellos nicht darüber informiert, wie der Werkvertrag zwischen den Parteien aussah, welche Vereinbarungen die Parteien getroffen hatten und welche Informationen zwischen ihnen geflossen waren. Wie er bei dieser Sachlage eine zuverlässige Aussage darüber hätte treffen sollen, wer die Mängel zu vertreten habe, ist nicht nachvollziehbar. Allein aus dem Umstand, dass gewisse Abweichungen bestanden und behoben werden mussten, liess sich jedenfalls nicht schliessen, dass diese von der A. _____ AG zu verantworten waren. Denn augenscheinlich konnten auch

Seite 40 — 58 Handlungen oder Unterlassungen des Berufungsbeklagten oder der Aushubunternehmerin Ursache für die Mängel gewesen sein. Genau diesen – unzulässigen – Schluss von der Tatsache der Abweichungen auf die Verantwortlichkeit der A. _____ AG hat der Zeuge J. _____ seiner Auffassung, dass die A. _____ AG die Mängel verschuldet habe, offenbar zu Grunde gelegt, hat er doch ausgesagt, auf die Frage, ob die A. _____ AG die Arbeiten ordnungsgemäss ausgeführt habe, antworte er, offensichtlich nicht, andernfalls wären die zusätzlichen Leistungen nicht notwendig gewesen (Akten der Vorinstanz, act. V/2, S. 2 f. Ziff. 3). Die Aussagen von J. _____ können unter diesen Umständen nicht als Beleg dafür dienen, dass die Berufungsklägerin für die Mängel einzustehen und damit auch die daraus resultierenden Mehrkosten zu tragen hätte. Ebenso wenig aber kann aus der Aussage von J. _____ geschlossen werden, die A. _____ AG und damit die Berufungsklägerin habe auf eine Nachfristansetzung verzichtet. Die Berufungsklägerin hat zwar durchaus zugestanden, dass der Bauführer der A. _____ AG anlässlich der Bausitzung vom 5. November 2003 vorgeschlagen habe, die entstandenen Abweichungen zu den vertraglich vereinbarten Toleranzen vom Baumeister mit (gegenüber dem Spritzbeton erheblich günstigerem) Beton ausgleichen zu lassen (vgl. Klage, Akten der Vorinstanz, act. I/2, S. 59 N 117.a). Mit diesem Vorschlag hat der Bauführer als Vertreter der A. _____ AG aber offensichtlich nicht gleichzeitig zugestimmt, die Kosten, die dem Baumeister daraus erwachsen würden, zu tragen. Ebenso wenig hat er auf die Ansetzung einer Nachbesserungsfrist verzichtet, war in jenem Zeitpunkt zwischen den Parteien doch bereits strittig, wer die Mängel zu vertreten und die Mehrkosten zu tragen habe. Jedenfalls hatte die A. _____ AG mit ihrer Nachtragsofferte vom 20. Oktober 2003 (Akten der Vorin-

stanz, act. II/13) und ebenso mit der weiteren Nachtragsofferte vom 4. November 2003 (Akten der Vorinstanz, act. II/16), welche am 5. November 2003 an der Bau- sitzung übergeben wurde (Akten der Vorinstanz, act. II/42e, S. 3 Ziff. 4), schon deutlich gemacht, dass sie sich für die Abweichungen nicht verantwortlich fühlte und daher nicht bereit war, Mehrkosten zu übernehmen. Wenn sie bei dieser Sachlage einer Auftragserteilung an einen Dritten zustimmte, kann daraus nicht auf einen Verzicht ihrerseits auf eine Nachbesserung geschlossen werden. 13.2.3. Mit Bezug auf die geltend gemachten Kosten, die ein Teilabbruch der Gunitwand auf der Ebene des 2. OG verursacht haben soll, ist festzustellen, dass sich in den Akten ein Schreiben des Berufungsbeklagten vom 17. Juni 2004 an die A._____ AG findet, in welchem der Berufungsbeklagte die A._____ AG auf die zu hohe Wand aufmerksam macht und um Mitteilung innerhalb einer genau bestimm- ten (ausserordentlich kurzen) Frist bittet, ob der Gunit und die Anker durch die

Seite 41 — 58 A._____ AG entfernt werden würden oder ob die A._____ AG einen Dritunter- nehmer damit beauftragen werde (Akten der Vorinstanz, act. III/44). Ob die A._____ AG auf dieses Schreiben reagiert hat, ergibt sich aus den Akten nicht und der Berufungsbeklagte äussert sich dazu nicht. Selbst wenn die A._____ AG aber geschwiegen haben sollte, könnte daraus nicht auf einen Verzicht auf Nachbesse- rung geschlossen werden. Vielmehr hätte der Berufungsbeklagte der A._____ AG eine (angemessene) Frist zur Nachbesserung ansetzen müssen. Dass er dies ge- tan hätte, ergibt sich weder aus den Akten, noch behauptet der Berufungsbeklagte entsprechendes. Bezüglich der Kosten der Q._____ SA schliesslich findet sich in den Akten weder ein Hinweis auf die Ansetzung einer Nachbesserungsfrist noch ein solcher auf den Verzicht der A._____ AG auf eine Nachbesserung. Die übrigen Gegenforderungen beruhen auf Arbeiten, die von der A._____ AG nicht selbst hät- ten erbracht werden können, weshalb eine Nachbesserungsfrist nutzlos gewesen wäre (vgl. auch Art. 169 Abs. 2 SIA-Norm 118). 13.2.4. Schliesslich ist zur Behauptung des Berufungsbeklagten, es lägen Protokolle im Recht, denen die Berufungsklägerin nicht widersprochen habe, wo- mit sie die darin enthaltenen Ausführungen akzeptiert und sich damit einverstan- den erklärt habe, für die Mehrkosten aufzukommen, zu sagen, dass ein Schwei- gen der Berufungsklägerin kein Akzept der Mehrkosten und auch kein Verzicht auf die Möglichkeit der Nachbesserung bedeutet hat. In diesem Zusammenhang ist auf Art. 6 OR zu verweisen, der festhält, dass aus einem Schweigen nur ein Ak- zept abgeleitet werden kann, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine Annahme nicht zu erwarten ist. Daraus folgt, dass Schweigen grundsätzlich nicht einer Annahme gleichkommt (die gegenteilige Re- gelung gilt für Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr, um den es sich vorliegend jedoch nicht handelt). Dies gilt selbst dann, wenn die eine Bestätigung verfassende Partei festhält, die Ausführungen gälten als akzeptiert, wenn die Ge- genpartei sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist ablehne. Da weder die Natur des Geschäftes noch andere Umstände vorliegend dafür sprechen, dass ein Ak- zept nicht erwartet werden musste, kann der Berufungsbeklagte aus einem allfälli- gen Schweigen der A._____ AG auf seine Protokolle nichts für sich ableiten. Ins- besondere gilt der Inhalt der Protokolle nicht als von der Berufungsklägerin akzep- tiert. Aus den Protokollen kann daher weder auf eine Übernahme der Mehrkosten durch die Berufungsklägerin noch auf einen Verzicht ihrerseits auf das ihr zuste- hende Nachbesserungsrecht geschlossen werden. 13.2.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte der Be- rufungsklägerin in den Punkten, in denen sie hätte nachbessern können, keine

Seite 42 — 58 Nachbesserungsfrist angesetzt hat, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre (vgl. Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Folge der unterlassenen Nachfristansetzung ist, dass der Berufungsbeklagte keinen Anspruch auf Kostenersatz hat (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, a.a.O., N 7.3 zu Art. 169 SIA-Norm 118). 13.3 Im Zusammenhang mit der Erwägung der Vorinstanz, dass der Berufungsbeklagte seine Gegenforderungen nicht genügend substantiiert habe, führt dieser in der Anschlussberufung aus, dass er neben den ins Recht gelegten Rechnungen auch den Zeugenbeweis darüber geführt habe, dass die Arbeiten nicht nur ausgeführt und bezahlt worden seien, sondern dass der Grund für diese Arbeiten auch in der mangelhaften Arbeitsweise der damaligen A. _____ AG gelegen habe. Eine weitergehende Substantiierung könne nicht verlangt werden. Die Berufungsklägerin hält dem in der Anschlussberufungsantwort entgegen, dass der Berufungsbeklagte die Substantiierung mit der Beweisabnahme verwechsle. Bevor über eine streitige Tatsache Beweis abgenommen werden könne, müsse diese zuerst substantiiert vorgetragen werden. Eine rechtsgenügeliche Substantiierung habe der Berufungsbeklagte nicht vorgenommen. Dem ist zuzustimmen. In Verfahren, die wie hier vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, tragen die Parteien die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO; Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO-GR). Die Parteien trifft die sogenannte Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch gestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Norm zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genügt den Anforderungen an Behauptungs- und Substantiierungslast nicht (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 4A_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.4, mit zahlreichen Hinweisen). Nachdem die Berufungsklägerin

Seite 43 — 58 die vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Gegenforderungen in der Replik im vorinstanzlichen Verfahren – soweit aufgrund der spärlichen Informationen möglich – substantiiert bestritten hat (Akten der Vorinstanz, act. I/4, S. 53 ff.), wäre es somit am Berufungsbeklagten gewesen, zumindest in der Duplik detaillierte Behauptungen zu den Gegenforderungen aufzustellen. Dieser Verpflichtung ist der Berufungsbeklagte offensichtlich nicht nachgekommen. Insbesondere ist bei dieser Beurteilung zu berücksichtigen, dass die notwendigen Behauptungen in den Rechtsschriften vorzubringen sind und Beweise fehlende Behauptungen nicht ersetzen können. Liest man die Rechtsschriften des Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren bezüglich der geltend gemachten Gegenforderungen durch (Akten der Vorinstanz, act. I/3, S. 53 ff., und act. I/5, S. 17 ff.), so ist leicht ersichtlich, dass der Berufungsbeklagte kaum – und wenn, sehr allgemeine – Behauptungen aufstellt und es über weite Strecken dabei belässt, auf die von ihm produzierten Unterlagen sowie die Zeugeneinvernahmen hinzuweisen. Das genügt

nicht. Da es der Berufungsbeklagte unterlassen hat, substantiierte Behauptungen dazu vorzubringen, was an Mehrleistungen wann wo aufgrund welcher Umstände zu welchem Preis von wem erbracht werden musste und weshalb diese Mehrkosten zu Lasten der Berufungsklägerin gehen sollten, können seine Gegenforderungen, die von der Berufungsklägerin dezidiert bestritten worden sind, wegen fehlender Substantiierung nicht beurteilt und damit auch nicht zur Verrechnung zugelassen werden. 13.4.1. Daneben wären die Gegenforderungen aber auch nicht belegt. 13.4.2. Mit Bezug auf die Forderung aus den Arbeiten der R._____ SA hat der Berufungsbeklagte Ausmasse/Abrechnungen, Regierechnungen und dazugehörige Arbeitsrapporte sowie eine Zusammenstellung über die Kosten des verspäteten Baubeginns eingelegt. Insgesamt sind es über 80 Seiten (Akten der Vorinstanz, act. III/93), wobei es scheint, dass vieles doppelt oder gar dreifach vorhanden ist. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Gerichts nachzuprüfen, ob die scheinbar mehrfach vorhandenen Unterlagen tatsächlich in jedem Punkt übereinstimmen oder ob sie allenfalls teilweise abweichende Informationen enthalten. Liest man die „Mehrkostenzusammenstellung A._____ AG“ der R._____ SA vom 29. Juli 2004 auch nur oberflächlich durch, so stellt man fest, dass unter anderem Leistungen im Zusammenhang mit Abschränkungen (S. 8, Pos. 531.101), mit einer Bodenplatte (S. 10, Pos. 135.216), mit einer Flachdecke (S. 13, Pos. 231.204) sowie mit Schalungen (S. 16 ff., Pos. 451.201-203, 452.201, 453.501, 542.202 und 611.302) in Rechnung gestellt worden sind. Inwieweit diese Arbeiten mit Ab-

Seite 44 — 58 weichungen der Baugrubensicherung vom Soll zusammenhängen könnten, ist nicht ersichtlich und der Berufungsbeklagte äussert sich dazu nicht. Es stellt sich zudem die Frage, ob es sich nicht um Ohnehin-Kosten handelt. Auch dazu äussert sich der Berufungsbeklagte nicht. Mit Bezug auf den für Wände geltend gemachten Mehrbeton wiederum findet sich bei einer Position der Vermerk „Überprofil“ (S. 11, Pos. 151.106), jedoch sind Überprofile nicht zwingend der Berufungsklägerin anzulasten, können sie doch auch aufgrund der mangelhaft abgeklärten und daher vom Berufungsbeklagten zu vertretenden Bodenbeschaffenheit oder wegen ungenauem Aushub entstanden sein. In den weiteren Positionen bezüglich der Wände wird in der „Mehrkostenzusammenstellung A._____ AG“ schlicht ein Vergleich zwischen dem theoretischen Betonverbrauch beziehungsweise dem im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Beton und dem tatsächlich verbrauchten Beton gemacht. Anschliessend wird der Mehrverbrauch als von der Berufungsklägerin zu tragen deklariert (vgl. S. 11 f., Pos. 151.505, 151.603 und 151.605). Es ist offensichtlich, dass ein Mehrverbrauch gegenüber dem theoretisch errechneten oder dem im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Verbrauch verschiedene andere Ursachen haben und nicht ohne Weiteres auf Abweichungen der Baugrubensicherung vom Soll zurückgeführt werden kann. Es steht damit nicht fest, dass der Mehrverbrauch tatsächlich auf Abweichungen der Baugrubensicherung vom Soll beruht. Des Weiteren fehlen jedwelche Möglichkeiten, die in der „Mehrkostenzusammenstellung A._____ AG“ enthaltenen Ausmasse zu überprüfen. Schliesslich ist zu den Arbeiten in Regie (S. 24, Pos. R371.903) zu sagen, dass aus den entsprechenden Regierechnungen und Arbeitsrapporten nicht hervorgeht, dass beziehungsweise inwieweit die Arbeiten mit Abweichungen der Baugrubensicherung vom Soll zusammenhängen. Was schliesslich die Kosten für den verspäteten Baubeginn angeht, so sind diese schlicht nicht überprüfbar. Es fehlen Unterlagen zum vereinbarten und zum tatsächlichen Baubeginn für den Hochbau, zu den verwendeten Preisen, zu der Teuerung (Höhe der Teuerung, was muss ausgeglichen werden, verrechnete Mengen etc.) und zu den Kosten für Arbeitsunterbrüche (wann,

warum, wie lange, wie viele Arbeiter etc.). Aus dem Gesagten erhellt, dass die auf den Arbeiten der R. _____ SA beruhende Verrechnungsforderung nicht ausgewiesen ist, weshalb sie auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zur Verrechnung gebracht werden kann. 13.4.3. Eine weitere Gegenforderung begründet der Berufungsbeklagte damit, dass die Berufungsklägerin eine Gunitwand zu hoch erstellt habe. Der zu hoch erstellte Teil der Gunitwand habe vom O.3 _____ Unternehmer K. _____ abgebrochen werden müssen. Dass

Seite 45 — 58 nung von K. _____ an die Berufungsklägerin weitergebe, zeige seine Objektivität. Es trifft zu, dass die Rechnung von K. _____, die der Berufungsbeklagte ins Recht gelegt hat, erheblich höher ist, als was der Berufungsbeklagte von der Berufungsklägerin fordert. Wie diese (Teil)Forderung, die der Berufungsbeklagte zur Verrechnung stellt, berechnet worden ist, ergibt sich aus den Unterlagen jedoch nicht. Die Rechnung von K. _____ enthält keine Zuweisung der Kosten an verschiedene Arbeiten; vielmehr besteht sie einzig aus einer Zusammenstellung von Daten, Baumaschinen, Arbeitsstunden und Preisen (Akten der Vorinstanz, act. III/97). Damit aber ist aus der Rechnung weder ersichtlich, was für Arbeiten erledigt wurden, noch welche Kosten diese Arbeiten im Einzelnen verursacht haben. Der auf der letzten Seite der Abrechnung vom Berufungsbeklagten oder einer seiner Hilfspersonen (die Handschrift ist dieselbe wie auf der Rechnung der R. _____ SA) handschriftlich angebrachte Vermerk „ANTEIL A. _____ FR. 8'600.-“ genügt offensichtlich nicht, um die Forderung zu belegen. Aus der Rechnung ergibt sich damit keineswegs, dass K. _____ überhaupt eine Gunitwand abgebrochen hat, und auch nicht, was das gekostet haben soll, wenn es denn tatsächlich notwendig gewesen ist. Schliesslich hilft auch die Zeugenaussage von K. _____ (Akten der Vorinstanz, act. V/1) nicht weiter. K. _____ hat zunächst ausgesagt, dass sich die Rechnung ausschliesslich auf den Aushub und die Umgebung beziehe. Dann hielt er fest, dass er, wenn er die Rechnung betrachte, sehe, dass auch noch Arbeiten im Zusammenhang mit den Gunitwänden ausgeführt worden seien. Inwieweit dies aus der Rechnung, die einzig die Daten der Arbeiten, die verwendeten Arbeitsmaschinen sowie die Arbeitsstunden und deren Preise enthält, erkennbar sein soll, darüber hat sich K. _____ nicht geäussert. Welcher Teil der Rechnung die Gunitwände betreffen sollte, konnte K. _____ ohne die Rapporte nicht sagen. Insgesamt gibt auch die Aussage von K. _____ keinen Aufschluss darüber, wo konkret welche Arbeiten zu welchen Preisen verrichtet worden sind. Ebenso wenig lässt sich aufgrund der Aussage von K. _____ schliessen, dass die Berufungsklägerin die Kosten des Abbruchs von Gunitwänden zu tragen hätte, denn K. _____ hielt zwar fest, dass er den Aushub auf die vorgegebene Quote gemacht und es sich dann gezeigt habe, dass die Gunitwände zu hoch gewesen seien. Er musste aber auch eingestehen, dass er die Aushubpläne für die Arbeiten der Berufungsklägerin nicht gesehen habe. Er konnte damit nicht ausschliessen, dass die Pläne fehlerhaft gewesen sein könnten. Damit aber vermag auch die Aussage von K. _____ keinen Beweis dafür zu erbringen, dass die vom Berufungsbeklagten geltend gemachte Gegenforderung in Höhe von Fr. 8'600.00 besteht und von der Berufungsklägerin zu tragen wäre. Die Forderung ist nicht ausgewiesen und kann daher nicht zur Verrechnung gebracht werden.

Seite 46 — 58 13.4.4. Mit Bezug auf die zur Verrechnung gestellte Forderung, die auf einem von der Q. _____ SA vorgenommenen Mehraushub beruhen soll, hat der Berufungsbeklagte nicht einmal eine Rechnung eingelegt. Er belässt es bei der Behauptung, der Mehraushub sei durch die mangelhafte Arbeit der Berufungsklägerin notwendig

geworden und der Zeuge L. _____ werde erklären können, dass und in welchem Umfang er wegen der Arbeiten der A. _____ AG Mehraufwendungen gehabt habe. Der Zeuge L. _____ hat in der Folge jedoch ausgesagt, er wisse nicht, ob die Arbeiten, die seine Firma ausgeführt habe, als Folge von Fehlern der A. _____ AG erbracht worden seien (Akten der Vorinstanz, act. V/7). Des Weiteren hat er festgehalten, er habe der A. _____ AG (und nicht dem Berufungsbeklagten) eine Rechnung gestellt, die jedoch nicht beglichen worden sei. Insgesamt gesehen ist nicht nachgewiesen, dass dem Berufungsbeklagten in diesem Zusammenhang überhaupt eine Forderung gegen die Berufungsklägerin zustehen könnte. Daneben würden auch jegliche Angaben zu den Arbeiten (wo, was, zu welchem Preis, aufgrund welcher Umstände) fehlen. Da die Forderung offensichtlich nicht nachgewiesen ist, kann sie nicht zur Verrechnung zugelassen werden. 13.4.5. Aus den Akten ergibt sich, dass die Baugrube mehrfach von einem Geometer vermessen worden ist. Der Berufungsbeklagte macht geltend, die Messungen seien nötig geworden, weil sich aufgrund der schlechten Qualität der Arbeit der Berufungsklägerin erhebliche Messungenauigkeiten ergeben hätten. Die Kosten der Messungen seien daher von der Berufungsklägerin zu tragen. Der Berufungsbeklagte hat zum Nachweis der Forderung drei Rechnungen und zwei Messprotokolle eingelegt (Akten der Vorinstanz, act. III/84-87). Aus den Rechnungen ergibt sich nur, dass Arbeiten ausgeführt worden sind, es ergibt sich aber nicht, warum diese Arbeiten notwendig gewesen sind. Ebenso wenig ist aus den Rechnungen ersichtlich, ob diese Arbeiten von Anfang an vorgesehen waren oder ob es sich um Zusatzarbeiten handelte. Die Messprotokolle wiederum sind nicht datiert und geben daher gar keinen Aufschluss darüber, wann die Messungen vorgenommen worden sind. Auch aus den Messprotokollen ist im Übrigen kein Hinweis ersichtlich, dass sie auf Zusatzarbeiten beruhen würden. In seiner Einvernahme als Zeuge hat M. _____, der die Messungen vorgenommen hat, zwar ausgesagt, die Messungen seien durchgeführt worden, um die Ausführung der verankerten Wände im Vergleich zur ursprünglichen Absteckung zu prüfen; solche Folgemessungen seien nicht üblich; es sei zu Abweichungen zwischen der Absteckung und der tatsächlichen Ausführung gekommen (Akten der Vorinstanz, act. V/2, S. 3 f.). Wer die zusätzlichen Messungen zu verantworten hatte, geht aus seinen Aussagen jedoch nicht hervor. Damit aber ist nicht nachgewiesen, dass die

Seite 47 — 58 von M. _____ in Rechnung gestellten Arbeiten von der Berufungsklägerin zu tragen wären. Eine Verrechnung ist nicht möglich. 13.4.6. Unter dem Titel „Expertise O. _____“ macht der Berufungsbeklagte in seiner Anschlussberufung eine Forderung in Höhe von Fr. 42'000.00 geltend. In seiner Duplik im vorinstanzlichen Verfahren hat er den Betrag jedoch auf Fr. 21'520.00 reduziert (Akten der Vorinstanz, act. I/5, S. 19 Ziff. 5). Darauf ist er von vornherein zu behaften. Als Beweis für die geltend gemachte Forderung hat der Berufungsbeklagte eine Akontorechnung des Ingenieurbüros N. _____ & Partners Ltd über Fr. 21'520.00 eingelegt (Akten der Vorinstanz, act. 98). Aus dieser Rechnung geht hervor, dass sie im Zusammenhang mit dem Grundstück T. _____ stand. Welche Leistungen damit jedoch abgegolten werden sollten und welche Preise für die Berechnung verwendet wurden, lässt sich der Rechnung nicht entnehmen. Damit ist die Rechnung schlicht nicht überprüfbar. Insbesondere aber kann nicht festgestellt werden, ob tatsächlich (nur) Kosten in Rechnung gestellt worden sind, die im Zusammenhang mit der Baugrubensicherung gestanden haben. In den Akten findet sich des Weiteren kein Beleg, dass der Berufungsbeklagte diese Akontorechnung bezahlt hat. Er hat zwar in der Duplik im vorinstanzlichen Verfahren angekündigt, dass er den Bankbeleg nachreichen werde

(Akten der Vorinstanz, act. I/5, S. 19 Ziff. 5). Dies hat er jedoch nicht getan. Der auf der Akontorechnung angebrachte Buchungstempel allein ist nicht Beweis dafür, dass auch tatsächlich eine Zahlung ausgelöst worden ist. Insgesamt gesehen hat der Berufungsbeklagte daher nicht nachgewiesen, dass ihm unter dem Titel „Expertise O.____“ überhaupt Kosten entstanden sind. Die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Forderung kann daher nicht zur Verrechnung zugelassen werden. 13.4.7. Auch bezüglich der unter dem Titel „Arch. P.____“ geltend gemachten Forderung hat der Berufungsbeklagte es unterlassen, eine Rechnung und/oder andere Belege einzureichen, aus denen die verrechneten Leistungen hervorgehen würden. Da überhaupt keine Unterlagen vorhanden sind, ist die Forderung weder in ihrem Bestand noch in ihrer Höhe überprüfbar. Sie ist schlicht nicht nachgewiesen. Die geltend gemachte Forderung kann nicht zur Verrechnung gebracht werden. 13.4.8. Der Berufungsbeklagte macht eine weitere Forderung gegenüber der Berufungsklägerin geltend, weil er der AA.____AG Mehraufwendungen ersetzen müssen, die wegen der Falschleistungen der Berufungsklägerin entstanden seien. Als Beweis hat er einzig eine Abschreibungsverfügung des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 23. Oktober 2007 eingereicht (Akten der

Seite 48 — 58 Vorinstanz, act. III/88). Aus der Abschreibungsverfügung geht jedoch nicht hervor, dass die vom Berufungsbeklagten an die AA.____AG zu erbringende Zahlung Mehrleistungen abgelten sollte. Vielmehr geht der zwischen dem Berufungsbeklagten und der AA.____AG erzielte Vergleich, der in die Abschreibungsverfügung aufgenommen worden ist und in dessen Ziffer 1 die Forderung errechnet wird, von der „Werkvertragssumme“ aus. Dies spricht eher dafür, dass keine Mehrleistungen enthalten sind. Weitere Beweise hat der Berufungsbeklagte nicht eingebracht. In der Anschlussberufung macht er noch geltend, der Zeuge E.____ habe ausdrücklich festgehalten, dass dieser Zusatzaufwand ausschliesslich in der Arbeitsweise der A.____AG begründet gewesen sei. Der Zeuge E.____ hat an der vom Berufungsbeklagten in der Anschlussberufung bezeichneten Stelle der Zeugeneinvernahme ausgesagt, diese Kosten hätten die Anpassung des Honorars infolge Übernahme der Bauleitung betroffen (Akten der Vorinstanz, act. V/9, S. 20). Dass die AA.____AG die Bauleitung hätte übernehmen müssen, weil der Berufungsklägerin Fehler unterlaufen waren, geht aus der Einvernahme von E.____ nicht hervor. Aus den weiteren Akten ergibt sich im Übrigen, dass Ingenieur O.____ die Übernahme der Bauleitung durch die AA.____AG und I.____ zur Bedingung gemacht hat, um einen Baustopp zu verhindern (Akten der Vorinstanz, act. III/33 – 36). Daraus ist wohl zu schliessen, dass Ingenieur O.____ den Berufungsbeklagten nicht in der Lage sah, die Bauleitung im erforderlichen Rahmen (allein) wahrzunehmen. Der Schluss, dass die Übernahme beziehungsweise die Unterstützung der Bauleitung durch die AA.____AG auf Fehlleistungen der Berufungsklägerin zurückzuführen war, lässt sich damit nicht zwingend ziehen. Insgesamt hat der Berufungsbeklagte auch bezüglich des Betrages, den er gemäss Vergleich der AA.____AG zu bezahlen hatte, nicht nachgewiesen, dass ihm diese Forderung gegenüber der Berufungsklägerin zusteht. Die geltend gemachte Forderung ist daher nicht zur Verrechnung zuzulassen. 13.4.9. Schliesslich hat der Berufungsbeklagte behauptet, die Berufungsklägerin habe eine Gunitwand ins „Hausinnere“ versetzt, was die Fläche, die veräussert werden können, um 12 m² reduziert habe. Der geltend gemachte Quadratmeterpreis sei angemessen, da die „anderweitigen Quadratmeter“ zum doppelten Preis hätten veräussert werden können. Der Berufungsbeklagte unterlässt es jedoch, den Quadratmeterpreis der „anderweitigen

Quadratmeter“ nachzuweisen. Zudem ergibt sich aus den Unterlagen, die er in diesem Zusammenhang eingereicht hat, nicht, dass tatsächlich weniger Quadratmeter vorhanden waren. In einem Schreiben des Berufungsbeklagten vom 1. Juni 2004 an D._____, Bauführer der A._____ AG, spricht der Berufungsbeklagte zwar davon, dass die Gunit-

Seite 49 — 58 wand um 18 cm falsch errichtet worden sei (Akten der Vorinstanz, act. III/91). Be-weise für diese Behauptung finden sich jedoch weder als Beilage zu diesem Schreiben noch in den vom Berufungsbeklagten bezüglich dieser Gegenforderung eingereichten Unterlagen. Die vom Berufungsbeklagten benannten Zeugen schliesslich wurden zu möglicherweise fehlenden Quadratmetern nicht befragt (Akten der Vorinstanz, act. V/2, act. V/4 und act. V/9). Damit bleibt es bei der einfachen Behauptung des Berufungsbeklagten. Die Forderung ist nicht nachgewiesen und kann daher auch nicht zur Verrechnung gebracht werden. 13.5. Aus dem Gesagten erhellt, dass der Berufungsbeklagte bezüglich der von ihm geltend gemachten Gegenforderungen der Berufungsklägerin keine Nachbes- serungsfrist angesetzt, es bei einer mangelhaften Substantiierung belassen und schliesslich auch die Forderungen nicht nachgewiesen hat. Die behaupteten Gegenforderungen können bei dieser Sachlage nicht zur Verrechnung zugelassen werden. Der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen und die Anschlussberufung ist abzuweisen. 13.6. Da die behaupteten Gegenforderungen nicht zur Verrechnung zugelassen werden können, ergeben sich keine Änderungen bezüglich Bestand und Höhe der der Berufungsklägerin gegen den Berufungsbeklagten zustehenden Forderung. Nachdem die Vorinstanz der Berufungsklägerin Fr. 261'507.20 zugesprochen hat, sich vorliegend aber erwiesen hat, dass der Berufungsklägerin Fr. 501'258.40 zu- stehen, ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben. Zum von der Vorinstanz zu- gesprochenen Zins äussern sich die Parteien in den Rechtsschriften des Beru- fungs- und Anschlussberufungsverfahrens nicht. Es würde mithin an substantiier- ten Rügen fehlen, weshalb die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts sich grundsätzlich nicht weiter damit zu befassen hat. Selbst wenn der Zins jedoch überprüft werden müsste, so würde er sich offensichtlich als rechtmässig erwei- sen. 13.7. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Berufung teilweise gutgeheissen wer- den muss, während die Anschlussberufung abzuweisen ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben. Die Klage der Berufungsklägerin ist im Umfang von Fr. 501'258.40 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 15. Mai 2005 gutzuheissen. Im darüber hinausgehenden Betrag ist sie abzuweisen. 14.1. Da die Rechtsmittelinstanz aufgrund der teilweisen Gutheissung der Beru- fung einen neuen Entscheid fällt, hat sie auch über die Prozesskosten des erstin- stanzlichen Verfahrens zu entscheiden (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozess-

Seite 50 — 58 kosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). 14.2. Hat wie vorliegend keine Partei vollständig obsiegt, so sind die Prozesskos- ten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Für die Beantwortung der Frage, wer die Prozesskosten in welcher Höhe zu tragen hat, kommt es mithin auf das Obsiegen an. Dabei ist vorliegend zu beachten, dass der Berufungsbeklagte Gegenforderungen geltend gemacht hat, die er zur Ver- rechnung bringen wollte. Diese verrechnungsweise geltend gemachten Gegenfor- derungen müssen bei der Bestimmung des Obsiegens insoweit Berücksichtigung finden, als sie materiell beurteilt worden sind, denn in diesem Umfang nehmen sie Teil an der materiellen Rechtskraft des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_568/2013 vom 16. April 2014 E. 2.2, mit Hinweisen) und ha- ben damit Einfluss auf die wirtschaftliche Bedeutung des Falles. Die Vorinstanz hat eine Zusprechung der

Gegenforderungen mit den Argumenten abgelehnt, der Berufungsbeklagte habe es versäumt, der Berufungsklägerin eine Nachfrist anzusetzen, um die monierten Mängel zu beheben. Daneben fehle es auch an einer sachgerechten Substantiierung, weshalb der Berufungsbeklagte die Verrechnung nicht mit Erfolg geltend machen könne. Damit hat die Vorinstanz die Gegenforderungen materiell beurteilt. Auch in vorliegendem Rechtsmittelentscheid waren die Gegenforderungen materiell zu beurteilen. Sie sind damit bei der Frage des Ob-siegens miteinzubeziehen. Die Berufungsklägerin hat vor der Vorinstanz eine Forderung in Höhe von Fr. 656'892.90 (inkl. MwSt.) eingeklagt. Zugesprochen werden ihr gemäss vorliegendem Urteil Fr. 501'258.40 (inkl. MwSt.). Die Gegenforderungen des Berufungsbeklagten in Höhe von Fr. 332'833.45 müssen gänzlich abgewiesen werden. Bezüglich des wirtschaftlichen Wertes der vorliegenden Streitsache in Höhe von Fr. 989'726.35 (Fr. 656'892.90 + Fr. 332'833.45; Art. 94 Abs. 2 ZPO analog) ist die Berufungsklägerin bei Fr. 834'091.85 (Fr. 501'258.40 + Fr. 332'833.45) mit ihren Begehren durchgedrungen. Damit hat die Berufungsklägerin zu rund 6/7 obsiegt. Die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 100'000.00 sind damit zu 6/7 (= Fr. 85'710.00) vom Berufungsbeklagten und zu 1/7 (= Fr. 14'290.00) von der Berufungsklägerin zu tragen. Sie werden mit den von den Parteien im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 60'000.00 verrechnet (Akten der Vorinstanz, act. I/6 und act. VI/6) verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Restbetrag der Kostenvorschüsse von Fr. 20'000.00 wird der Berufungsklägerin durch das Bezirksgericht Prättigau/Davos zurückerstattet. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin Fr. 25'710.00 zu erstatten (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Seite 51 — 58 Der Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin zudem Fr. 227.00 (6/7 von Fr. 265.0) an die Kosten des Sühneverfahrens zu bezahlen. 14.3. Die Parteientschädigungen des erstinstanzlichen Verfahrens sind im selben Verhältnis zu verteilen wie die Gerichtskosten. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das Kantonsgericht von Graubünden in neuerer Zeit bezüglich der Bestimmung der aussergerichtlichen Entschädigung eine Praxisänderung vorgenommen hat. Die Berechnung der Parteientschädigung erfolgt nun nach der Quotenbeziehungsweise Bruchteilsverrechnung. Dabei wird zunächst das anteilmässige Unterliegen und Obsiegen ermittelt. Die Quotenbeziehungsweise Bruchteile des jeweiligen Obsiegens beider Parteien werden sodann gegenseitig verrechnet. Die mehrheitlich obsiegende Partei erhält als Parteientschädigung schliesslich die mit der Differenz der verrechneten Bruchteile beziehungsweise Quoten multiplizierte Honorarforderung (vgl. Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 16 5 vom 5. Juli 2016 E. 5c). Vorliegend haben bezüglich des im vorinstanzlichen Verfahren insgesamt strittigen Betrages die Berufungsklägerin zu 6/7 und der Berufungsbeklagte zu 1/7 obsiegt. Der Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin mithin 5/7 (6/7 – 1/7) ihrer notwendigen aussergerichtlichen Kosten zu ersetzen. Bezüglich der von der Berufungsklägerin im Verfahren vor der Vorinstanz geltend gemachten ausseramtlichen Kosten hat der Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort und Anschlussberufung geltend gemacht, diese seien zu kürzen, denn auf Seiten der Berufungsklägerin seien zwei Rechtsanwälte aus Zürich beigezogen worden. Die eingereichten Honorarrechnungen zeigten zudem, dass sie einen erheblich höheren Stundenansatz verwendet hätten, als in Graubünden üblich. Aufgrund der örtlichen Verhältnisse seien für die gegnerischen Anwälte viele Fahrten notwendig gewesen. Die höheren Stundenansätze und der durch die Doppelvertretung sowie die räumliche Distanz verursachte Mehraufwand seien für das Verfahren vor der Vorinstanz nicht entschädigungsrelevant. Da die von der

Berufungsklägerin eingereichten Honorarnoten den Aufwand ohne eigentliche Detaillierung auswies, erscheine es angesichts der Doppelvertretung und der Ortsdistanz angemessen, der Berufungsklägerin denselben Aufwand zuzugestehen, den der Berufungsbeklagte ausgewiesen habe. Die Berufungsklägerin macht dahingegen geltend, es sei nicht angezeigt, den von ihren Rechtsvertretern verwendeten Stundenansatz zu kürzen. Es seien nur wenige Fahrten nach O.4_____ notwendig gewesen. Eine Honorarreduktion stehe vorliegend nicht zur Diskussion. – Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht die Parteientschädigung nach den Tarifen zu. Diese werden von den Kantonen festgesetzt (vgl. Art. 96 ZPO). Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des

Seite 52 — 58 Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Honorarverordnung, HV; BR 310.250) legt fest, dass der übliche Stundenansatz im Kanton Graubünden zwischen Fr. 210.00 und Fr. 270.00 beträgt. Die von den Rechtsvertretern der Berufungsklägerin verwendeten Stundenansätze sind erheblich höher; es ist dem Berufungsbeklagten zuzustimmen, dass diese auf einen üblichen Stundenansatz zu kürzen sind. Nachdem sich die Berufungsklägerin in den Rechtsschriften des Berufungsverfahrens zwar dagegen ausspricht, dass ihre Honorarforderung gekürzt wird, sie sich jedoch nicht zum von der Vorinstanz als üblich bezeichneten Stundenansatz von Fr. 240.00 äussert – insbesondere wendet sie sich nicht substantiiert gegen diesen Stundenansatz – kann für die Berechnung der Parteientschädigung der Berufungsklägerin von einem Stundenansatz von Fr. 240.00 ausgegangen werden. Mit Bezug auf den von den Rechtsvertretern der Berufungsklägerin geltend gemachten Zeitaufwand ist folgendes festzuhalten: Dass sich die Berufungsklägerin beziehungsweise die A._____ AG nicht durch einen Anwalt aus dem Kanton Graubünden hat vertreten lassen, könnte nur zu einer (weiteren) Reduktion des Aufwands führen, wenn darin ein Missbrauch erblickt werden müsste. Davon kann vorliegend augenscheinlich nicht gesprochen werden. Wie die Berufungsklägerin im Weiteren richtig geltend macht, fanden die meisten Zeugeneinvernahmen nicht im Kanton Graubünden statt, so dass auch für einen Anwalt aus dem Kanton Graubünden ein längerer Weg angefallen wäre. Was nun die Tatsache betrifft, dass sich die Berufungsklägerin durch zwei Anwälte hat vertreten lassen, so steht ihr das selbstverständlich frei. Bei der Festlegung der aussergerichtlichen Entschädigung ist jedoch zu berücksichtigen, dass nur der notwendige Aufwand zu entschädigen ist. Grundsätzlich genügt die Vertretung durch einen Anwalt. Der Beizug eines zweiten Anwaltes kann gerechtfertigt sein, wenn dieser über Spezialwissen verfügt, das für die Beantwortung sich stellender Fragen wichtig ist. Vorliegend hat die Berufungsklägerin beziehungsweise die A._____ AG Rechtsanwalt Dr. iur. Roland Hürlimann mandatiert (Akten der Vorinstanz, act. I/13). Dieser hat den in der selben Anwaltskanzlei tätigen Rechtsanwalt lic. iur. et Bau-Ing. ETH Johannes Zuppiger beigezogen. Da Rechtsanwalt Zuppiger auch über einen Abschluss als Bau-Ing. ETH verfügt und es vorliegend um eine Bausache geht, könnte sein Beizug unter Umständen gerechtfertigt gewesen sein. Auf der anderen Seite darf nicht vergessen werden, dass es sich bei Rechtsanwalt Hürlimann um einen versierten Bauanwalt handelt, der sich auch im Schrifttum an prominenter Stelle mit Fragen des Baurechts auseinandersetzt (vgl. zum Beispiel den Kommentar zur SIA-Norm 118 von Peter Gauch/Hubert Stöckli, wo Rechtsanwalt Hürlimann einer der Kommentatoren ist). Dass unter diesen Umständen der Beizug eines zweiten Anwaltes notwendig gewesen ist, erscheint fraglich. Die

Seite 53 — 58 Berufungsklägerin begründet denn auch in keiner Weise, weshalb es notwendig gewesen wäre, neben Rechtsanwalt Hürlimann auch Rechtsanwalt Zuppiger beizuziehen. Unter diesen Umständen aber hat der Berufungsbeklagte Mehrkosten, die durch die Doppelvertretung entstanden sind, nicht zu ersetzen. Insbesondere hat er die Kosten von Besprechungen zwischen den Rechtsvertretern gar nicht und die Kosten der Teilnahme an einer Einvernahme oder Verhandlung nur für einen Anwalt zu tragen. Liest man die Kostennoten der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin durch (Akten der Vorinstanz, act. I/17), so zeigt sich, dass nur wenige Male gemeinsame Besprechungen aufgeführt sind (Akten der Vorinstanz, act. I/17: 12.12.07, 26.03.10, 25.10.10, 17.03.11, 28.03.11, 12.05.11, 18.05.11, 15.08.12). Zumindest einmal haben die beiden Rechtsvertreter auch zusammen an einer Besprechung mit ihrer Klientin teilgenommen (Akten der Vorinstanz, act. I/17: März 2009). Daneben sind noch ein paar wenige E-Mails zwischen den Anwälten verzeichnet. Und schliesslich haben beide Anwälte an den Einvernahmen der Zeugen K. _____ (Akten der Vorinstanz, act. V/1) und E. _____ (Akten der Vorinstanz, act. V/9) sowie an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz teilgenommen (Protokoll Hauptverhandlung, Akten der Vorinstanz, act. I/19). Wie viel Zeit unter all diesen Punkten abgerechnet worden ist, ergibt sich aus den Kostennoten nicht, da allein Verrichtung und Datum festgehalten sind, jedoch keine entsprechende Zeiteinheit. Die Aufwendungen unter diesen Punkten sind damit nach richterlichem Ermessen zu schätzen (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 HV). Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts gelangt zum Schluss, dass es angebracht ist, aufgrund der Doppelvertretung Mehraufwendungen in Höhe von 20 Stunden anzunehmen, die der Berufungsbeklagte nicht zu tragen hat. Weiter kann der Aufwand der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin im Zusammenhang mit dem Privatgutachten nicht als notwendiger Aufwand gelten. Die Berufungsklägerin hat im vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt, sie habe dieses Gutachten vornehmlich in Auftrag gegeben, um ihre Prozesschancen abzuschätzen (Replik, Akten der Vorinstanz, act. I/4, S. 18 Ziff. III.B.b). Dies hat der Berufungsbeklagte nicht zu bezahlen. Erneut aber lässt sich aufgrund der Honorarnoten nicht bestimmen, wie viel Zeit die Berufungsklägerin unter diesem Punkt geltend macht, da bei den jeweiligen Verrichtungen keine Zeiteinheiten angegeben sind. Trotzdem kann aufgrund der im Zusammenhang mit dem Privatgutachten stehenden Verrichtungen gesagt werden, dass diese einen nicht unerheblichen Aufwand verursacht haben müssen (vgl. Akten der Vorinstanz, act. I/17: 12.09.207, 25.10.07, 29.10.07, 16.11.07, 20.11.07, 22.11.07, 23.11.07, 30.11.07, 03.12.07, 04.12.07, 05.12.07, 11.12.07, 12.12.07, 14.12.07, 03.03.08). Diese Beurteilung berücksichtigt insbesondere, dass Aufwand unter dem Titel „Redaktion (Gutachten)“ abgerechnet worden ist, was im

Seite 54 — 58 Übrigen sehr erstaunt, haben doch nicht die Rechtsvertreter der Berufungsklägerin das Gutachten geschrieben. Aufgrund der Aktenlage ist unter diesem Punkt eine Kürzung des Aufwandes um 15 Stunden angezeigt. Insgesamt ist der von der Berufungsklägerin geltend gemachte Aufwand von 494.59 Stunden (dieser Aufwand, der den auf dem „Zusammenzug Rechnungen“ aufgeführten Gesamtstunden nicht entspricht, ergibt sich, wenn die in den einzelnen Rechnungen jeweils am Schluss aufgeführten Stunden zusammengezählt werden) somit um 35 Stunden zu kürzen. Der notwendige Aufwand der Berufungsklägerin beträgt mithin 459.59 Stunden à Fr. 240.00 zuzüglich Barauslagen und Mehrwertsteuer. Bei der Mehrwertsteuer ist zu beachten, dass diese bis zum 31. Dezember 2010 7.6 % betragen hat und anschliessend auf 8 % angehoben worden ist. Da die von den Rechtsvertretern in Rechnung gestellten Barauslagen in keiner Weise nachvollziehbar sind, legt die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts die Barauslagen nach

Ermessen fest (vgl. Art. 4 Abs. 1 HV). Damit ergibt sich für die notwendigen Auslagen der Berufungsklägerin ein zeitlicher Aufwand von 459.59 Stunden à Fr. 240.00, was Fr. 110'301.60 ergibt. Für Barauslagen erscheint ein Betrag in Höhe von 3 % des Aufwandes an- gemessen. Dies entspricht Fr. 3'309.05. Die Mehrwertsteuer wiederum beläuft sich – unter Berücksichtigung der zwei Mehrwertsteuersätze und der Kürzungen des Aufwands in den verschiedenen Perioden – auf Fr. 8'730.60. Insgesamt be- trägt der zu berücksichtigende Aufwand der Berufungsklägerin somit Fr. 122'341.25. Davon hat der Berufungsbeklagte 5/7 oder Fr. 87'386.60 zu über- nehmen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch festgehalten, dass die Kostenvertei- lung im selben Rahmen bleiben würde, wenn sie nach Art. 122 ZPO-GR vorge- nommen werden würde. Denn auch unter der bündnerischen ZPO war nach Rechtsprechung des Kantonsgerichts zunächst die Honorarordnung des Bündne- rischen Anwaltsverbandes und ab dem 1. April 2009 die Honorarverordnung für die Höhe des Stundenansatzes massgeblich. Der übliche Stundenansatz betrug dabei ab dem 8. Dezember 2006 Fr. 240.00, während er vorher bei Fr. 220.00 ge- legen hatte. Da nur wenige Leistungen vor dem 8. Dezember 2006 erfolgten, wür- de sich die Berechnung nur unwesentlich verändern.

E. 15

Abschliessend sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu verle- gen. Wie sich gezeigt hat, ist die Berufung teilweise gutzuheissen. Auch im Rechtsmittelverfahren sind die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen, wenn keine Partei vollständig obsiegt hat (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Nachdem die Berufungsklägerin mit der Berufung einen Betrag von Fr. 572'116.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 15. Mai 2005 verlangt hat und ihr vorliegend Fr.

Seite 55 — 58 501'258.40 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 15. Mai 2005 zugesprochen werden, ist sie mit ihrem Rechtsmittel zu rund 87 % oder 7/8 durchgedrungen. Damit hat der Berufungsbeklagte 7/8 der Prozesskosten für das Verfahren bezüglich der Be- rufung zu tragen, während 1/8 der Prozesskosten von der Berufungsklägerin übernommen werden müssen. Die Gerichtskosten für das Verfahren der Berufung, die gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf Fr. 15'000.00 festgesetzt werden, gehen daher im Umfang von Fr. 13'125.00 zu Lasten des Berufungsbeklagten und im Umfang von Fr. 1'875.00 zu Lasten der Berufungsklägerin. Die Anschlussberufung wiederum muss vollumfänglich abgewiesen werden, so dass die Berufungsklägerin in dieser Hinsicht vollständig obsiegt hat. Die Kosten des Anschlussberufungsverfahrens von Fr. 3'000.00 gehen daher gänzlich zu Lasten des Berufungsbeklagten. Ingsge- samt hat der Berufungsbeklagte somit Fr. 16'125.00 an Gerichtsgebühren für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren zu tragen, während die Berufungs- klägerin Fr. 1'875.00 übernehmen muss. Die Gerichtsgebühren werden mit den von der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten geleisteten Kostenvor- schüssen von je Fr. 10'000.00 (insgesamt somit Fr. 20'000.00) verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Restbetrag der Kostenvorschüsse von Fr. 2'000.00 wird der Berufungsklägerin durch das Kantonsgericht zurückerstattet. Der Berufungsbe- klagte wird zudem verpflichtet der Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 6'125.00 zu erstatten (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Parteien haben die Parteientschädigungen in demselben Verhältnis wie die Gerichtskosten zu tragen. Damit hat die Berufungsklägerin bezüglich des Verfah- rens der Berufung 1/8 und der Berufungsbeklagte 7/8 zu tragen. Werden die Quo- ten miteinander verrechnet, ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte $\frac{3}{4}$ des Hono- ranspruchs der Berufungsklägerin

im Zusammenhang mit der Berufung zu tragen hat. Mit Bezug auf die Anschlussberufung hat die Berufungsklägerin vollständig obsiegt, so dass ihr der Berufungsbeklagte diesbezüglich sämtliche notwendigen ausseramtlichen Kosten zu ersetzen hat. Nachdem keine der Parteien für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren eine Honorarnote eingereicht hat, hat die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts die Parteientschädigungen nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen. Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der von der Berufungsklägerin eingereichten Rechtschrift erscheint der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts für das Verfahren bezüglich der Berufung ein Aufwand von pauschal Fr. 6'000.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) angemessen. Davon hat der Berufungsbeklagte $\frac{3}{4}$ oder Fr. 4'500.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu tragen. Den notwendigen Auf-

Seite 56 — 58 wand für das Anschlussberufungsverfahren setzt die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts unter Berücksichtigung der massgeblichen Faktoren auf pauschal Fr. 1'500.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) fest. Diese hat der Berufungsbeklagte gesamthaft zu übernehmen. Es ergibt sich somit, dass der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren insgesamt mit Fr. 6'000.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu entschädigen hat.

Seite 57 — 58 III.

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