

GR_GERICHTE ZK2 2017 1 vom 31. März 2020

GR Gerichte, 2020-03-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2017_1

FR: GR_GERICHTE ZK2 2017 1 du 31 mars 2020

IT: GR_GERICHTE ZK2 2017 1 del 31 marzo 2020

Regeste

Forderung aus Werkvertrag | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 3

/ 28 D. Die Fertighaus C._____ lehnte den Prozesseintritt mit Schreiben vom 25. Juni 2015 ab. E. Mit Beweisverfügung des Präsidenten am Bezirksgericht Hinterrhein vom

E. 5

Eventualiter sei Ziff. 2 lit. b des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die ausseramtliche Entschädigung auf höchstens CHF 19'000.00 festzusetzen.

E. 6

Februar 2017 frühestens am 9. Februar 2017 (vgl. KG act. D.6) den Berufungsklägern zugestellt. Die Berufungskläger reichten am 17. Februar 2017 ihre Replik ein, welche notabene überhaupt erst aufgrund der Eventualbegründung der Berufungsbeklagten in der Berufungsantwort notwendig wurde. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte das Gericht jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen und erst vom elften Tag an sein Urteil fällen. Will eine Partei sicherstellen, dass ihre Replik berücksichtigt werden kann, so ist es also an ihr dafür zu sorgen, dass die Eingabe bis spätestens am zehnten Tag beim Gericht eintrifft (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4 m.w.H.). Die Replik der Berufungskläger vom 17. Februar 2017 erweist sich unter diesen Umständen ohne weiteres als zulässig. Die Eingabe der Berufungsbeklagten vom 1. März 2017 wird als Duplik entgegengenommen. 4.1. In beweisrechtlicher Hinsicht rügen die Berufungskläger, dass die Vorinstanz die Aussagen von E._____ zu Unrecht zugelassen habe. Dass E._____ als Organe der Klägerin und Berufungsbeklagten fälschlicherweise als Zeugen befragt wurden, steht mit Blick auf Art. 159 ZPO ausser Frage. Mit Organen wird eine Parteibefragung (Art. 191 ZPO) durchgeführt oder eine Beweisaussage (Art. 192 ZPO) abgenommen, nicht jedoch eine Zeugeneinvernahme (Art. 159 ZPO) durchgeführt. Die Vorinstanz nahm die durchgeführten Zeugeneinvernahmen indes als Beweisaussagen entgegen, da ihrer Auffassung nach alle Anforderungen der Beweisaussage, welche auch von Amtes wegen angeordnet werden

E. 6.1

Die Berufungskläger bringen vor, dass die Berufungsbeklagte aufgrund der Auftragserteilung durch die Fertighaus C._____, bzw. D._____, gegenüber der Berufungsbeklagten nicht daraus hätten schliessen können und dürfen, dass die Vergaben im Auftrag und in Vertretung von ihnen erteilt worden seien. Vielmehr spreche die

Erfahrung dafür, dass diese Aufträge von der Fertighaus C._____ ausgegangen seien und zwar in ihrem eigenen Namen. Zu Recht habe die Berufungsbeklagte die Rechnungen wie auch Rapporte zunächst allein der Fertighaus C._____ und nicht den Berufungsklägern zugestellt. Auch wenn die Fertighaus C._____ der Berufungsbeklagten Aufträge für gewisse Arbeiten erteilt habe, welche nicht im Pauschalpreis inbegriffen gewesen seien, bedeute dies nicht, dass sie dies in Vertretung der Berufungskläger getan habe. Inwieweit diese allerdings auf die Berufungskläger Rückgriff nehmen könne resp. könnte, sei nicht Streitgegenstand des vorliegenden Prozesses. Die Berufungskläger rügen weiter, dass kein Anwendungsfall von Art. 33 Abs. 3 OR vorliege, da sie der Fertighaus

9 / 28 C._____ weder einen Auftrag noch eine Vollmacht erteilt hätten. Die Berufungsbeklagte habe auch nicht in gutem Glauben davon ausgehen dürfen, dass die Fertighaus C._____ im Auftrag der Berufungsklägerschaft gehandelt habe; die Voraussetzungen für eine Vertrauenshaftung seien nicht gegeben. Weder eine Anscheinsvollmacht noch eine Duldungsvollmacht – wovon die Vorinstanz ausgehe – lägen vor. Die Duldungsvollmacht falle bereits deswegen ausser Betracht, weil die Berufungskläger nichts von den Arbeiten der Berufungsbeklagten, die nicht von ihr in Auftrag gegeben worden seien, gewusst hätten. Sie hätten die Arbeiten der Berufungsbeklagten demnach auch nicht dulden können. Es sei für sie im Übrigen als Laien im Bauwesen auch nicht ersichtlich und nachvollziehbar gewesen, welche Arbeiten sie selbst in Auftrag gegeben und welche die Fertighaus C._____ erteilt hätten.

E. 6.2

Gemäss Art. 33 Abs. 3 OR beurteilt sich der Umfang der Ermächtigung, die der Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt hat, diesem gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgabe. Die Mitteilung der Bevollmächtigung muss somit vom Vertretenen ausgehen. Entscheidend ist dabei, ob das tatsächliche Verhalten des Vertretenen – ein Tun, ein Unterlassen oder ein Dulden – nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen lässt (Urteil des Bundesgerichts 5C_244/2002 vom 20. Januar 2003 E. 3.2.2). Hat der Vertretene dabei Kenntnis vom Auftreten des Vertreters, schreitet aber dagegen nicht ein, wird ihm eine sogenannte externe Duldungsvollmacht unterstellt. Kennt er das Verhalten des Vertreters nicht, könnte er es aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit kennen und verhindern, liegt nach derselben Terminologie eine externe Anscheinsvollmacht vor (BGE 120 II 197 E. 2b mit weiteren Hinweisen). Von einer externen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ist zumindest in den Fällen auszugehen, in denen der Dritte das Verhalten des Vertretenen nach dem Vertrauensprinzip als Vollmachtscundgabe verstehen durfte (vgl. Ahmet Kut, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016, N 41 zu Art. 33 OR). Erkennt oder müsste der Vertreter erkennen, dass eine Bevollmächtigung nicht gewollt ist, entsteht hingegen keine Vollmacht (Rolf Watter, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 16 zu Art. 33 OR). Die Terminologie ist indessen keine einheitliche (vgl. Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2014, Rz. 1413 mit Verweis auf BGE 120 II 197 E. 2b/bb). Das Bundesgericht verwendet die Ausdrücke "Duldungs-" bzw. "Anscheinsvollmacht" sowohl im Kontext von Art. 32 Abs. 1 OR als auch in jenem von Art. 33 Abs. 3 OR, wobei

10 / 28 es im einen Fall von interner Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht (BGE 141 III 289 E. 4.1) spricht, und im anderen Fall von externer (Urteil des Bundesgerichts 2C_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 5.2; zum Ganzen: Alfred Koller, Schweizerisches OR AT, 4. Aufl., Bern 2017, N 19.08). Ahmet Kut, auf den sich die Vorinstanz bezieht, führt sodann aus, dass die Begriffe "Duldungs-" und "Anscheinsvollmacht" in Lehre und Rechtsprechung auch und vor allem im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 3 OR, d.h. im Sinne von einer externen Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht, verwendet werden (vgl. Ahmet Kut, a.a.O., N 8 zu Art. 33 OR). In diesem Sinne sind auch die Ausführungen der Vorinstanz zu verstehen (angefochtener Entscheid, E. 6.2).

E. 6.3

Der Eintritt der Vertretungswirkung nach Art. 32 Abs. 1 OR setzt sodann voraus, dass der Vertreter bei Vertragsschluss – in einer vom Dritten erkannten oder für den Dritten erkennbaren Weise – in fremden Namen, d.h. im Namen des Vertretenen (und nicht für sich selbst), gehandelt hat, wobei die entsprechende Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann. Der Vertreter muss sich beim Dritten als solcher zu erkennen geben, ihm also klarmachen, dass er nicht für sich, sondern im Namen einer anderen Person handelt (Urteil des Bundesgerichts 2C_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 5.1; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid, a.a.O., Rz. 1317 ff.; Rolf Watter, a.a.O., N 12 zu Art. 32 OR). Hat der Vertreter sich beim Vertragsabschluss nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesst (Art. 32 Abs. 2 OR). Insofern kann eine Vertretungswirkung auch bei einer stillschweigenden Erklärung eintreten, nämlich dann, wenn der Dritte "aus den Umständen" auf das Vertretungsverhältnis schliessen konnte und musste (Rolf Watter, a.a.O., N 17 zu Art. 32 OR). Bei der Klage des Dritten gegen den (angeblich) Vertretenen trägt der Dritte, in casu also die Berufungsbeklagte, die Beweislast für das Vorhandensein der Vertretungsmacht und des Handelns in fremdem Namen, falls der Vertretene eine Vertretung bestreitet (Rolf Watter, a.a.O., N 35 zu Art. 32 OR). Zu prüfen ist deshalb zunächst, ob im Innenverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen den Berufungsklägern und der Fertighaus C._____, handelnd durch D._____, eine Bevollmächtigung vorlag (Innenverhältnis). In einem zweiten Schritt stellt sich sodann die Frage, ob und wann D._____ gegenüber der B._____ klargestellt hat, dass er gewisse Arbeiten als Vertreter der Bauherrschaft respektive auf deren Rechnung in Auftrag gibt (Aussenverhältnis).

E. 6.4

Die vorliegende Streitigkeit der Parteien ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass die Fertighaus C._____, bzw. deren Bauleiter D._____, der Berufungsbeklagten Aufträge erteilte, zum Teil zwecks Erfüllung eigener vertraglicher Pflichten gegenüber den Berufungsklägern, zum Teil allerdings auch im Interesse der Berufungskläger über die vertraglichen Pflichten der Fertighaus C._____ hinaus. Es geht nachfolgend einzig um letztere Aufträge, mithin um solche, die vom Vertrag zwischen den Berufungsklägern und der Fertighaus C._____ – wie selbst die Berufungskläger zugestehen (vgl. KG act. A.1, S. 7) – nicht umfasst sind. Die von der Fertighaus C._____ zu erbringenden Leistungen waren durch den Werkvertrag zwischen ihr und den Berufungsklägern abgegrenzt, wobei der Fertighaus C._____ teilweise die Bauleitung oblag (vgl. VI act. III./3-5). Der Fertighaus C._____ kann die Bauleitung allerdings nur für ihre eigenen Leistungen, nicht aber

hinsichtlich der bauseitigen Leistungen zugesprochen werden (vgl. Protokoll der Einvernahme von Hermann Erler, 31. März 2016, S. 5, Frage 4 [VI act. V./15]). Der Anteil ihrer "eigenen Leistungen" umfasst das Haus ab Oberkante Keller/Fundamentplatte, Keller Baumeister und der Innenausbau. Im Gegenzug musste die Berufungsklägerschaft namentlich für die Grabarbeiten, den Aushub sowie die Hinterfüllung, somit bauseits zu erbringende Leistungen, selbst besorgt sein. Die Abgrenzung war der Fertighaus C._____ bewusst und musste – nach Meinung der Berufungsbeklagten – genauso den Berufungsklägern bewusst gewesen sein. Unbestritten ist, dass die Berufungsbeklagte die entsprechenden Verträge zwischen den Berufungsklägern und der Fertighaus C._____ im Zeitpunkt der strittigen Auftragsvergaben nicht kannte. Unstrittig ist weiter, dass die Fertighaus C._____ tatsächlich nicht ausdrücklich bevollmächtigt war, bauseits zu erbringende Leistungen gemäss der Rechnung Nr. 2013228 vom 30. Juni 2013, der Rechnung Nr. 2013029 vom 13. Februar 2013 (hinsichtlich Schneeräumung etc.) und der Rechnung Nr. 2014520 vom 31. Oktober 2014 im Namen der Berufungskläger in Auftrag zu geben. Dass die Berufungskläger sodann einige Arbeiten, namentlich Grabarbeiten, Aushub, Hinterfüllung, Baustelleneinrichtung, Kanalisations- und Entwässerungsarbeiten, Lieferung von Beton für das Fundament und Steine für den Lichtschacht, selbst bei der Berufungsbeklagten in Auftrag gaben, ist ebenfalls unbestritten. Der Einwand der Berufungskläger, sämtliche zu verlegende Leitungen seien im Preis für das Haus inbegriffen gewesen, blieb ebenfalls unbestritten (vgl. Berufung, S. 3 [KG act. A.1] sowie bereits Klageantwort, S. 3 [VI act. II./1]). Die Fertighaus C._____ schlug als Schweizer Bauunternehmung die Berufungsbeklagte vor. In der Folge gaben sowohl die Fertighaus C._____ als auch die Be-

E. 6.5

Die Vorinstanz hat zunächst festgestellt, es sei unstrittig, dass die Fertighaus C._____ tatsächlich nicht bevollmächtigt war (= Fehlen einer internen Vollmacht), und hat sich anschliessend mit der Frage befasst, ob der gute Glaube der Unternehmerin das Fehlen einer normativ zwar kundgegebenen, tatsächlich aber nicht erteilten Vollmacht heilt (= Vorliegen einer externen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht). Die Berufungskläger machten geltend, sie hätten vom Vertretenhandeln der Fertighaus C._____ bzw. von D._____ in keiner Weise gewusst, weshalb gar nicht erst eine Duldungsvollmacht entstehen können. Die Feststellung der fehlenden internen Bevollmächtigung blieb in der Berufungsantwort unbestritten, wo diesbezüglich lediglich auf den Entscheid der Vorinstanz verwiesen wird. Die Berufungsbeklagte äusserte sich nur dahingehend, wie sie selber die Tätigkeit von D._____ wahrgenommen habe. Die Berufungsbeklagte machte denn auch nicht geltend, dass D._____ seinerseits das Verhalten der Bauherrschaft als Vollmachtserteilung verstanden hätte und so verstehen durfte. Vielmehr wurde in der Klageschrift (S. 3 f. [VI act. II./1] explizit ausgeführt: "Gemäss Werkvertrag des Hauslieferanten bestand für die bauseits zu erbringenden Leistungen kein Bauleitungsvertrag. Die Dienstleistungen des Hauslieferanten beschränkten sich somit auf eine Beratung der Bauherrschaft für die von ihr bauseits zu erbringenden Leistungen. Wenn im Nachfolgenden auch für diese Leistungen Korrespondenz und Offerten an den Hauslieferanten erfolgen, so lediglich im Sinne einer Prüfung und zur Empfehlung für eine Auftragserteilung von Bauherrschaft zur Klägerin." Mit diesen Ausführungen zum Vertragsverhältnis zwischen der Bauherrschaft und der Fertighaus C._____ hat die Berufungsbeklagte zugestanden, dass der für die Fertighaus C._____ handelnde D._____ nicht zur Auftragserteilung im Namen der

E. 6.6

Fehlt eine Vollmacht im Innenverhältnis, kommt die Vertrauenshaftung zum Tragen. Die Vertrauenshaftung des durch eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht Vertretenen setzt voraus, dass der Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen gehandelt hat, und dass das tatsächliche Verhalten des Vertretenen nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen lässt. Auch wenn Art. 33 Abs. 3 OR das Erfordernis der Gutgläubigkeit nicht erwähnt, so ergibt sich dieses aus der Überlegung, dass der Dritte, der den Mangel der Vollmacht kennt, also bösgläubig ist, keinen Schutz verdient. Zudem ist das Erfordernis der Gutgläubigkeit beim verwandten Tatbestand von Art. 34 Abs. 3 OR ausdrücklich vorgesehen (Alfred Koller, a.a.O., N 19.12; vgl. BGE 131 III 511 E. 3.2). Die Vertretungswirkung bei fehlender Vollmacht tritt hingegen nur ein, wenn der gute Glaube des Dritten berechtigt ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.12/2002 vom 14. Mai 2002, E. 3.2; BGE 120 II 197 E. 2b). Schliesslich wird von Seiten des Dritten die Kenntnisnahme der Vollmachtsgabe vor Vertragsabschluss verlangt (Ur-

E. 6.7

Eine der streitigen Forderungen betrifft die Schneeräumung. Konkret stellt sich die Frage, ob sich die Berufungskläger die Auftragserteilung durch D._____ anrechnen lassen müssen. Es ist nicht erstellt, dass die Berufungskläger bereits vor der effektiven Ausführung der Schneeräumungsarbeiten von der Auftragserteilung an die Berufungsbeklagte Kenntnis hatten. Falls sie nämlich erst von der Auftragserteilung erfuhren, nachdem die Arbeiten bereits ausgeführt worden sind, kommt diesbezüglich eine (Duldungs-)Vollmacht nicht in Frage. Wie die Vorinstanz erkannt hat, wurden einerseits die Leistungen der durchgeführten Schneeräumung der Berufungsbeklagten mit E-Mail vom 24. Februar 2012 bestätigt und andererseits ausgeführt, dass die Kosten bauseits zu tragen seien (vgl. VI act. III./35). D._____ scheint sich zur Auftragserteilung im Namen der Berufungskläger befugt geglaubt zu haben, dies im Sinne einer Unterstützung der Bauherrschaft respektive Koordination der bauseits zu erbringenden Leistungen (vgl. Protokoll der Einvernahme von D._____, 21. März 2016, S. 9, Frage 18 [VI act. V./15]). Wie obenstehend dargelegt, gilt als erwiesen, dass D._____ nicht zur Auftragserteilung bevollmächtigt war (vgl. Erwägung 6.5). Durch welches Verhalten der Berufungskläger er trotzdem dazu veranlasst worden wäre, bleibt indessen unklar. Es ist fragwürdig, ob die Berufungsbeklagte auf den Bestand einer Vollmacht vertrauen durfte, dies obwohl bei der Auftragserteilung (VI act. III./43) noch kein Hinweis erfolgte, dass die Schneeräumung eine bauseits zu erbringende Leistung war, und dies seitens D._____ erst nach Ausführung der Arbeiten (VI act. III./36) klargestellt wurde. Insofern lag zum Zeitpunkt der Auftragserteilung weder eine (indirekte) Vollmachtsgabe durch D._____ bzw. der Fertighaus C._____ vor, noch kann den Berufungsklägern unterstellt werden, dass sie bereits zu jenem Zeitpunkt Kenntnis davon hatten (oder hätten haben müssen), dass D._____ bzw. die Fertighaus C._____ gegenüber der Berufungsbeklagten als ihr Vertreter auftreten würde. Der Berufungsbeklagten wiederum musste aufgrund der Auftragsvergabe für die Erdarbeiten (VI act. III./25) bekannt sein, dass D._____ keine umfassende Vertretungsbefugnis für die Bauherrschaft zukam, zumal dieser in seinem E-Mail vom 5. Dezember 2011 (VI act. III./27) klar zum Ausdruck gebracht hatte, dass der Entscheid für die Vergabe der Erdarbeiten bei den Bauherren lag (dies im Gegensatz zu den Baumeisterarbeiten für den Keller und die Bodenplatte, welche D._____ im Namen der Fertighaus C._____ bestellte). Unter diesen Umständen konnte die Berufungsbeklagte kaum ohne weiteres davon aus-

E. 6.8

Akzeptiert haben die Berufungskläger Ende Februar allerdings die Rechnungsstellung für einen Teil der in VI act. III./34 aufgeführten Regiearbeiten (CHF 7'050.10; VI act. III./37). In diesem Umfang haben sie die von D._____ in Auftrag gegebenen Zusatzarbeiten offenbar genehmigt. Diese Tatsache allein reicht jedoch nicht aus, um für die nachfolgenden Regiearbeiten gemäss VI act. III./11 (vom 16. März 2012 bis 3. Oktober 2012) für Kosten von total CHF 30'244.85 (VI act. III./7) eine Vertrauensgrundlage zu schaffen. Gegen das Bestehen einer umfassenden Vertretungskompetenz spricht jedenfalls das E-Mail vom 27. März 2012 (VI act. III./46), in welchem den Berufungsklägern (mit Kopie an die Berufungsbeklagte) bestätigt wird, dass sie für gewisse Zusatzarbeiten (Rigole, Sickerpackung) eine Offerte der Berufungsbeklagten erhalten und der Entscheidung für die Ausführung bei ihnen liegt. Aus demselben E-Mail geht im Übrigen hervor, dass die Berufungskläger über die Ausführung von Leitungsarbeiten (Kanalisation, Wasser, Elektroanschluss) durch die Berufungsbeklagten informiert werden. In wessen Namen respektive auf wessen Rechnung die Arbeiten ausgeführt werden, wird darin aber nicht thematisiert. Ob den Berufungsklägern bewusst war (oder hätte sein müssen), dass diese Arbeiten in ihren Verantwortungsbereich fielen und im ursprünglichen Auftrag (VI act. III./25) nicht enthalten waren, scheint insofern fragwürdig, zumal die in jener Kalenderwoche ausgeführten Arbeiten (vgl. VI act. III./10; Rapport 4-8) wenigstens teilweise auch der Fertighaus C._____ verrechnet wurden. Wäre von vornherein klar gewesen, dass die Grabarbeiten für sämtliche Leitungen (wie der Aushub) bauseits zu erbringende Leistungen sind, stellt sich zudem die Frage, weshalb diese nicht Bestandteil der ursprünglichen (von D._____ veranlassten) Offerte gebildet haben. Dasselbe gilt mit Bezug auf den Aushub für die Aussentreppe, welcher gemäss Rapport (VI act. III./38) am 17. Februar 2012 ausgeführt wurde, den Berufungsklägern aber erst nachträglich (VI act. III./40, datierend vom 31. Oktober 2014) als Regiearbeit in Rechnung gestellt wurde.

E. 6.9

Wie bereits erwähnt, ist letztlich festzustellen, ob und wann D._____ gegenüber der Berufungsbeklagten klargestellt hat, dass er gewisse Arbeiten als Vertreter der Bauherrschaft respektive auf deren Rechnung in Auftrag gibt, damit überhaupt eine Vertretungswirkung eintritt. Mit E-Mail vom 24. Februar 2012 liess D._____ den Berufungsklägern den Regierapport zu den durchgeführten Schneeräumungsarbeiten zukommen (vgl. VI act. III./35). Daraus kann gefolgert werden, dass D._____ die Berufungsbeklag-

E. 6.10

Damit ist erstellt, dass D._____ nicht umfassend bevollmächtigt war, Aufträge im Namen der Berufungskläger mit der Berufungsbeklagten abzuschliessen und auch nicht in gutem Glauben darauf vertrauen durfte. Trotzdem trat D._____ faktisch wie ein Bauleiter auf, übernahm diverse Koordinationsaufgaben für die Berufungskläger, war Hauptansprechperson und Mittelsmann für beide Parteien und beauftragte die Berufungsbeklagte mit den vorliegend zur Diskussion stehenden und strittigen Arbeiten. Die Berufungsbeklagte wurde erst zu einem Zeitpunkt nach erfolgten Arbeiten darüber informiert, dass es sich um (angeblich) bauseits zu erbringende Leistung handeln würde, für die die Berufungskläger aufzukommen hätten. Es ist nicht erwiesen, dass die Berufungskläger im Vornherein wussten, dass D._____ zusätzliche Aufträge erteilte, welche nicht durch den Werkvertrag umfasst waren. Die Passivlegitimation der

Berufungskläger ist folglich in Bezug auf die Rechnungen Nr. 2013228 vom 30. Juni 2013 betreffend Regiearbeiten (VI act. III./12-22) über CHF 30'244.85 (VI act. III./7), Nr. 2014520 vom 31. Oktober 2014 betreffend Erdarbeiten für die Aussentreppe (Erstellen von Sickerleitungsschale, Aushub Fundament) über CHF 1'018.70 (VI act. III./38 und 40) sowie Nr. 2013029 vom 13. Februar 2013, soweit sie die Kosten der Schneeräumung in Höhe von CHF 16'440.35 (Rapport A1) betrifft (VI act. III./30 und 34; vgl. zu den weiteren Rechnungspositionen nachfolgend E. 7), zu verneinen. Letztlich bleibt festzuhalten, dass die Berufungsbeklagte den fehlenden Bevollmächtigungswillen hätte erkennen müssen. Dies bestätigt sodann auch der Umstand, dass D. _____ anlässlich seiner Zeugeneinvernahme zu Protokoll gab, es könne schon sein, dass der Berufungsbeklagten nicht ganz klar gewesen sei, für wen sie die Arbeiten erbringe. Die Verantwortung zur Klärung der Situation kann der Berufungsbeklagten jedoch nicht abgenommen werden.

E. 6.11

Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung hinsichtlich der genannten Forderungspositionen als begründet. Soweit die Berufungsbeklagte die entsprechenden Forderungen aus dem Bestand eines Werkvertrages mit den Berufungsklägern ableitet, ist ihre Klage somit abzuweisen. Für diesen Fall macht die Berufungsbeklagte in ihrer Berufungsantwort im Sinne einer Eventualbegründung gel-

E. 6.11.1

Die Berufungsbeklagte stützt ihre Forderungen erstmals im Berufungsverfahren (subsidiär) auf die Bestimmungen von Art. 671 ff. ZGB. Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Von neuen Tatsachen zu unterscheiden sind jedoch neue rechtliche Begründungen. Diese werden von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfasst und können mithin im Berufungsverfahren ohne weiteres vorgebracht werden, was sich insbesondere aus dem auch für die Rechtsmittelinstanz geltenden Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) ergibt. Die neue rechtliche Qualifikation muss allerdings auf Tatsachen und Beweismittel beruhen, welche ihrerseits rechtzeitig und formgerecht in den Prozess eingebracht wurden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_85/2019 vom 18. September 2019 E. 4 mit weiteren Hinweisen; Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 33 zu Art. 317 ZPO; Martin Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 3 zu Art. 317 ZPO).

E. 6.11.2

In den Art. 671-673 ZGB sind die Rechtsfolgen geregelt, falls der Tatbestand erfüllt ist, dass zwischen den direkt Beteiligten keine bzw. keine vollständige vertragliche Vereinbarung über einen entgeltlichen Materialeinbau besteht und dennoch eine Verarbeitung von Baumaterial auf einem Grundstück vorgenommen wird, wobei Grundeigentümer und Materialeigentümer nicht identisch sind. Art. 672 Abs. 1 ZGB gewährt dabei dem Eigentümer des Baumaterials einen Entschädigungsanspruch, wenn keine Trennung des Materials vom Boden stattfindet. Der Umfang der zu leistenden Entschädigung ist abhängig vom guten bzw. bösen Glauben der Beteiligten (Art. 672 Abs. 2 und 3 ZGB), wobei der gute Glaube vermutet wird (Art. 3 Abs. 1 ZGB). So steht dem

gutgläubig bauenden Materialeigentümer ein Ersatzanspruch im Umfang des Wertzuwachses zu, der dem Grundeigentümer dadurch entstanden ist, dass das eingebaute Material zufolge Akquisition zum Bestandteil des Grundstücks geworden ist. Dabei ist über den zu engen Gesetzeswortlaut hinaus nicht nur der Wert des verwendeten Materials, sondern auch der mit dem Einbau verbundenen Arbeit zu berücksichtigen, soweit sich der objektive Wert des Grundstücks und damit das Vermögen des Grundeigentümers infolge des baulichen Aufwandes in entsprechendem Umfang erhöht hat. Ein der-

E. 6.11.3

Vorliegend hat sich die Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort zwar zu ihrem guten Glauben geäußert und daran festgehalten, dass sie keine Veranlassung gehabt habe, sich näher mit dem Vertragsverhältnis zwischen den Berufungsbeklagten und der Fertighaus C._____ auseinanderzusetzen. Zudem hat sie ausgeführt, die Berufungskläger hätten es unterlassen, die in Rechnung gestellten Arbeiten und den damit zusammenhängenden Forderungsbetrag substantiiert zu bestreiten, und hat anschliessend auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts verwiesen, wonach zum Wertzuwachs des Grundstückes nicht nur der Materialwert, sondern auch der Wert der mit dem Einbau verbundenen Arbeit gehöre, was im Wesentlichen der eingeklagten Werklohnforderung entspreche. Mit diesen pauschalen Vorbringen genügt die Berufungsbeklagte den Begründungsanforderungen, wie sie sinngemäss auch für die Berufungsantwort gelten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2), nicht. Will sie ihre Forderungen erstmals im Berufungsverfahren auf eine alternative rechtliche Grundlage stützen, hätte sie in der Berufungsantwort aufzeigen müssen, inwiefern sich die tatbestandsmässigen Voraussetzungen für einen Anspruch nach Art. 672 ZGB bereits aus dem erstinstanzlichen Prozessstoff ergeben. Insbesondere hätte sie dartun müssen, dass sie bereits in ihren erstinstanzlichen Rechtsschriften den Einbau eigenen Materials und einen daraus resultierenden Wertzuwachs des im Eigentum der Berufungskläger stehenden Grundstücks behauptet hat. Nachdem sie solches vollständig unterlassen hat, fehlt es an der erforderlichen Substantiierung der Eventualbegründung ihrer Forderungen, so dass darauf nicht eingetreten werden kann. Von vornherein zu verneinen wäre ein solcher Anspruch im Übrigen im Zusammenhang mit den Schneeräumungsarbeiten, zumal es sich dabei definitionsgemäss nicht um eine Baute i.S.v. Art. 671 Abs. 1 ZGB handelt. Dasselbe gilt für blosser Erdarbeiten (Grabarbeiten für Leitungen, Planieren des Baugrundes etc.),

E. 7

/ 28 könne, erfüllt seien (vgl. E. 4 des angefochtenen Entscheids). Sie stützte diese sogenannte Konversion auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern 1B

E. 7.1

Wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat (vgl. E. 8 des angefochtenen Entscheids), bemängeln die Berufungskläger ihre Passivlegitimation betreffend den Baugrubenaushub nicht. Sie wenden in diesem Zusammenhang jedoch ein, dass die Auftragsbestätigung von D._____ zumindest als Indiz gewertet werden müsse, dass sich die Parteien für die Baustelleneinrichtung, die Baugrube und den Erdbau auf einen Pauschalbetrag von CHF 14'500.00 geeinigt hätten. Die Offerte Nr. 2011473 vom 30. November 2011 sei mit CHF 15'356.15 veranschlagt wor-

E. 7.2

Die Vorinstanz hielt fest, dass die Berufungskläger die Vereinbarung eines Pauschalpreises nicht hätten beweisen können (vgl. E. 8.2 des angefochtenen Entscheids). Das Kantonsgericht gelangt demgegenüber gestützt auf die massgeblichen Belege zu einem anderen Schluss.

E. 7.2.1

Unbestritten ist zwischen den Parteien, dass die Offerte Nr. 2011473 (VI act. III./25) – von der Berufungsbeklagten handschriftlich hinzugefügt – vom 30. November 2011 und nicht erst vom 19. Dezember 2011 datiert. Beim zweiten Datum handelt es sich ausschliesslich um das Ausdruckdatum. Im Nachgang zur Offerte vom 30. November 2011, die basierend auf den Eingabeplänen erstellt wurde, haben sowohl Kontakte zwischen D. _____ und der Berufungsbeklagten wie auch zwischen D. _____ und den Berufungsklägern stattgefunden (vgl. VI act. III./26, 27, 41 und 42). Mit E-Mail vom 2. Dezember 2011 bedankte sich D. _____ bei der Berufungsbeklagten für die Zusendung der Offerte vom 30. November 2011 für die Erdarbeiten. Er habe die Offerte der Bauherrschaft weitergeleitet und die Empfehlung der Vergabe ausgesprochen. Die Vergabe für die Erdarbeiten werde nächste Woche von der Bauherrschaft erfolgen. Im E-Mail vom 5. Dezember 2011, 15:00 Uhr, von D. _____ an die Berufungskläger, wobei die Berufungsbeklagte ins 'Cc' genommen wurde, wird sodann was folgt ausgeführt (vgl. VI act. III./26): "(...) Wir empfehlen nun die Vergabe der Erdarbeiten ebenfalls an die Fa. B. _____. Folgende Punkte sprechen u.E. dafür: Das Offert Nr. 2011473 vom 30.11.2011 für die Ausführung der Erdarbeiten ist sehr detailliert. Die angegebenen Preise sind ebenfalls wirtschaftlich. Hr. B. _____ hat Heute nochmals einen Sonder-NL eingeräumt, so dass das aktuelle Offert für die Erdarbeiten nunmehr 14.500,-SFR Psch. beträgt. (...)" Dem E-Mail von D. _____ an die Berufungsbeklagte vom 5. Dezember 2011, 15:34 Uhr, ist schliesslich zu entnehmen, dass das Vergabeziel für die Erdarbeiten CHF 14'500.00 pauschal sei.

E. 7.2.2

Zunächst ist zu den Begrifflichkeiten festzuhalten, dass D. _____ den Ausdruck "Erdarbeiten" stets als Synonym für die in der Offerte Nr. 2011473 vom 30. November 2011 enthaltenen Leistungen verwendete, wohingegen die Vorinstanz diesbezüglich stets vom "Baugrubenaushub" sprach. Der direkte Beweis, dass sich die Parteien auf einen Pauschalbetrag von CHF 14'500.00 geeinigt hätten

E. 7.2.3

Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als begründet. Die Berufungskläger schulden der Berufungsbeklagten für denjenigen Teil der Rechnung Nr. 2013029 vom 13. Februar 2013, der die Kosten des Baugrubenaushubs betrifft, in Abweichung des von der Vorinstanz zuerkannten Betrags über CHF 17'736.00, letztlich nur CHF 14'500.00 (Differenz: CHF 3'236.00).

E. 7.3

Unbestritten ist sodann, dass die Berufungskläger bereits eine Zahlung in Höhe von CHF 11'343.20 geleistet haben. Konkret geht es dabei um die mit der Akontorechnung Nr. 2011522 vom 19. Dezember 2011 in selbiger Höhe verlangte Anzahlung, deren Eingang am 29. Dezember 2011 verbucht werden konnte (vgl. VI act. III./31). Nicht an die Forderung für den Baugrubenaushub anrechenbar ist hingegen die zweite in der Schlussrechnung (VI act. III./30) aufgeführte Zahlung in Höhe von CHF 7'050.10, zumal diese die Rechnung Nr. 2012164 vom 28. Februar 2012 (VI act. IV./3) betrifft, mit welcher den Berufungsklägern

die Regiearbeiten gemäss Rapport A1 vom 13. Februar 2012 (VI act. III./34) verrechnet worden sind. Davon haben die Berufungskläger den in der Rechnung Nr. 2012173 (VI act. III./37) ausgeschiedenen Teil der Arbeiten akzeptiert (vgl. vorstehend E. 6.8) und in der Folge offenbar auch bezahlt. Dass die genannte Zahlung nicht an die Rechnung für den Baugrubenaushub anzurechnen ist, haben die Berufungskläger denn auch zugestanden, führten sie in ihrer Klageantwort (Rz. 10 S. 5 sowie Rz. 14 S. 7) doch selber aus, dass mit dem Betrag von CHF 7'050.10 die Kosten für die von ihnen zusätzlich in Auftrag gegebenen Arbeiten (Kanalisationsarbeiten/Betonlieferung, Steine für Lichtschacht, Entwässerungsrinne) gedeckt wurden. Vom geschuldeten Pauschalbetrag von CHF 14'500.00 in Abzug zu bringen ist demnach lediglich die geleistete Akontozahlung von CHF 11'343.20, so dass eine Restforderung von CHF 3'156.80 zu Gunsten der Berufungsbeklagten verbleibt. Die Berufungskläger sind in diesem Umfang zur Zahlung an die Berufungsbeklagte zu verpflichten. 8. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass sich die Forderungen der Berufungsbeklagten mehrheitlich als unbegründet erwiesen haben. Die Berufung wird demzufolge gutgeheissen, das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Hinterrhein vom 29. Juni 2016 wird aufgehoben und die Berufungskläger werden in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet, der Berufungsbeklagten unter solidarischer Haftbarkeit den Betrag von CHF 3'156.80 zu bezahlen.

E. 11

/ 28

E. 12

/ 28 Berufungskläger bauseits zu erbringende Arbeiten ausschliesslich bei der Berufungsbeklagten in Auftrag. Offerten anderer Bauunternehmungen wurden soweit ersichtlich nie eingeholt; dies wurde denn auch nicht behauptet. Bei dieser Ausgangslage ist ohne weiteres erkennbar, dass die Berufungskläger für alle über das vertraglich Vereinbarte mit der Fertighaus C._____ hinausgehenden Arbeiten gänzlich selbst verantwortlich gewesen wären (Koordination, Beauftragungen von Unternehmungen etc.). D._____, Bauleiter der Fertighaus C._____, stand den Berufungsklägern allerdings stets auch hinsichtlich bauseits zu erbringender Leistungen unterstützend zur Seite (vgl. Protokoll der Einvernahme von D._____, 21. März 2016, S. 9, Fragen 18 und 19 [VI act. V./15]). Deswegen erteilte er auch im (vermeintlichen) Interesse der Berufungskläger Aufträge an die Berufungsbeklagte. Aus den Akten geht weiter hervor, dass die Berufungsbeklagte tatsächlich vornehmlich mit D._____ betreffend das zu erstellende Haus der Berufungskläger verkehrte und das Projekt mit ihm wie mit einem Bauleiter verwirklichte.

E. 13

/ 28 Bauherrschaft ermächtigt war. Sie machte lediglich geltend, dass ihr selber die internen Absprachen zwischen der Bauherrschaft und der Hauslieferantin nicht bekannt waren (Berufungsantwort, S. 5 [KG act. A.2]), und berief sich dann in der Replik erstmals sinngemäss auf den Gutgläubensschutz von Art. 33 Abs. 3 OR, indem sie ausführte, die Bauherrschaft habe aufgrund ihres Vertrages mit der Fertighaus C._____ Kenntnis davon gehabt, dass und welche Leistungen bauseits zu erbringen gewesen seien, und habe mit einer Ausnahme (Sickerpackung und Rigo) gegenüber der Klägerin (bzw. Berufungsbeklagten) nie eingewendet, sie solle dies oder jenes nicht ausführen; sie habe also Kenntnis von den Arbeiten der Berufungsbeklagten gehabt und diese geduldet. Ähnlich argumentierte die Berufungsbeklagte sodann an der Hauptverhandlung vom 29. Juni 2016,

wobei der Rechtsanwalt der Berufungsbeklagten in seinem Plädoyer (Plädoyer Rechtsanwalt Suenderhauf, S. 2 Mitte sowie 3 f. ([VI act. I./5]) ausführte, die Berufungsbeklagte hätte einerseits die Abgrenzung zwischen Leistungen gemäss Werkvertrag der Fertighaus C._____ und den bauseits von den Berufungsklägern zu erbringenden Leistungen nicht gekannt. Andererseits sei für sie einzig beim Baugrubenaushub erkennbar gewesen, dass die Beklagten (bzw. Berufungskläger) als Auftraggeber auftraten. In diesem Sinne hat bereits die Vorinstanz festgestellt, dass D._____ bzw. die Fertighaus C._____ keinen Vertretungswillen hatte bzw. hatten und hinsichtlich der bauseits zu erbringenden Leistungen lediglich unterstützend tätig war bzw. waren (angefochtener Entscheid, E. 6.3). Unter diesen Umständen gilt als erwiesen, dass D._____ bzw. die Fertighaus C._____ für die strittigen, der Berufungsbeklagten erteilten Aufträge im Innenverhältnis nicht bevollmächtigt war bzw. waren.

E. 14

/ 28 teil des Bundesgerichts 4C.12/2002 vom 14. Mai 2002 E. 3.2 in fine; Rolf Watter, a.a.O., N 35 zu Art. 33 OR; vgl. auch Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, Rz. 644).

E. 15

/ 28 gehen, dass D._____ befugt war, Schneeräumungsarbeiten für mehrere Tausend Schweizer Franken auf Rechnung der Berufungskläger in Auftrag zu geben.

E. 16

/ 28 te erst nachträglich, nach Ausführung der Arbeiten, darüber informiert hat, dass sie dafür den Berufungsklägern Rechnung stellen soll. Im Zeitpunkt der Auftragserteilung war dies der Berufungsbeklagten nicht bekannt und aufgrund der Tatsache, dass sie zuvor sowohl von der Fertighaus C._____ (Baumeisterarbeiten für Keller und Bodenplatte) als auch von den Berufungsklägern (Aushub) einen Auftrag erhalten hatte, auch nicht ohne weiteres erkennbar (vgl. dazu VI act. III./43-44). Das E-Mail vom 27. März 2012 (VI act. III./46) betrifft sodann nicht bloss die in Frage stehenden Regiearbeiten, sondern auch Leistungen der Fertighaus C._____, sodass aus der Bezeichnung von D._____ als Bauleiter von vornherein nicht auf eine Vertretung der Bauherrschaft geschlossen werden kann (vgl. dazu auch Protokoll der Einvernahme von D._____, 21. März 2016, S. 4 f., Frage 3 [VI act. V./15]). Dass D._____ aus Sicht der Berufungsbeklagten die Ansprechperson auf der Baustelle war und sämtliche Arbeiten über diesen abgewickelt wurden, sagt schliesslich ebenfalls nichts darüber aus, ob Ersterer bei der Auftragserteilung für die Regiearbeiten in erkennbarer Weise als Vertreter der Bauherrschaft (und nicht der Fertighaus C._____) aufgetreten ist. Im Gegenteil spricht die Tatsache, dass die Berufungsbeklagte zunächst alle Regiearbeiten (auch jene, welche die Fertighaus C._____ betrafen) gemeinsam rapportiert und der Fertighaus C._____ in Rechnung gestellt hat (VI act. III./6 und 39), dafür, dass sie von einer Vergabe im Namen der Fertighaus C._____ ausging. Im Gegensatz dazu hatte sie in der Akontorechnung für die Aushubarbeiten durchaus berücksichtigt, wer (aus ihrer Sicht) Auftraggeber der Arbeiten war. D._____ selber gab bei seiner Zeugeneinvernahme (Protokoll der Einvernahme von D._____, 21. März 2016, S. 4 f., Frage 3 [VI act. V./15]) zwar an, es sei bereits im Vorfeld vertraglich geklärt gewesen, wer Auftraggeber sei (für Erdarbeiten die Berufungskläger). Im Folgenden musste er allerdings einräumen, es könne schon sein, dass der Berufungsbeklagten nicht ganz klar gewesen sei, für wen sie die Arbeiten erbringe (Protokoll der Einvernahme von D._____, 21. März 2016, S. 6, Frage 7

[VI act. V./15]). Zu dieser un- klaren Situation beigetragen haben dürfte unter anderem sein E-Mail vom 2. De- zember 2011 (VI act. III./42), in welchem er einerseits die Vergabe der Erdarbeiten durch die Bauherrschaft in Aussicht stellte, zum anderen aber auf die für die Fer- tighaus C._____ auszuführenden Arbeiten (Keller und Bodenplatte) einging und im gleichen Atemzug die Arbeiten für Abwasser, Regenwasser, Strom und Wasserzu- leitungen erwähnte. Eine Klarstellung der Zuständigkeiten erfolgte schliesslich nachweislich erst nach der Rechnungsstellung an die Fertighaus C._____ (VI act. III./6), und zwar mit E-Mail vom 13. April 2013 (VI act. III./9), in welchem

E. 17

/ 28 D._____ die Berufungsbeklagte für sämtliche Erdarbeiten auf den von der Bau- herrschaft erteilten Auftrag von Ende 2011 verwies. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte im Zeit- punkt der Auftragserteilung für die Regiearbeiten nicht erkannt hat, dass D._____ als Vertreter der Berufungskläger handelte. Folglich kann sie auch nicht geltend machen, sie habe darauf vertraut, dass D._____ hierfür zur Auftragserteilung im Namen der Berufungskläger bevollmächtigt war.

E. 18

/ 28 tend, dass ihr bei Fehlen einer vertraglichen Anspruchsgrundlage jedenfalls eine (ausservertragliche) Entschädigung nach Art. 672 ZGB zustehe.

E. 19

/ 28 artiger Ersatzanspruch steht grundsätzlich auch demjenigen Materialeigentümer zu, der den Einbau in Erfüllung eines Vertrages vorgenommen hat, den er nicht mit dem Grundeigentümer, sondern mit einem (zur Vertretung nicht befugten) Drit- ten abgeschlossen hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der bauende Materialei- gentümer an das Einverständnis des Grundeigentümers geglaubt hat und für ihn kein Anlass bestand, dem Handeln des Dritten zu misstrauen, so dass ein unredli- ches, moralisch verwerfliches Verhalten ausgeschlossen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_178/2013 vom 31. Juli 2013 E. 2 m.w.H.; Heinz Rey/Lorenz Strebel, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, N 5 ff. zu Art. 672 ZGB).

E. 20

/ 28 wird dabei doch ebenfalls gerade kein eigenes Material eingebaut. In Frage käme ein Entschädigungsanspruch nach Art. 672 ZGB demnach einzig für solche Arbei- ten, bei denen die Berufungsbeklagte nicht bloss Erdbewegungen ausgeführt, sondern sie zusätzlich in ihrem Eigentum stehendes Material geliefert hat. Soweit die Berufungsbeklagte in ihren Rechtsschriften überhaupt nähere Angaben zu den in Rechnung gestellten Arbeiten gemacht hat, finden sich indessen nur vereinzelt Angaben zu Materiallieferungen (z.B. Einbau von Hüllbeton), welche zudem wie- derum nicht weiter substantiiert wurden. So fehlt es namentlich an jeglichen Anga- ben zum Wert solcher Materiallieferungen sowie zum Wert der mit ihrem Einbau zusammenhängenden Arbeiten. Der blosse Verweis auf die entsprechenden Re- gierapporte vermag die fehlenden Behauptungen in den Rechtsschriften nicht zu ersetzen. Ist die Berufungsbeklagte ihrer Behauptungslast hinsichtlich der Voraus- setzungen eines Entschädigungsanspruches nach Art. 672 ZGB aber offenkundig nicht nachgekommen, kann sie den Berufungsklägern auch nicht vorwerfen, sie hätten dieselben nicht substantiiert bestritten. Soweit die Berufungsbeklagte die entsprechenden Forderungen auf Art. 672 ZGB zu stützen versucht, wäre ihre Klage somit ebenfalls abzuweisen. Ob der ausservertragliche Entschädigungsan- spruch bei Einleitung der Klage

bereits verjährt gewesen wäre, wie dies die Berufungskläger unter Verweis auf ihre in der Klageantwort (VI act. II./2 S. 7) erhobene Verjährungseinrede geltend machen, braucht damit nicht mehr geprüft zu werden (zur Anwendbarkeit der einjährigen Verjährungsfrist sowie zum Beginn derselben vgl. immerhin Heinz Rey/Lorenz Strebler, a.a.O., N 4 zu Art. 672 ZGB mit Verweis auf BGE 105 II 92 E. 3a). 7. Zu behandeln bleibt die Forderung der Berufungsbeklagten für diejenigen Erdarbeiten, welche die Berufungskläger unbestrittenermassen selber in Auftrag geben haben. Konkret handelt es sich dabei um einen Betrag von CHF 17'736.00, welcher sich auf das Ausmass Nr. 2011414 (VI act. III./29) stützt und den Berufungsklägern – zusammen mit den vorstehend behandelten Kosten der Schneeräumung – mit der Schlussrechnung Nr. 2013029 vom 13. Februar 2013 (VI act. III./30) in Rechnung gestellt wurde.

E. 21

/ 28 den. Die tatsächlichen Aufwendungen hätten sich jedoch auf CHF 17'736.00 belaufen, womit der allgemein anerkannte Grundsatz einer Toleranzgrenze von 10 % bei unverbindlichen Kostenvoranschlägen nicht eingehalten worden sei. Die Berufungskläger führen aus, dass damit lediglich der Betrag in der Höhe von CHF 14'500.00, eventualiter CHF 15'356.15, geschuldet sei.

E. 22

/ 28 ten, gelingt den Berufungsklägern unbestritten nicht. Indessen kommt den beiden vorerwähnten E-Mails von D._____ vom 5. Dezember 2011 ohne weiteres die Funktion eines Bestätigungsschreibens zu, wonach die Berufungsbeklagte am 5. Dezember 2011 ("Heute") die Leistungen für den Baugrubenaushub nunmehr für einen Pauschalbetrag in der Höhe von CHF 14'500.00 offerierte. Dieses Bestätigungsschreiben blieb unwidersprochen. Das Bestätigungsschreiben erfüllt zunächst die Funktion eines Beweismittels. Kommt es zwischen dem Absender und dem Empfänger des Bestätigungsschreibens zum Streit darüber, ob ein Pauschalbetrag offeriert wurde, bildet die Bestätigung ein Indiz für die bestätigte Pauschalofferte (vgl. sinngemäss zum Ganzen Peter Gauch/Walter Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Band I, Zürich 2014, N 1161; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 12 4 vom 29. Juni 2012 E. 5c). Ob schon der Berufungsbeklagten das erwähnte Bestätigungsschreiben zugestellt worden war, opponierte diese in der Folge nicht gegen dessen Inhalt. Zweifellos wäre es ihr indessen zumutbar gewesen, die jetzt von ihr behauptete Unrichtigkeit durch Widerspruch zu korrigieren, sodass ihr gegenüber eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit des Bestätigungsschreibens und damit für den offerierten Pauschalbetrag über CHF 14'500.00 besteht (vgl. Peter Gauch/Walter Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, a.a.O., N 1161). Da die Berufungsbeklagte dies nicht substantiiert bestreitet, ist somit erstellt, dass die Berufungsbeklagte am 5. Dezember 2011 die Leistungen für den Baugrubenaushub für einen Pauschalbetrag in der Höhe von CHF 14'500.00 offerierte. Es spielt in diesem Zusammenhang auch keine Rolle, dass die Berufungsbeklagte den Pauschalbetrag gegenüber D._____ offerierte und nicht direkt gegenüber den Berufungsklägern. Die Berufungskläger haben in der Folge den Auftrag offensichtlich selbst an die Berufungsbeklagte vergeben. Bei dieser Ausgangslage erachtet es das Kantonsgericht als erwiesen, dass die Berufungskläger den Auftrag für den Baugrubenaushub für einen Pauschalbetrag in der Höhe von CHF 14'500.00 und nicht auf der Basis der Offerte Nr. 2011473 vom 30. November 2011 in Höhe von CHF 15'356.15, wobei die tatsächlichen Aufwendungen

alsdann Kosten von CHF 17'736.00 verursachten, vergeben haben. Der indirekte Beweis gelingt ihnen. Ein Gegenbeweis, dass die Berufungskläger den Auftrag für den Baugrubenaus- hub auf der Basis der Offerte Nr. 2011473 vom 30. November 2011 vergaben, gelingt der Berufungsbeklagten nicht. Dass die mit einem Pauschalpreis offerierten "Erdarbeiten" schlussendlich teurer als erwartet zu stehen kamen, hat sich die Berufungsbeklagte selbst anrechnen zu lassen. Bei der Offerte eines Pauschalbe-

E. 23

/ 28 trags handelte es sich um einen unternehmerischen Entscheid, der offensichtlich mit einem gewissen Risiko verbunden war.

E. 24

/ 28 9. Nachdem die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts einen neuen Entscheid trifft, hat sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). 9.1. Während die Klägerin und Berufungsbeklagte vor der Vorinstanz einen Betrag von CHF 47'046.65 einklagte, stellten die Beklagten und Berufungskläger den Antrag auf Abweisung der Klage. Nach den vorangegangenen Ausführungen erhält die Klägerin und Berufungsbeklagte eine Forderung in Höhe von CHF 3'156.80 zugesprochen. Damit ist sie mit ihrem Rechtsbegehren teilweise durchgedrungen, nämlich im Umfang von 7/100. Demzufolge werden die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (unter Einschluss der Kosten des Schlichtungsverfahrens) in Höhe von CHF 9'300.00 zu 7/100 (CHF 651.00) unter solidarischer Haftbarkeit den Berufungsklägern und zu 93/100 (CHF 8'649.00) der Berufungsbeklagten auferlegt. Die von der Berufungsbeklagten zu tragenden Kosten werden mit den von ihr geleisteten Vorschüssen von total CHF 5'300.00 (Kostenvorschuss für das vorinstanzliche Verfahren in Höhe von CHF 5'000.00 sowie Kosten des Schlichtungsverfahrens in Höhe von CHF 300.00) verrechnet. Den Restbetrag von CHF 3'349.00 hat die Berufungsbeklagte dem Regionalgericht Viamala innert 30 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zu bezahlen. Innert gleicher Frist haben die Berufungskläger dem Regionalgericht Viamala den auf sie entfallenden Teil der Gerichtskosten in Höhe von CHF 651.00 zu bezahlen. 9.2. Die Berufungsbeklagte ist überdies zu verpflichten, den Berufungsklägern eine Parteientschädigung im Umfang von 86/100 (93/100 - 7/100) ihres Aufwandes zu leisten (vgl. zu dieser sog. Bruchteilsverrechnung das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 14 115 vom 17. September 2015 E. 15b sowie Peter Schnyder/Micha Nydegger, Zur Berechnung der Parteientschädigung nach Art. 106 und 107 ZPO bei teilweisem Obsiegen: Bruchteils- oder Betragsverrechnung?, in: ZGRG 1/16, S. 3 ff.). Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (HV; BR 310.250) gilt ein Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 als üblich, weshalb maximal CHF 270.00 pro Stunde zugesprochen wird, falls eine entsprechende Honorarvereinbarung vorliegt (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 HV).

E. 25

/ 28 Der Rechtsvertreter der Beklagten und Berufungskläger, Rechtsanwalt Pius Fryberg, machte mit Honorarnote vom 29. Juni 2016 eine Parteientschädigung von CHF 18'392.40

geltend, bestehend aus einem Honorar nach Zeitaufwand von CHF 13'875.00 (55.50 Stunden à CHF 250.00), einem Interessenswertzuschlag von CHF 2'500.00, sowie Barauslagen von CHF 655.00 zuzüglich 8 % MwSt. auf CHF 17'030.00 (CHF 1'362.40). Vorliegend wurde eine Honorarvereinbarung mit einem Stundenansatz von CHF 250.00 eingereicht, weshalb eine Entschädigung von CHF 250.00 pro Stunde anerkannt wird. Zu prüfen ist sodann, ob der geltend gemachte zeitliche Aufwand angemessen erscheint. Zu entschädigen ist nämlich nur derjenige Aufwand, der für die Prozessführung erforderlich ist (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 HV, Art. 16 Abs. 2 des Anwaltsgesetzes [AnwG; BR 310.100]). Die Parteivertreter haben an der Hauptverhandlung gegenseitig Einsicht in ihre Honorarnoten genommen, ohne Beanstandungen anzubringen (vgl. VI act. I./4, S. 4). Die Kostennote gibt zu keinen Beanstandungen Anlass, weshalb eine Parteientschädigung ausgehend von 55.5 Stunden im Umfang von CHF 18'392.40 (inkl. 3 % Barauslagen, 8 % Mehrwertsteuer [gemäss früherem Steuersatz] und einem üblichen Interessenswertzuschlag) als angemessen erscheint. Die Berufungsbeklagte hat deshalb die anwaltlich vertretenen Berufungskläger ausseramtlich mit CHF 15'817.45 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuern; 86/100 von CHF 18'392.40) zu entschädigen. 9.3. Aufgrund der obigen Erwägungen erübrigt es sich, näher auf die gestellten Eventualanträge, wonach einerseits die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei und andererseits Ziff. 2 lit. b des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die ausseramtliche Entschädigung auf höchstens CHF 19'000.00 festzusetzen sei, einzugehen. 10. Es bleibt zuletzt über die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens, welche sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammensetzen (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), zu befinden. Diese werden nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). 10.1. Mit ihrer Berufung haben die Berufungskläger um Aufhebung des angefochtenen Entscheides und vollumfängliche Abweisung der Klage ersucht, dies unter Auferlegung der vorinstanzlichen Kosten zu Lasten der Berufungsbeklagten und Verpflichtung derselben zur Bezahlung einer Parteientschädigung in Höhe von CHF 18'392.40, allenfalls eines Betrages nach richterlichem Ermessen. Erreicht haben die Berufungskläger eine Verminderung der von der Berufungsbeklagten verlangten Forderung um CHF 43'889.85 (CHF 47'046.65 - CHF 3'156.80), womit

E. 26

/ 28 ebenfalls von einer Obsiegsquote der Berufungskläger von 93/100 auszugehen ist. Entsprechend hat die Berufungsbeklagte 93/100 der Gerichtskosten, welche gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.201) unter Berücksichtigung des Streitwertes sowie der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auf CHF 7'000.00 festgelegt werden, d.h. CHF 6'510.00 zu tragen. Die restlichen Gerichtskosten in Höhe von CHF 490.00 (7/100) gehen unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Berufungskläger. Die Gerichtskosten werden mit dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'000.00 verrechnet. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, den Berufungsklägern den Betrag von CHF 6'510.00 direkt zu ersetzen. 10.2. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist die Berufungsbeklagte unter Anwendung der Bruchteilverrechnungsmethode ausserdem zur Leistung einer ausseramtlichen Entschädigung an die Berufungskläger im Umfang von 86/100 (93/100 - 7/100) zu verpflichten. Mangels eingereichter Honorarvereinbarung wird die Parteientschädigung ermessensweise auf CHF 2'150.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer; 86/100 von CHF 2'500.00) festgelegt.

E. 27

/ 28 III.

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