

# GR\_GERICHTE ZK2 2017 38 vom 4. Juni 2019

GR Gerichte, 2019-06-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2017\\_38](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2017_38)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2017 38 du 4 juin 2019

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2017 38 del 4 giugno 2019

## Regeste

Forderung | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 72'791.05 nebst Zins zu 5% seit 19.08.2009 zu bezahlen.

### E. 1.1

Beim angefochtenen Urteil des Bezirksgerichts Maloja (ab 1. Januar 2017 Regionalgericht Maloja) handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid, der eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert über CHF 10'000.00 zum Gegenstand hat. Es kann daher mit Berufung angefochten werden (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a u. Abs. 2 ZPO). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden als Rechtsmittelinstanz ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Innerhalb des Kantonsgerichts liegt die Zuständigkeit für zivilrechtliche Berufungen auf dem Rechtsgebiet des Obligationenrechts bei der II. Zivilkammer (Art. 7 der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts [KGV; BR 173.100]).

### E. 1.2

Nach Art. 311 ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet sowie unter Beilage des angefochtenen Entscheids einzureichen. Das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 30. Mai

### E. 1.3

Für Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil wurde am 16. August 2017 eröffnet, weshalb auf das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar ist. Bei der Überprüfung des Entscheids ist indessen zu beachten, dass das erstinstanzliche Verfahren noch vor dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 rechtshängig wurde und die Vorinstanz daher noch die Bündnerische Zivilprozessordnung vom 1. Dezember 1985 (ZPO-GR; BR 320.000) anzuwenden hatte (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsinstanz hat das angefochtene Urteil daher in der Sache gestützt auf diese Rechtsgrundlage zu überprüfen, unabhängig von der mit Urteil des Kantonsgerichts vom 13. April 2011 (ZK2 11 5) erfolgten Rückweisung (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 5A\_752/2011 vom 9. Februar 2012 E. 1.1; Daniel Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilpro-

zessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 24 zu Art. 404 ZPO).

#### **E. 1.4**

Mit der Berufung als vollkommenes Rechtsmittel kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a), die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) und – über den Wortlaut hinaus – die Unangemessenheit geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht kann die gerügten Mängel des vorinstanzlichen Entscheids frei und unbeschränkt überprüfen (Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 5 ff. zu Art. 310 ZPO).

#### **E. 1.5**

Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Forderung der X. \_\_\_\_\_ (im Folgenden als Klägerin bezeichnet) gegenüber Y. \_\_\_\_\_ (im Folgenden als Beklagte bezeichnet) auf Leistung einer Vergütung in der Höhe von CHF 72'791.05 zuzüglich Zins für am Fahrzeug der Beklagten vorgenommene Arbeiten. Unbestritten ist, dass die Totalrestauration des Ford Mustang der Beklagten Gegenstand eines Werkvertrags nach Art. 363 OR war (vgl. Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015, N 10 f. zu Art. 363 OR). Streitig ist – neben der Höhe der Werklohnforderung – die Frage, ob der fragliche Werkvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zustande gekommen ist. Nur in diesem Fall ist Letztere Trägerin der eingeklagten Schuld, d.h. steht sie be-

#### **E. 2**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin. B/b. Die Klägerin prosequierte die Klage mit Prozesseingabe vom 16. November 2009 an das Bezirksgericht Maloja. Dabei hielt sie unverändert an ihren Rechtsbegehren gemäss Leitschein fest. Die Beklagte stellte in ihrer Prozessantwort vom 19. Januar 2010 folgende Anträge: 1. Die Klage sei abzuweisen. 2a. Herrn A. \_\_\_\_\_, Via \_\_\_\_\_, O.1 \_\_\_\_\_, sei der Streit zu verkünden. 2b. Das Verfahren sei zunächst auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin zu beschränken.

#### **E. 2.1**

Vorliegend steht fest, dass sich die Beklagte mit dem Anliegen nach der Instandstellung ihres Fahrzeugs ursprünglich an A. \_\_\_\_\_ gewandt hatte, der dann seinerseits die Klägerin mit der Ausführung der entsprechenden Arbeiten betraute. Um ein Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu begründen, beruft sich die Klägerin darauf, A. \_\_\_\_\_ habe als Stellvertreter der Beklagten gehandelt. Der Genannte habe ihr gegenüber von allem Anfang an dargetan, er handle als Vertreter der Beklagten mit Vertretungsmacht. Selbst unter der Annahme, dass A. \_\_\_\_\_ ohne Vertretungsmacht gehandelt habe, würden die Vertretungswirkungen eintreten, habe die Beklagte das Geschäft doch eindeutig genehmigt. Somit sei zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Vertragsverhältnis betreffend Instandstellung des Fahrzeugs zustande gekommen, Letztere bezüglich der daraus entstandenen Werklohnforderung folglich passivlegitimiert. Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass es zwischen ihr und der Klägerin mangels Beauftragung der Letzteren durch sie keine vertragliche Beziehung gebe. Einzig A. \_\_\_\_\_ habe von ihr einen Auftrag zur Instandsetzung des Motors und zur Prüfung des Fahrzeugs durch das Strassenverkehrsamt erhalten. Im Anschluss habe A. \_\_\_\_\_ die Klägerin als Subunternehmerin mit der Restaurierung des Ford Mustang beauftragt.

## **E. 2.2**

Die Verfahrenskosten des Regionalgerichtes Maloja (vormals Bezirksgericht Maloja) bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 15'000.00, Schreibgebühren von Fr. 500.00, einem Streitwertzuschlag von Fr. 1'400.00 und die Gutachterkosten von insgesamt Fr. 5'731.85, sowie die vermittleramtlichen Kosten von Fr. 300.00, werden der Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt.

### **E. 2.2.1**

Wenn jemand, der zur Vertretung eines andern ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst, so wird nach Art. 32 Abs. 1 OR der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet. Damit die Vertretungswirkung eintritt, ist zunächst erforderlich, dass der Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen auftritt, dass er also dem Dritten spätestens bei Vornahme der Vertreterhandlung erklärt, er handle im Namen eines anderen. Der Vertreter muss sich beim Dritten als solcher zu erkennen geben, ihm also klar machen, dass er nicht für sich, sondern im Namen einer anderen Person agiert, bzw. dass ein Vertretungsgeschäft abgeschlossen werden soll und kein Eigengeschäft. Die entsprechende Erklärung kann ausdrücklich erfolgen, indem der Vertreter explizit im Namen eines anderen oder des Eigentümers eines bestimmten Gegenstands handelt, aber auch stillschweigend, genügt es nach Art. 32 Abs. 2 OR doch, dass der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen muss. Im Wei-

### **E. 2.2.2**

Fehlt es an einer Vollmacht, kann die Vertretungswirkung bei bestimmten Tatbeständen gleichwohl eintreten. Zum einen ist dies der Fall, wenn die Rechts- handlung des (in fremdem Namen handelnden) Vertreters durch den Vertretenen genehmigt wird (Art. 38 OR). Die Genehmigung ist an keine bestimmte Form ge- bunden und kann daher auch konkludent erklärt werden. Stillschweigen bedeutet demgegenüber grundsätzlich Nicht-Genehmigung; vorbehalten ist der Fall, wo ein Widerspruch möglich und zumutbar war und der Dritte in guten Treuen davon ausgehen konnte, der Vertretene werde bei fehlendem Einverständnis widerspre- chen. Dies kann namentlich beim Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr oder bei einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung zwi- schen dem Vertreter und dem Vertretenen (oder dem Dritten) der Fall sein. Will der Dritte im Fall einer Stellvertretung ohne Vollmacht Rechte aus einem Vertrag ableiten, muss er die Genehmigung beweisen (Rolf Watter, a.a.O., N 2, 6 u. 11 zu Art. 38 OR; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, a.a.O., Rz. 1378 ff.; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, Rz. 642). Zum anderen tritt die Vertretungswirkung ein, wenn der Dritte in berechtig- tem gutem Glauben auf das Bestehen einer Vollmacht vertraut hat. Diese Fälle werden von Art. 3 ZGB und Art. 33 Abs. 3 OR sowie Art. 34 Abs. 3 OR erfasst. Danach kann einem gutgläubigen Dritten, der auf die Kundgabe der Vollmacht durch den Vollmachtgeber vertraut hat und vertrauen durfte, nicht entgegengehal- ten werden, die Vollmacht bestehe in Wirklichkeit nicht oder nicht im kundgebe-

## **E. 2.3**

Vergibt ein Unternehmer Teile der Werkleistung oder die gesamte Werkleis- tung in eigenem Namen und auf eigene Rechnung an andere Unternehmer, liegt ein Subunternehmerverhältnis vor. Der Subunternehmer steht in einem werkver- traglichen Verhältnis zum Unternehmer, der seinerseits einen Werkvertrag mit dem Erst-Besteller

abgeschlossen hat. Die beiden Werkverträge sind in der Sache aufeinander abgestimmt, rechtlich gesehen aber getrennt. Zwischen dem Subunternehmer und dem Erst-Besteller besteht kein Werkvertragsverhältnis. Der Erst-Besteller hat kein Recht, den Subunternehmer zu der vom Unternehmer geschuldeten Werkleistung anzuhalten oder ihm Weisungen zu erteilen. Auch ist das Werk dem Unternehmer abzuliefern (Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver/Bertrand G. Schott, a.a.O., N 26 ff. zu Art. 363 OR; Peter Gauch, a.a.O., Rz. 137 ff.). 2.4.1. Aufgrund vorstehender Ausführungen ist in casu die entscheidende Frage, ob A.\_\_\_\_\_ den Auftrag an die Klägerin für die Arbeiten am Motor und an der Ka-  
10 / 29 roserie, mithin für die Totalrestauration, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und damit als Unternehmer erteilt hat, oder ob er in fremdem Namen und mit Vertretungsmacht und damit als Stellvertreter gehandelt hat, genauer gesagt, ob der Klägerin der Beweis für Letzteres gelingt. Darauf hinzuweisen ist, dass vorliegend keine schriftlichen Abmachungen bestehen, weder zwischen der Klägerin und der Beklagten noch zwischen einer der Parteien und A.\_\_\_\_\_. Es ist daher in erster Linie aufgrund von Zeugenaussagen sowie des Verhaltens der Beteiligten zu ermitteln, welche bzw. zwischen wem Vertragsverhältnisse bestanden haben. 2.4.2. Sowohl die frühere Bündnerische Zivilprozessordnung (Art. 158 ZPO-GR) als auch die Schweizerische Zivilprozessordnung (Art. 157 ZPO) gehen vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung aus. Demnach soll das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise ohne Bindung an bestimmte formelle Beweisregeln nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen und nach seiner frei gebildeten Überzeugung darüber befinden, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache geleistet worden ist oder nicht (Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, § 18 Rz. 32). Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.2). Was die Grundsätze betrifft, die bei der Würdigung von Zeugenaussagen zu beachten sind, kann auf die zutreffenden Ausführungen in E. 5a des angefochtenen Urteils verwiesen werden.

### **E. 3**

/ 29 Die Streitverkündung wurde A.\_\_\_\_\_ mit Schreiben des Bezirksgerichtspräsidenten Maloja vom 22. Januar 2010 zur Kenntnis gebracht. Am 26. Januar 2010 teilte A.\_\_\_\_\_ dem Bezirksgericht Maloja mit, dass er auf den Streit nicht eintrete. Die Klägerin verzichtete mit Schreiben vom 10. Februar 2010 auf das Einreichen einer Stellungnahme im Sinne von Art. 87 Abs. 2 ZPO-GR. B/c. Am 15. Februar 2010 erliess der Bezirksgerichtspräsident Maloja die Beweisverfügung. Darin bezeichnete er die mit den Rechtsschriften eingereichten Urkunden als relevant und ordnete zwei Editionen an. Von den seitens der Parteien aufgerufenen Zeugen erklärte er A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ einstweilen als relevant. Schliesslich wurde darauf hingewiesen, dass das Einholen einer Expertise vorbehalten bleibe. B/d. Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Maloja fand am 12. Oktober 2010 statt. Mit Urteil vom 12. Oktober 2010, mitgeteilt am 10. Dezember 2010, wies das Gericht die Klage der X.\_\_\_\_\_ vollumfänglich ab. Die Verfahrenskosten wurden der Klägerin auferlegt, die überdies verpflichtet wurde, der Beklagten eine ausseramtliche Entschädigung zu leisten. Das Gericht war zur Erkenntnis gelangt, dass die Klägerin die Stellung einer Subunternehmerin und demzufolge gegenüber der Beklagten als Erst-Bestellerin weder Vergütungs- noch andere Vertragsansprüche

habe. Daher sei die Klägerin nicht berechtigt, die geltend gemachte Forderung im eigenen Namen gegen die Beklagte einzuklagen. Ihr gehe die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der vorliegenden Forderung ab, weshalb die Klage abzuweisen sei. C. Die von der Klägerin gegen dieses Urteil erhobene Berufung hiess das Kantonsgericht von Graubünden mit Urteil vom 13. April 2011, mitgeteilt am 16. August 2011 (ZK2 11 5), gut. Das angefochtene Urteil wurde aufgehoben und die Sache zur Beweisergänzung und erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Das Kantonsgericht hatte erkannt, dass die Befragung weiterer Personen als Zeugen für die Beurteilung der Streitsache von wesentlicher Bedeutung sein könne und das angefochtene Urteil in diesem Sinn nicht auf einem entscheidungsreifen Beweisergebnis beruhe. Sodann wurde festgestellt, dass es vorliegend nicht um die Aktivlegitimation der Klägerin, nämlich ihr Recht, den behaupteten Vergütungsanspruch geltend zu machen, gehe, sondern um die Passivlegitimation der Beklagten, nämlich die Frage, ob sie Trägerin der eingeklagten Schuld sei und sich der von der Klägerin behauptete Anspruch daher gegen sie richte.

### **E. 3.1**

Eine Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, dass der für die Instandstellung des Ford Mustang erforderliche Aufwand nicht von Anfang an feststand, sondern sich erst nach einer ersten Prüfung des Fahrzeugs ergab. In der Anfangsphase bestand lediglich zwischen der Beklagten und A.\_\_\_\_\_ ein Vertragsverhältnis. Es ist anerkannt, dass sich die Beklagte und ihr Ehemann sel. im Sommer 2008 in der Garage L.\_\_\_\_\_ in O.2\_\_\_\_\_ erkundigt hatten, ob die Garage den Ford Mustang reparieren würde, worauf sie vom dort tätigen B.\_\_\_\_\_ die Auskunft erhielten, dass man solche Arbeiten an sich nicht selbst ausführe. B.\_\_\_\_\_ wies die Beklagte indes darauf hin, dass er in der Person von A.\_\_\_\_\_ einen Fachmann für Oldtimer kenne, der selbst Garagist gewesen sei und heute im Ruhestand noch Reparaturen und Restaurierungen vornehme, wobei er hierfür die Garage L.\_\_\_\_\_ benutzen dürfe. In der Folge machte er das Ehepaar C.\_\_\_\_\_ mit A.\_\_\_\_\_ bekannt (vgl. Berufung, Rz. 11-13; Berufungsantwort, S. 3 Ziff. 2;

11 / 29 Zeuge B.\_\_\_\_\_, S. 2 f. Fragen 2, 3a u. 4; Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 2 Frage 3). Die Beklagte und A.\_\_\_\_\_ schlossen danach einen Vertrag, der nach Ansicht der Beklagten den Inhalt hatte, dass A.\_\_\_\_\_ den Ford Mustang prüft, dessen Motor einstellt, allenfalls auftretende Probleme behebt und die Zulassung beim Strassenverkehrsamt Graubünden veranlasst (Prozessantwort, S. 6 Ziff. 10; Berufungsantwort, S. 3 Ziff. 3). Der Wille der Beklagten war demnach darauf gerichtet, dass A.\_\_\_\_\_ das Fahrzeug wieder fahrtüchtig macht, zumal er ihr als Fachmann im Umgang mit Oldtimern vorgestellt worden war. Die Darstellung der Beklagten wird durch die Ausführungen des Zeugen B.\_\_\_\_\_ – dessen Aussagen von der Vorinstanz zu Recht als glaubhaft qualifiziert wurden (vgl. E. 5b/dd, S. 11, des angefochtenen Urteils) – gestützt. Dieser gab an, die Beklagte habe A.\_\_\_\_\_ Ende 2008 beauftragt, den Ford Mustang zu prüfen, den Motor einzustellen, allenfalls auftretende Probleme zu beheben sowie das Auto richtig zum Laufen zu bringen (Zeuge B.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 4 u. S. 4). A.\_\_\_\_\_ führte dann auch gewisse Arbeiten am Fahrzeug aus, die er dem Ehemann sel. der Beklagten am 17. Juni 2009 über die Garage L.\_\_\_\_\_ mit insgesamt CHF 1'245.15 in Rechnung stellte (act. III./20). Zu beachten ist, dass A.\_\_\_\_\_ bei seiner Befragung als Zeuge auf ent sprechende Fragen hin angab, er habe keinen Auftrag erhalten, das Auto zum Laufen zu bringen bzw. die Arbeiten selbst auszuführen. Seine Aufgabe habe darin bestanden, eine Diagnose zu erstellen und alsdann einen geeigneten Garagisten für die Reparaturarbeiten zu vermitteln (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 5 unten).

Allerdings ist auch seitens der Klägerin anerkannt, dass die Diagnose durch A.\_\_\_\_\_ bzw. die hierzu erforderlichen Arbeiten dazu hätten führen können, dass das Auto wieder richtig gelaufen wäre (Berufung, S. 18; vgl. auch den Zeugen A.\_\_\_\_\_, S. 5 unten). Insofern steht fest, dass zwischen der Beklagten und A.\_\_\_\_\_ in der Anfangsphase ein Konsens darüber bestand, dass Letzterer das Fahrzeug selbst wieder fahrtüchtig macht, zumindest falls dies ohne grösseren Aufwand möglich gewesen wäre. Dass es damals noch nicht um eine Totalrestauration ging, ist unbestritten (vgl. Berufung, S. 18; Berufungsantwort, S. 3 Ziff. 4).

### **E. 3.2**

Die Situation änderte sich dann, als die Motordiagnose durch A.\_\_\_\_\_ ergab, dass eine grössere Reparatur erforderlich war (vgl. dazu auch die Aussagen des Zeugen B.\_\_\_\_\_, S. 3 oben). Vorliegend ist entscheidend, welche Vereinbarungen in dieser Folgephase getroffen wurden, betrifft die Forderung der Klägerin doch nicht die in E. 3.1. dargelegte Anfangsphase, sondern von ihr nach der Diagnose ausgeführte Arbeiten. Es ist zu beurteilen, ob A.\_\_\_\_\_ den ihm seitens der Beklagten erteilten Auftrag, das Fahrzeug wieder fahrtüchtig zu machen, an die Klägerin untervergab, oder ob ein weiterer Werkvertrag, diesmal zwischen der Beklagten und der Klägerin, und gleichzeitig ein Beratungs-Vermittlungs-Auftrag zwi-

12 / 29 schen der Beklagten und A.\_\_\_\_\_ – so jedenfalls die Darlegung bzw. Wortwahl des Genannten (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 2 Fragen 3 u. 5, S. 4 f. Frage 13) – zustande kaA. Unbestritten ist, dass einzig A.\_\_\_\_\_ nach seiner Diagnose bzw. nach seinen ersten Arbeiten Kontakt mit der Klägerin aufnahm und den Ford Mustang im November 2008 von O.2\_\_\_\_\_ nach O.1\_\_\_\_\_, in die Garage der Klägerin, transportieren liess, worauf diese nach entsprechender Instruktion durch A.\_\_\_\_\_ die Arbeiten am Fahrzeug aufnahm. Zu direkten Kontakten zwischen der Klägerin und der Beklagten kam es erst im Frühjahr 2009. 4. Im Zusammenhang mit dem von der Klägerin geltend gemachten Stellvertretungsverhältnis ist als Erstes zu prüfen, ob A.\_\_\_\_\_ anlässlich der Auftragserteilung an die Klägerin in fremdem Namen handelte. Die Vorinstanz kam im angefochtenen Urteil zum Schluss, das Beweisverfahren habe nicht bestätigt, dass A.\_\_\_\_\_ gegenüber der Klägerin explizit als Stellvertreter der Beklagten aufgetreten sei, oder dass er ihr erklärt habe, er handle im Namen der Beklagten. Auch die Klägerin sei bis kurz vor der Ablieferung des Fahrzeugs davon ausgegangen, dass A.\_\_\_\_\_ der Auftraggeber gewesen sei. Zu dieser Erkenntnis gelangte sie mangels schriftlicher Abmachungen in erster Linie anhand einer Würdigung der Aussagen sowie des Verhaltens der Zeugen A.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_. 4.1.1. Was die Aussagen des Zeugen A.\_\_\_\_\_ betrifft, stellte die erste Instanz zunächst fest, dass diese mit Vorsicht zu würdigen seien. Der Zeuge habe aufgrund einer Unterredung mit dem Geschäftsführer der Klägerin und mit deren Rechtsvertreter sowie aufgrund der Streitverkündung Kenntnis vom Inhalt des Verfahrens und von den vorliegend wesentlichen Fragen gehabt. Aufgrund dieser Kenntnisse habe ihm bewusst sein müssen, dass er je nach Ausgang des Verfahrens Rückgriffsansprüche der einen oder anderen Partei zu befürchten habe. Auch habe eine geschäftliche Beziehung zur Klägerin bestanden. Im Weiteren führte die Vorinstanz aus, verschiedene Umstände deuteten darauf hin, dass A.\_\_\_\_\_ entgegen seinen Aussagen nicht nur einen Auftrag erhalten habe, eine Motordiagnose zu erstellen und alsdann einen geeigneten Garagisten für die Reparaturarbeiten zu vermitteln, sondern vielmehr einen solchen, das Auto zum Laufen zu bringen resp. die Arbeiten selbst auszuführen. Dass er Arbeiten am Fahrzeug ausgeführt

und verschiedene Motorteile ausgetauscht habe, schliesse eine ausschliessliche Berater- und Vermittlertätigkeit aus. Schliesslich habe der Zeuge nicht ausgesagt, von der Beklagten mit ihrer Vertretung beauftragt bzw. bevollmächtigt worden zu sein (E. 5c, S. 11 ff., des angefochtenen Urteils). Die Klägerin macht in ihrer Berufung geltend, der Zeuge A.\_\_\_\_\_ habe seine Aussagen unter der ausdrücklich formulierten Strafandrohung von Art. 307 StGB de-

poniert, weshalb ihm nicht ohne gewichtige Gründe unterstellt werden dürfe, er habe eine oder mehrere Falschaussagen deponiert. Solche gewichtigen Gründe lägen nicht vor und die Vorinstanz lege auch nicht substantiiert dar, welche konkrete Aussage des Zeugen aus welchem Grund falsch sein solle. Die Tatsache, dass ein Zeuge Kenntnis des Verfahrensinhalts habe, spreche nicht gegen dessen Glaubwürdigkeit, zumal keine zusätzlichen Indizien, welche für die Unglaubwürdigkeit der Aussagen sprechen würden, vorlägen. Im Weiteren habe A.\_\_\_\_\_ ohne jeden Zweifel lange vor dem Verfahren eigene Wahrnehmungen zum Sachverhalt gemacht, wobei nicht nachvollziehbar sei, inwiefern diese durch die erfolgte Streitverkündung verfälscht worden wären. Sodann habe A.\_\_\_\_\_ bei jedem Verfahrensausgang Rückgriffsansprüche zu befürchten. Es sei daher nicht ersichtlich, dass er überhaupt ein Interesse am Prozessausgang dahin gehabt habe, zu Gunsten der einen oder anderen Partei unrichtig auszusagen. Dass die Aussagen des Zeugen dem Aktenmaterial widersprechen würden, weil er entgegen seiner Aussage nicht nur eine Diagnose am Motor vorgenommen, sondern auch noch diverse Teile ersetzt habe, sei unzutreffend. Das Gericht übersehe, dass für eine Motordiagnose der Ersatz der in Rechnung gestellten Teile notwendig gewesen sei. Zudem hätte die Diagnose dazu führen können, dass das Auto wieder richtig gelaufen wäre. Schliesslich spreche weder die Tatsache, dass der Zeuge Kontakt mit dem Rechtsvertreter der Klägerin gehabt habe, noch die geschäftliche Beziehung zu ihr gegen den Wahrheitsgehalt seiner Aussagen. Dies treffe auch auf den Umstand zu, dass der Zeuge den Begriff Beratungs-Vermittlungs-Auftrag verwendet habe. Damit seien alle Einwände, die gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen sprechen könnten, widerlegt. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass er unwahre Angaben gemacht haben könnte. Zudem seien die Aussagen kongruent mit den übrigen Zeugenaussagen und in sich stimmig sowie frei von Widersprüchen zum Aktenmaterial. Auf die Aussagen des Zeugen A.\_\_\_\_\_ sei damit entgegen der Vorinstanz sehr wohl abzustellen (Berufung, Rz. 36 ff.). Die Beklagte bringt in ihrer Berufungsantwort vor, bezüglich der Beweiskraft der Aussagen des Zeugen A.\_\_\_\_\_ könne auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Der Genannte habe nun mal ein Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens. Es sei für ihn entscheidend, dass das Gericht zum Schluss komme, dass er lediglich als Vertreter des Beklagten und nicht als Subauftraggeber aufgetreten sei, ansonsten die Klägerin das Geld ja von ihm verlangen würde, zumal er gemäss eigener Aussage über die zu erwartende massive Kostenüberschreitung informiert worden sein soll, diese Information aber nicht an sie weitergegeben habe. Seine Aussagen seien daher kritisch anzusehen. Im Weiteren sei aufgrund der Tatsache, dass A.\_\_\_\_\_ ihr gegenüber eine Kostenschätzung von CHF 26'000.00

#### **E. 4**

(Rechtsmittelbelehrungen)

#### **E. 4.3**

Zusammenfassend ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Klägerin den Beweis, dass A.\_\_\_\_\_ anlässlich der Auftragserteilung an sie bzw. anlässlich des Abschlusses des Werkvertrags in fremdem Namen gehandelt hat, nicht rechtsgenügend erbracht hat. Das Bezirksgericht Maloja hat die Aussagen und das Verhalten der Beteiligten, namentlich der Zeugen A.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, korrekt gewürdigt.

## **E. 5**

/ 29

### **E. 5.1**

Das Vorliegen von Vertretungsmacht würde eine Bevollmächtigung von A.\_\_\_\_\_ voraussetzen, d.h. eine Erklärung der Beklagten, dass der Genannte befugt sei, sie gegenüber der Klägerin zu vertreten bzw. den Werkvertrag mit dieser in ihrem Namen und auf ihre Rechnung zu schliessen (vgl. E. 2.2.1.). Eine schriftliche Bevollmächtigung von A.\_\_\_\_\_ liegt in casu nicht vor. Ebenso wenig ist eine mündliche Bevollmächtigung erstellt. Selbst der von A.\_\_\_\_\_ geltend gemachte Beratungs-Vermittlungs-Auftrag würde im Übrigen nicht ohne Weiteres die Ermächtigung umfassen, den Werkvertrag mit der Klägerin stellvertretend für die Beklagte abzuschliessen. Von einer konkludenten Bevollmächtigung zur Auftragserteilung an die Klägerin kann ebenfalls nicht ausgegangen werden. Zwar gab A.\_\_\_\_\_ im Rahmen seiner Befragung an, die Beklagte habe ihm erklärt, sie habe volles Vertrauen in ihn und er solle ruhig weitermachen (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 7, S. 4 Frage 11). In einer solchen Erklärung könnte dann eine konkludente Vollmachtenerteilung erblickt werden, wenn die Beklagte die Absicht von A.\_\_\_\_\_, im Hinblick auf die Arbeiten am Ford Mustang mit der Klägerin einen Werkvertrag zu schliessen, gekannt hätte.

### **E. 5.2**

Ausser Betracht fällt vorliegend schliesslich auch eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht. Eine solche würde vorliegen, wenn der Klägerin trotz Fehlen einer internen Vollmacht zwischen der Beklagten und A.\_\_\_\_\_ extern eine Bevollmächtigung kundgetan worden wäre (vgl. E. 2.2.2.). Da feststeht, dass es zum in diesem Zusammenhang massgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keinerlei Kontakte zwischen der Klägerin und der Beklagten gab, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagte gegenüber der Klägerin eine Vollmacht kundgegeben haben könnte. Ferner ist nicht ausgewiesen, dass A.\_\_\_\_\_ im Namen der Beklagten auftrat (vgl. E. 4), und dementsprechend auch nicht, dass jene Kenntnis von einem solchen Auftreten gehabt hätte oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erlangen können.

## **E. 6**

/ 29 2016 (recte 31. Mai 2016), mitgeteilt am 16. August 2017, ging der Berufungsklägerin am 24. August 2017 zu. Ihre Eingabe vom 21. September 2017 erfolgte somit fristgerecht. Überdies entspricht die Berufung den Formerfordernissen, so dass darauf einzutreten ist.

### **E. 6.3**

Zusammenfassend ist aufgrund des Gesagten nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Beweis für eine Genehmigung des vollmachtlosen Handelns von A.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte im Sinne von Art. 38 OR als nicht erbracht erachtet hat. 7. Im Ergebnis steht fest, dass es der beweisbelasteten Klägerin nicht gelungen ist, eine Stellvertretung der

Beklagten durch A.\_\_\_\_\_ und damit ein Werkvertragsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten nachzuweisen. Damit ist die Beklagte nicht passivlegitimiert, so dass die Vorinstanz die Klage der X.\_\_\_\_\_ zu Recht abgewiesen hat. Über die Höhe der Werklohnforderung brauchte sie unter diesen Umständen nicht zu entscheiden. Bei diesem Verfahrensausgang bleibt es auch bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung. Das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 30. Mai 2016 (recte 31. Mai 2016) ist folglich zu schützen und die Berufung abzuweisen.

#### **E. 7**

/ 29 züglich des strittigen Rechts in der Pflichtstellung, und ist folglich passivlegitimiert. Fehlt die Passivlegitimation, ist die Klage durch Sachentscheid abzuweisen (Oscar Vogel/Karl Spühler/Myriam A. Gehri, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, Kap. 7 Rz. 89; Daniel Steck/Norbert Brunner, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 16 zu Art. 236 ZPO).

#### **E. 8**

/ 29 teren ist Vertretungsmacht vorausgesetzt, vom Gesetz als Ermächtigung bezeichnet. Sie besteht in der Rechtsmacht des Vertreters, für den Vertretenen zu handeln und setzt einen besonderen Rechtsgrund voraus. Die Vertretungsmacht eines gewillkürten Vertreters, wie sie vorliegend in Frage steht, beruht auf einem Rechtsgeschäft, wobei die durch das Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung als Vollmacht bezeichnet wird. Eine Vollmacht ist an keine Form gebunden und kann auch stillschweigend oder konkludent erteilt werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 5.1; Rolf Watter in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1■529 OR, 6. Auflage, Basel 2015, N 12 ff. zu Art. 32 OR; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014, Rz. 1317 ff. u. Rz. 1342 ff.). Bei der Klage des Dritten gegen den (angeblich) Vertretenen trägt der Dritte, in casu also die Klägerin, die Beweislast für das Handeln in fremdem Namen und das Vorhandensein der Vertretungsmacht, falls der Vertretene eine Vertretung bestreitet (Rolf Watter, a.a.O., N 35 zu Art. 32 OR; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, a.a.O., Rz. 1338b).

#### **E. 8.1**

Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, wozu sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigungen zählen (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). 8.2.1. Infolge Abweisung ihrer Berufung unterliegt die X.\_\_\_\_\_, so dass sie die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat. Gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ, BR 320.210) werden die Verfahrenskosten auf CHF 6'000.00 festgesetzt. Die Kosten werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss von CHF 10'000.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Differenzbetrag von CHF 4'000.00 wird ihr durch das Kantonsgericht erstattet.

#### **E. 9**

/ 29 nen Umfang. In beiden Fällen beruht die Bindung des ungewollt Vertretenen auf dem Vertrauensprinzip. Der Vertretene ist nicht deshalb gebunden, weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus

dem die Gegenseite in guten Treuen auf einen bestimmten Willen schliessen durfte. Rein passives Verhalten der vertretenen Person genügt aber nicht. Vielmehr müssen zusätzlich hinreichende objektive Umstände gegeben sein, aus denen der Dritte auf eine Bevollmächtigung des Vertreters zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts schliessen darf. Hat der Vertretene dabei Kenntnis vom Auftreten des Vertreters, schreitet aber dagegen nicht ein, wird ihm eine externe Duldungsvollmacht unterstellt. Kennt er das Verhalten des Vertreters nicht, könnte er es aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit kennen und verhindern, liegt eine externe Anscheinsvollmacht vor (Urteil des Bundesgerichts 2C\_1071/2012 vom 7. Mai 2013 E. 5.2; Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, a.a.O., Rz. 1390 ff.). 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 Mitteilungs willen schliessen lässt. Zudem tritt die Vertretungswirkung bei fehlender Vollmacht 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 (Urteil des Bundesgerichts 4C.12/2002 vom

#### **E. 14**

/ 29 angegeben habe, während die Klägerin ihm gegenüber von CHF 25'000.00 gesprochen habe, davon auszugehen, dass er für sich eine Marge von CHF 1'000.00 eingerechnet habe, womit ein starkes Indiz für ein Eigengeschäft vorliege. Zu beachten sei schliesslich, dass A.\_\_\_\_\_ als Zeuge ausgeführt habe, er sei bis zur Überwachung des Endverlaufs der Arbeiten zu seiner (!) Zufriedenheit tätig gewesen, und habe es nicht fertiggebracht, den Fall zu übertragen. Es sei nicht seine Art, dass er den Fall nicht sauber abschliesse. All dies seien Hinweise auf eine leitende Funktion als Subauftraggeber (Berufungsantwort, S. 9 f.). 4.1.2. Bei A.\_\_\_\_\_ handelt es sich nicht um einen "einfachen" Zeugen. Vielmehr ist er vorliegend die zentrale Figur, war er doch das Bindeglied zwischen der Klägerin und der Beklagten, die von Herbst 2008 bis April 2009 keine direkten Kontakte hatten. Was seine Glaubwürdigkeit betrifft, so ist ausgewiesen, dass der Zeuge vor seiner Einvernahme eine Unterredung mit dem Geschäftsführer der Klägerin, E.\_\_\_\_\_, und mit deren Rechtsvertreter hatte, anlässlich welcher der vorliegende Fall zur Sprache kam (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 7), und dass er überdies mit der Anzeige der Streitverkündung die Prozessantwort der Beklagten zugestellt bekommen hat (act. V./4). Der klägerische Einwand, dass die Kenntnis des Inhalts eines Verfahrens nicht per se gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen spricht, trifft zu. Vorliegend führte diese Kenntnis aber dazu, dass sich A.\_\_\_\_\_ bewusst war, um welche Fragen es im Prozess geht, und dass er je nach Ausgang des Verfahrens mit Ansprüchen der einen oder anderen Partei konfrontiert wird. Zwar hat er, wie die Klägerin zu Recht geltend macht, bei jedem Verfahrensausgang Ansprüche zu befürchten. Allerdings musste er sich im Klaren sein, dass die Klägerin mit der fraglichen Rechnung im Fall ihres Unterliegens mit grosser Wahrscheinlichkeit direkt an ihn gelangen, während im Fall deren Obsiegens die Beklagte zur Bezahlung der Rechnung verpflichtet und er selbst, wenn überhaupt, lediglich indirekt, durch einen Rückgriff, zur Verantwortung gezogen werden würde. In diesem Sinn überwog das Interesse von A.\_\_\_\_\_ an der Gutheissung der Klage und damit an der Unterstützung der Klägerin, zu der er im Übrigen anerkanntermassen eine langjährige geschäftliche Beziehung aufwies (vgl. Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 2 Frage 1; Zeuge E.\_\_\_\_\_, S. 3 Fragen 3 u. 4).

Unter diesen Umständen ist der vorinstanzliche Schluss, dass die Aussagen von A.\_\_\_\_\_ mit Vorsicht zu würdigen sind, nicht zu beanstanden (zu den vom Genannten selbst ausgeführten Arbeiten bzw. der damit nach Ansicht der Vorinstanz verbundenen Widersprüchlichkeit seiner Aussagen vgl. E. 3.1. vorstehend). Zu beurteilen sind in einem nächsten Schritt die Aussagen von A.\_\_\_\_\_, zumal die Glaubwürdigkeit einer aussagenden Person gegenüber der Glaubhaftigkeit ihrer

#### **E. 15**

/ 29 Aussage grundsätzlich von untergeordneter Bedeutung ist (BGE 133 I 33 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 6B\_188/2007 vom 15. August 2007 E. 4.2; Peter Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 6a zu Art. 157 ZPO). A.\_\_\_\_\_ gab bei seiner Befragung an, er habe im Namen und im Auftrag der Beklagten telefonischen Kontakt zu E.\_\_\_\_\_ aufgenommen (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 7). Er habe der Klägerin erläutert, nur Berater und Vertreter der Familie C.\_\_\_\_\_ zu sein (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 6). Seine Aufgabe habe darin bestanden, eine Diagnose zu erstellen und alsdann einen geeigneten Garagisten für die Reparaturarbeiten zu vermitteln (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 5 unten). Er habe einen Beratungs-Vermittlungs-Auftrag gehabt (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 2 Fragen 3 u. 5, S. 4 f. Frage 13). A.\_\_\_\_\_ sagte in diesem Sinn deutlich aus, in fremdem Namen bzw. als Vertreter gehandelt zu haben. Bei der Würdigung seiner Aussagen fällt nun aber zunächst auf, dass der Zeuge die erwähnten Formulierungen – das Handeln im Namen und im Auftrag der Beklagten bzw. als Berater und Vertreter der Familie C.\_\_\_\_\_ sowie seine Aufgabe, eine Diagnose zu erstellen und einen Garagisten zu vermitteln, – nicht von sich aus wählte, sondern auf entsprechend gestellte Fragen des klägerischen Rechtsvertreters antwortete. Sodann ist zu beachten, dass Gegenstand des Zeugnisses grundsätzlich Aussagen von natürlichen Personen über ihre eigenen, sog. unmittelbaren Wahrnehmungen zu Beweisgegenständen sind (Peter Guyan, a.a.O., N 1 zu Art. 169 ZPO). Vorliegend gab A.\_\_\_\_\_ mit seinen Aussagen indes nicht eigentliche Tatsachenwahrnehmungen kund. Vielmehr nahm er – retrospektiv – eine rechtliche Qualifikation seines eigenen Verhaltens vor, indem er sich auf ein Vertretungsverhältnis und auf einen Beratungs-Vermittlungs-Auftrag berief. Schliesslich ist offensichtlich, dass der Zeuge gegen Ende der Restaurationsarbeiten zumindest die finanzielle Verantwortung für diese nicht übernehmen wollte (zur fachlichen Verantwortung siehe E. 4.1.3. nachfolgend), zumal er von der Klägerin soweit bekannt nie verlangte, die Rechnung an ihn zu stellen, um deren Leistungen in seinem Namen an die Beklagte weiter zu verrechnen. Ob dies aber im vorliegend massgebenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Klägerin auch schon der Fall war und er daher effektiv ein Fremdgeschäft im Namen der Beklagten und nicht ein Eigengeschäft abschliessen wollte, darf mit Blick darauf, dass seine Aussage, als Vertreter gehandelt zu haben, von E.\_\_\_\_\_ nicht klar bestätigt wird (vgl. E. 4.2.2.), sowie darauf, dass er sich in massgeblichem Umfang weiterhin selbst für die Reparatur- bzw. Restaurierungsarbeiten verantwortlich sah (vgl. E. 4.1.3.), durchaus in Frage gestellt werden. 4.1.3. Im Hinblick auf das Verhalten von A.\_\_\_\_\_ fällt auf, dass jener nach seiner Diagnose bzw. seinen in diesem Zeitraum ausgeführten eigenen Arbeiten wie so-

#### **E. 16**

/ 29 eben angetönt weiterhin in erheblichem Umfang selbst die Verantwortung für die Reparatur bzw. Restaurierung des Fahrzeugs übernahm. Zwar steht fest, dass er die umfangreichen Arbeiten an Motor und Karosserie des Ford Mustang nicht sel-

ausführen wollte bzw. konnte. Er äusserte sich jedenfalls dementsprechend und gab an, er habe die Restaurierung nicht selbst ausführen können, da er keinen Betrieb mehr führe (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 2 Frage 5 u. S. 5 unten), bzw. die Arbeiten seien für ihn terminlich nicht möglich gewesen (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 8). Diese Aussagen stimmen mit den Äusserungen des Zeugen B.\_\_\_\_\_ überein, dass A.\_\_\_\_\_ nach dem Verkauf seiner Firma ab und zu in der Garage L.\_\_\_\_\_ in eigener Regie kleinere Arbeiten an Oldtimern ausgeführt habe (Zeuge B.\_\_\_\_\_, S. 2 Frage 3a). In der Folge verlief es aber nicht so, dass A.\_\_\_\_\_ der Beklagten bloss eine Garage vermittelt bzw. für sie lediglich den Kontakt zur Klägerin herstellt hätte. Vielmehr erteilte er E.\_\_\_\_\_ den entsprechenden Auftrag selbst, ohne dass es in diesem Zeitpunkt zu irgendwelchen Kontakten zwischen der Klägerin und der Beklagten gekommen wäre. Sodann kümmerte er sich insofern weiter um die Instandstellung des Ford Mustang, als er den Transport nach O.1\_\_\_\_\_ organisierte und bis zum Schluss Ansprechpartner sowohl der Klägerin als auch der Beklagten blieb. Er sagte E.\_\_\_\_\_ klar, welche Schritte er zu unternehmen hätte (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 7), übermittelte die Offerte der Klägerin über CHF 25'000.00 exkl. MwSt. an die Beklagte (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 4 Fragen 10 u. 11), fuhr mit dem Ehemann sel. und dem Sohn der Beklagten zur Klägerin nach O.1\_\_\_\_\_ sowie ins Autospritzwerk nach O.3\_\_\_\_\_, um das Fahrzeug zu begutachten, und brachte es nach seiner Aussage nicht fertig, den Fall zu übertragen (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 4 f. Frage 13; Prozessantwort, Rz. 19-21). Schliesslich überwachte er auch den Endverlauf zu seiner Zufriedenheit und wollte wissen, was mit dem Fahrzeug passiert (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 7). Gegenüber dem Sohn der Beklagten, C.\_\_\_\_\_, gab er nach dessen – aufgrund seiner Beziehung zur Beklagten indes ebenfalls mit Zurückhaltung zu würdigenden – Aussage an, der Ford Mustang sei sein letztes Projekt (Zeuge C.\_\_\_\_\_, S. 2 Frage 2b). Mit diesem Verhalten brachte A.\_\_\_\_\_ weder gegenüber der Klägerin noch gegenüber der Beklagten klar zum Ausdruck, die Verantwortung dafür, das Auto wieder zum Laufen zu bringen, abgeben zu wollen. Vielmehr vermittelte er den Eindruck, dass er die Instandstellung des Ford Mustang – und später auch dessen Totalrestaurierung – weiterhin als sein eigenes Geschäft betrachtete und in diesem Sinn Geschäftsherr bleiben wollte. Seine Tätigkeiten können daher durchaus als typische Tätigkeiten innerhalb einer persönlichen Leitung im Werkvertrag mit dem Beizug von Subunternehmern betrachtet werden, wie es die Beklagte vorbringt. Mit der Aussage von A.\_\_\_\_\_, er habe einen Beratungs-Vermittlungs-Auftrag gehabt, liesse sich sein Auftreten demgegenüber lediglich dann vereinbaren, wenn man von einem sehr

## **E. 17**

/ 29 weit gefassten Beratungsmandat ausginge. Abgesehen davon, dass ein solches nicht aktenkundig ist, stellte A.\_\_\_\_\_ der Beklagten nun aber auch keine entsprechenden Leistungen in Rechnung. Vielmehr verrechnete er der Genannten nur die in der Anfangsphase ausgeführten Arbeiten (act. III./20), und zwar am 17. Juni 2009, also zu einem Zeitpunkt, in dem er seine zusätzlichen Leistungen grösstenteils erbracht hatte und deren Verrechnung folglich möglich gewesen wäre. Dass die Einrechnung einer Marge von CHF 1'000.00 für sich selbst ebenfalls ein Indiz für ein Eigengeschäft von A.\_\_\_\_\_ darstellen würde, wie die Beklagte vorbringt, trifft zu. Es ist allerdings nicht ausgewiesen, dass A.\_\_\_\_\_ gegenüber der Beklagten bzw. deren Ehemann sel. effektiv eine Kostenschätzung von CHF 26'000.00 für die Arbeiten genannt hatte. Jedenfalls aber durfte E.\_\_\_\_\_ unter den oben erwähnten Umständen entgegen der Ansicht der Klägerin nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass A.\_\_\_\_\_ den Willen hatte, die Beklagte zu vertreten bzw. den Werkvertrag mit der Klägerin in deren Namen zu schliessen. 4.2.1. Hinsichtlich

des Zeugen E. \_\_\_\_\_ hielt die Vorinstanz fest, bei der Prüfung dessen Aussagen sei besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass er als Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied der Klägerin zu dieser in einer besonderen Beziehung stehe und am Ausgang des Verfahrens ein unmittelbares Interesse habe, dass er den Rechtsvertreter der Klägerin instruiert und überdies Kenntnis der ergangenen Urteile gehabt habe. Im Weiteren habe er die klägerische Behauptung, dass A. \_\_\_\_\_ bereits beim allerersten Telefonat erklärt habe, nur Vermittler und Berater der Beklagten bzw. deren Vertreter zu sein, nicht bestätigt. E. \_\_\_\_\_ habe ausserdem angegeben, er habe von A. \_\_\_\_\_ den Auftrag erhalten, mit den Arbeiten zu beginnen. Schliesslich lasse sich aus handschriftlich angebrachten Bemerkungen von E. \_\_\_\_\_ auf klägerischen Beweismitteln schliessen, dass die Klägerin bis unmittelbar vor der Rechnungsstellung selbst der Ansicht gewesen sei, A. \_\_\_\_\_ und nicht die Beklagte sei Auftraggeber (E. 5f, S. 14 ff., des angefochtenen Urteils). Die Klägerin bringt im Berufungsverfahren vor, auch der Zeuge E. \_\_\_\_\_ habe seine Aussagen unter der ausdrücklich formulierten Strafandrohung von Art. 307 StGB deponiert. Bei ihm lägen ebenfalls keine gewichtigen Gründe für eine oder mehrere Falschaussagen vor. Unter der Herrschaft der Bündnerischen Zivilprozessordnung habe E. \_\_\_\_\_ als Zeuge einvernommen werden dürfen, wobei seine Aussagen im Lichte von Art. 186 ZPO-GR zu werten und zu verwerten seien. Der Zeuge habe sowohl offen gelegt, dass er den Anwalt der Klägerin zum Sachverhalt instruiert habe, als auch, dass er aufgrund seiner Beziehung zur Klägerin ein mindestens indirektes Interesse am Verfahrensausgang habe. Dass diese Nähe

## **E. 18**

/ 29 zum Streitgegenstand ihn veranlasst hätte, falsch auszusagen, und inwiefern dies der Fall gewesen sei, vermöge die Vorinstanz nicht konkret darzulegen. Für die Glaubhaftigkeit seiner Angaben spreche, dass er nur Aussagen zu eigenen Wahrnehmungen gemacht und insbesondere auch Gedächtnislücken offengelegt habe. Zudem wiesen seine Aussagen einen hohen Grad an Authentizität auf, seien widerspruchsfrei und kongruent mit den übrigen Zeugenaussagen und dem Aktenmaterial. Entgegen der Vorinstanz könne sodann keine Rede davon sein, dass die Klägerin selbst davon ausgegangen sei, A. \_\_\_\_\_ handle in eigenem Namen und wolle ein Eigengeschäft abschliessen. Vielmehr ergebe sich aus den Aussagen von E. \_\_\_\_\_, dass der Klägerin stets klar gewesen sei und sie aus den Umständen auch zu Recht geschlossen habe, dass A. \_\_\_\_\_ bezüglich des Ford Mustang nicht für sich, sondern für einen Dritten handle. Diesen Dritten habe A. \_\_\_\_\_ in der Person der Beklagten schliesslich später auch benannt. Da der Klägerin bewusst gewesen sei, dass A. \_\_\_\_\_ in Stellvertretung der Beklagten handle, sei überdies klar, dass die Vermerke auf der Arbeitskarte und auf den Rechnungen von Subunternehmern nicht den Beweis des Gegenteils, nämlich dass A. \_\_\_\_\_ ein Eigengeschäft habe abschliessen wollen, zu erbringen vermöchten. Die Vorinstanz habe diesen Vermerken eine Bedeutung beigemessen, die ihnen schlicht nicht zukomme. Beim ersten Telefonat mit A. \_\_\_\_\_, als die Arbeitskarte erstellt worden sei, habe E. \_\_\_\_\_ noch gar nicht gewusst, wer Eigentümer des Fahrzeugs sei, es sei ihm aber klar gewesen, dass A. \_\_\_\_\_ einen seiner Kunden vertrete. Daher sei auf der Arbeitskarte zunächst der Vermerk A. \_\_\_\_\_ angebracht worden. Später sei dies gestrichen und der Vermerk C. \_\_\_\_\_ angebracht worden (Berufung, Rz. 38 ff.). Die Beklagte führt in der Berufungsantwort aus, gemäss Aussage von E. \_\_\_\_\_ habe A. \_\_\_\_\_ ihm nicht mitgeteilt, dass er Berater und Vertreter der Beklagten sei. Eine Auftragserteilung in ihrer Vertretung lasse sich auch nicht daraus ableiten, dass für den Zeugen aufgrund der Angabe, wem das Auto gehöre, klar gewesen sei, an wen die

Rechnung gestellt werden müsse. Dies zeige sich auch anhand der Bestätigung von E.\_\_\_\_\_, dass er den Auftrag, mit den Arbeiten zu beginnen, von A.\_\_\_\_\_ erhalten habe. A.\_\_\_\_\_ sei der Klägerin gegenüber somit nicht als Vertreter aufgetreten bzw. habe nie ausdrücklich erklärt, dass er für die Beklagte und in ihrem Namen handle. Aus den Zeugenaussagen von E.\_\_\_\_\_ ergebe sich aber, dass die Klägerin bis zur Schlussphase nie Kontakt zur Beklagten gehabt habe, mit ihr nie über den Auftrag gesprochen habe, sie nie über den Umfang der Arbeiten informiert habe, sie nie um ihr Einverständnis ersucht habe, als sich nach der Zerlegung des Fahrzeugs ergeben hatte, dass die Arbeiten weit über dem ursprünglich angenommenen Aufwand liegen, und sie auch nie darüber in Kenntnis

## **E. 19**

/ 29 gesetzt habe, dass der Kostenvoranschlag von CHF 26'000.00 bei weitem nicht ausreiche. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb E.\_\_\_\_\_ bzw. die Klägerin über solche wichtigen Dinge nur mit A.\_\_\_\_\_ gesprochen habe, wenn doch dieser nicht den Auftrag erteilt haben solle. Selbst wenn E.\_\_\_\_\_ aufgrund seiner früheren Zusammenarbeit mit A.\_\_\_\_\_ auf ein Vertretungsverhältnis geschlossen haben sollte, sei nicht verständlich, weshalb sich die Klägerin angesichts des Umfangs und der Entwicklung der Arbeiten nicht bei der Eigentümerin des Fahrzeugs vergewissert habe, dass diese damit einverstanden sei und die Arbeiten trotz massiver Kostenüberschreitungen fortgeführt werden sollten. Wenn es sich sodann lediglich um eine Auftragsvermittlung gehandelt hätte, wie A.\_\_\_\_\_ behaupte, hätte die Klägerin umso mehr mit der Beklagten den Auftrag besprochen und zumindest mündlich einen Vertrag geschlossen. Auch die Vermerke A.\_\_\_\_\_ oder A.\_\_\_\_\_ Mustang auf dem Auftragsblatt, einem Lieferschein und verschiedenen Rechnungen liessen nur einen Schluss zu, nämlich den, dass A.\_\_\_\_\_ in eigenem Namen die Klägerin als Subunternehmerin mit der Restaurierung des Ford Mustang beauftragt habe. Es gebe keinen anderen Grund, weshalb E.\_\_\_\_\_ den Namen A.\_\_\_\_\_ auf den Unterlagen hätte anbringen sollen, als denjenigen, dass er den Auftrag von A.\_\_\_\_\_ erhalten habe, ohne dass dieser auf ein Vertretungsverhältnis hingewiesen hätte. Es sei um das Fahrzeug eines Kunden von A.\_\_\_\_\_ gegangen, für dessen Bearbeitung jener auf Hilfe angewiesen gewesen sei. Wenn ausgerechnet der Geschäftsführer der Klägerin – welcher die Rechtsschriften und Urteile gekannt habe, ein Interesse am Ausgang des Verfahrens habe und wisse, dass es entscheidend um die Frage gehe, ob die Klägerin oder A.\_\_\_\_\_ den Auftrag erteilt hätten – aussage, dass sich aus seinen Aufzeichnungen nicht schliessen lasse, wer Auftraggeber sei, habe dies kaum Gewicht. Ohnehin seien die Aussagen von E.\_\_\_\_\_ als Behauptungen der Klägerin zu werten und mit Vorsicht zu geniessen (Berufungsantwort, S. 7 ff. u. S. 10). 4.2.2. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, ist E.\_\_\_\_\_ Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift der Klägerin. Als deren Organ würde er im heutigen Zeitpunkt nach Art. 159 ZPO wie eine Partei behandelt und könnte gar kein Zeugnis ablegen. Der Einwand der Klägerin, dass E.\_\_\_\_\_ unter der Herrschaft der vorliegend anwendbaren Bündnerischen Zivilprozessordnung noch einvernommen werden konnte, ist zutreffend. Dies ändert jedoch nichts daran, dass seine Aussagen eigentliche Parteiaussagen sind und er überdies den klägerischen Rechtsvertreter instruiert hat. Die Rechtsschriften der Klägerin basieren somit auf seinen Aussagen (vgl. Zeuge E.\_\_\_\_\_, S. 2 Frage 2), so dass E.\_\_\_\_\_ an sich seine eigenen Behauptungen bezeugt. Sodann ist bei der Würdigung seiner Aussagen zu beachten, dass er nicht nur, wie die Klägerin geltend

## **E. 20**

/ 29 macht, ein mindestens indirektes, sondern vielmehr ein unmittelbares Interesse am Verfahrensausgang hat. In diesem Sinn sind die Aussagen von E. \_\_\_\_\_, selbst wenn er diese unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB deponiert hat, mit grösster Vorsicht zu werten. 4.2.3. Was den Inhalt seiner Aussagen angeht, so erklärte E. \_\_\_\_\_ anlässlich seiner Befragung unter anderem, Ende 2008 habe A. \_\_\_\_\_ ihn angerufen und mitgeteilt, er habe einen Kunden mit einem alten Mustang, wobei er die Problembehebung nicht in den Griff bekomme. Gleichzeitig sei dieses Auto für die Zulassungsprüfung in der Schweiz vorzubereiten und zu prüfen. A. \_\_\_\_\_ sei pensionierter Garagist im O.4 \_\_\_\_\_, der noch sehr viele Kunden habe, die ihn anfragen würden und die er teilweise an sie weitervermiddle (Zeuge E. \_\_\_\_\_, S. 3 Frage 3). Auf die Frage, ob A. \_\_\_\_\_ erklärt habe, Berater und Vertreter der Beklagten im Zusammenhang mit der Instandstellung/Restaurierung des Ford Mustang zu sein, antwortete der Zeuge, dies habe er nicht erklären müssen. Es sei für ihn klar gewesen, da sie schon seit Jahren zusammenarbeiten würden (Zeuge E. \_\_\_\_\_, S. 3 Frage 4a). Beim zweiten Telefonat, bei dem es um den Transport nach O.1 \_\_\_\_\_ gegangen sei, habe A. \_\_\_\_\_ gesagt, wem das Auto gehöre. Es sei somit klar gewesen, an wen die Rechnung gestellt werden müsse (Zeuge E. \_\_\_\_\_, S. 3 f. Frage 4f). Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass E. \_\_\_\_\_ damit die Aussage von A. \_\_\_\_\_, er sei gegenüber der Klägerin als Berater und Vertreter der Beklagten aufgetreten, nicht bestätigte. Den entsprechenden Schluss zog der Zeuge vielmehr aus der jahrelangen Zusammenarbeit mit A. \_\_\_\_\_. Abgesehen davon, dass die konkrete Ausgestaltung dieser Zusammenarbeit nicht bekannt ist – und in diesem Sinn nicht feststeht, dass A. \_\_\_\_\_ in früheren Fällen jeweils effektiv und immer als Vertreter seiner Kunden gehandelt hätte –, sagt die frühere Zusammenarbeit noch nichts über die Vertragsgestaltung im konkreten Fall aus. Vielmehr hätten sich, wie die Beklagte zu Recht vorbringt (Berufungswort, S. 10), namentlich bei einem Auftrag in der vorliegenden Grössenordnung weitere Erkundigungen aufgedrängt. Die klägerische Behauptung, dass A. \_\_\_\_\_ ihr gegenüber angeben habe, seine Aufgabe sei mit der Überführung des Fahrzeugs erschöpft und die Rechnungsstellung habe an die Beklagte zu erfolgen (Klage, S. 4 f.), bestätigte E. \_\_\_\_\_ ebenfalls nicht. Dieser stellte nach seinen Aussagen an die Beklagte Rechnung, weil es sich um deren Fahrzeug handelte. Es steht in diesem Sinn zwar fest, dass E. \_\_\_\_\_ aufgrund der Angaben von A. \_\_\_\_\_ davon ausging, dass es sich beim Ford Mustang nicht um dessen eigenes Fahrzeug handelt. In der vorliegenden Konstellation, in der es um die Abgrenzung eines Stellvertretungsver-

## **E. 21**

/ 29 hältnisses zu einem Subunternehmerverhältnis geht, lässt sich allein daraus aber noch nicht auf eine Erklärung von A. \_\_\_\_\_ zum Handeln in fremdem Namen, konkret im Namen der Beklagten, schliessen. Wie in E. 2.3. dargelegt, sind in einem Subunternehmerverhältnis die beiden Werkverträge in der Sache aufeinander abgestimmt, und es ist regelmässig auch dort klar, dass es sich beim Gegenstand des Subunternehmervertrags nicht um eine eigene Sache des Unternehmers handelt, sondern um eine solche des Erst-Bestellers. Vorliegend müssten daher weitere Umstände vorliegen, aus denen die Klägerin auf ein Vertretungsverhältnis schliessen durfte. Solche sind indes nicht ersichtlich, zumal A. \_\_\_\_\_ wie einleitend dargelegt gegenüber E. \_\_\_\_\_ nach dessen Aussagen nicht explizit erklärte, als Vertreter der Beklagten zu handeln, und sich überdies über weite Strecken so verhielt, wie wenn er weiterhin selbst für die Instandstellung des Ford Mustang verantwortlich wäre (vgl. E. 4.1.3.). 4.2.4. Es bestehen vielmehr Indizien, die darauf hindeuten, dass die Klägerin bzw. E. \_\_\_\_\_ bei der

Auftragserteilung und auch noch einige Zeit danach davon ausging, den Auftrag von A.\_\_\_\_\_ in eigenem Namen erhalten zu haben. Zum einen fällt auf, dass E.\_\_\_\_\_ in den ersten Monaten nicht ein einziges Mal mit der Beklagten direkt in Kontakt stand, also nie mit ihr über den Auftrag, den Umfang der Arbeiten und deren Kosten sprach. Auch eine Auftragsbestätigung oder etwas Ähnliches liess er der Beklagten nicht zukommen. Dies spricht dafür, dass die Klägerin A.\_\_\_\_\_ und eben nicht die Beklagte als Vertragspartner betrachtete, ansonsten doch ein Minimum an Kontakten mit der Letzteren zu erwarten gewesen wäre. Zum anderen ist zu beachten, dass auf mehreren von der Klägerin eingereichten Dokumenten, nämlich auf der Arbeitskarte (act. II./13), einem Lieferschein (act. II./16) sowie auf Rechnungen von Drittunternehmern (act. II./17, II./18 S. 4), durch E.\_\_\_\_\_ der Name A.\_\_\_\_\_ vermerkt wurde (Zeuge E.\_\_\_\_\_, S. 10), wobei dies zu einem späteren Zeitpunkt teilweise durchgestrichen und durch C.\_\_\_\_\_ ersetzt wurde. Es trifft zu, dass diese Vermerke für sich allein nicht den Beweis des Gegenteil, nämlich dass A.\_\_\_\_\_ ein Eigengeschäft abschliessen wollte, zu erbringen vermögen, ist doch bspw. nicht auszuschliessen, dass E.\_\_\_\_\_ einfach seine Kontaktperson vermerkte. Allerdings muss vorliegend nicht die Beklagte den Beweis für ein Eigengeschäft, sondern die Klägerin den Beweis für ein Fremdgeschäft erbringen. Letzteres gelingt ihr anhand der fraglichen Vermerke ebenfalls nicht, da diese eher in die Richtung weisen, dass E.\_\_\_\_\_ von einem Eigengeschäft von A.\_\_\_\_\_ ausging. Jedenfalls überzeugt die in diesem Zusammenhang vorgebrachte klägerische Begründung – die anfängliche Unkenntnis des Namens

#### **E. 22**

/ 29 der Fahrzeugeigentümerin – nicht. So gab A.\_\_\_\_\_ den Namen der Beklagten nach Angaben von E.\_\_\_\_\_ anlässlich des zweiten Telefonats, bei welchem es um den Transport des Fahrzeugs nach O.1\_\_\_\_\_ ging, bekannt (Zeuge E.\_\_\_\_\_, S. 3 f. Frage 4e). Es mag daher noch nachvollziehbar erscheinen, dass auf der Arbeitskarte, die nach Angaben der Klägerin nach dem ersten Telefonat erstellt wurde, noch der Name A.\_\_\_\_\_ eingetragen wurde. Ab dem Zeitpunkt der Annahme des Fahrzeugs in O.1\_\_\_\_\_, die spätestens am 24. November 2008 stattfand (vgl. act. II./14), wäre dann allerdings zu erwarten gewesen, dass auf dem erwähnten Lieferschein bzw. den erwähnten Rechnungen der Drittunternehmer der Name des Kunden, also C.\_\_\_\_\_, vermerkt wird. Dies ist indes nicht der Fall. Vielmehr finden sich bis Ende Januar 2009 Rechnungen mit dem Vermerk A.\_\_\_\_\_ (vgl. act. II./18 S. 4). Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Klägerin mit ihrer Argumentation, ihr sei klar gewesen, dass A.\_\_\_\_\_ kein Eigengeschäft abschliesse, weshalb die Vermerke solches auch nicht beweisen könnten, das Resultat der Beweiswürdigung vorweg nimmt.

#### **E. 23**

/ 29 Dies ist jedoch umstritten. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, von der Auftragserteilung an die Klägerin nichts gewusst zu haben. Sie habe A.\_\_\_\_\_ nie beauftragt, das Fahrzeug nach O.1\_\_\_\_\_ in die Werkstatt der Klägerin zu überführen und von ihm auch keine entsprechende Mitteilung erhalten. Als sie im Dezember 2008 festgestellt habe, dass das Fahrzeug nicht mehr in der Garage L.\_\_\_\_\_ gewesen sei, habe sie sich bei A.\_\_\_\_\_ nach dem Grund erkundigt. Sie habe dann zur Auskunft erhalten, der Ford Mustang sei nach O.1\_\_\_\_\_ gebracht worden, weil die Arbeiten länger dauerten und er das Fahrzeug nicht so lange bei der Garage L.\_\_\_\_\_ stehen lassen könne. Allerdings sei sie davon ausgegangen, dass immer noch A.\_\_\_\_\_ am Fahrzeug tätig sei. Erst im April 2009

habe sie erfahren, dass E.\_\_\_\_\_ mit den Arbeiten betraut worden sei (Prozessantwort, S. 7 f. Rz. 13 ff.). A.\_\_\_\_\_ gab demgegenüber an, er habe der Beklagten gesagt, dass er bei der Garage L.\_\_\_\_\_ nicht weiterkomme. Dies sei für ihn terminlich nicht möglich und er könne diese Arbeiten der erwähnten Garage nicht überlassen (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 8). Zudem bejahte er die Frage, ob er der Beklagten angeraten habe, die Instandstellung/Restaurierung des Fahrzeugs durch die Klägerin vornehmen zu lassen (Zeuge A.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 6). Diese Aussagen stehen allerdings im Widerspruch zu den Angaben des unabhängigen Zeugen B.\_\_\_\_\_. Jener führte aus, er erinnere sich an eine Begegnung mit der Beklagten in der Garage L.\_\_\_\_\_, bei der sie sich verwundert nach dem Verbleib des Ford Mustang erkundigt habe (Zeuge B.\_\_\_\_\_, S. 3 f. Frage 5), und stützt damit die Position der Beklagten, dass sie von der Auftragserteilung an die Klägerin anfänglich keine Kenntnis gehabt habe. Das entsprechende Wissen ist daher allein aufgrund der ohnehin mit Vorsicht zu würdigenden Aussagen von A.\_\_\_\_\_ nicht nachgewiesen, so dass eine konkludente Bevollmächtigung des Genannten wie einleitend erwähnt auszuschliessen ist.

## **E. 24**

/ 29 6. Verneint man eine Bevollmächtigung von A.\_\_\_\_\_ durch die Beklagte, bleibt zu prüfen, ob sie dessen vollmachtloses Handeln und damit einen Werkvertrag mit der Klägerin im Sinne von Art. 38 OR nachträglich genehmigt hat. 6.1.1. Die Vorinstanz führte in diesem Kontext aus, das Beweisverfahren habe nicht ergeben, dass die Beklagte bzw. ihr Ehemann sel. gegenüber der Klägerin bzw. ihrem Geschäftsführer die durch A.\_\_\_\_\_ erfolgte Auftragserteilung genehmigt hätte, weder persönlich noch schriftlich oder telefonisch. Die Telefonanrufe der Beklagten seien erst gegen Schluss der Restauration erfolgt und hätten einzig den Zweck gehabt, dass die Klägerin die Arbeiten beförderlich vorantreibe. Ebenfalls nicht bestätigt habe das Beweisverfahren, dass die Beklagte oder ihr Ehemann sel. die Schlussrechnung genehmigt hätten oder Letzterer gesagt hätte, die Rechnung sei in Ordnung (E. 51/aa, S. 19 f., des angefochtenen Urteils). 6.1.2. Die Klägerin rügt diese Erkenntnis, wobei sie im Wesentlichen vorbringt, die Beklagte habe spätestens im April 2009 gewusst, dass sie von A.\_\_\_\_\_ mit der Ausführung der Restaurationsarbeiten am Ford Mustang beauftragt worden sei. In der Folge habe die Beklagte respektive ihr Ehemann sel. sie mehrfach um beförderliche Ausführung der Restaurationsarbeiten ersucht und sogar darauf gedrängt, die Arbeiten fristgerecht fertigzustellen. Auch habe der Ehemann sel. der Beklagten sie in ihrer Garage besucht und nach erfolgter Besichtigung der defekten Motorenteile erklärt, diese könnten entsorgt werden. Ebenso habe der Genannte zusammen mit E.\_\_\_\_\_ den Lackierer aufgesucht und dabei den Wunsch geäußert, dass das Fahrzeug vollständig neu lackiert werde. Ferner habe er zusammen mit A.\_\_\_\_\_ auch den Karossierer besucht und die Karosserie des Fahrzeugs nach deren Zerlegung begutachtet. Die Zeugin G.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte selber beauftragt, die Zollformalitäten für das Fahrzeug zu erledigen und die Restaurationsarbeiten beförderlich voranzutreiben. Zusätzlich habe der Ehemann sel. der Beklagten der Klägerin kurz vor der Ablieferung direkt den Auftrag erteilt, zwei Chromteile an der Zentralverriegelung zu ersetzen. Schliesslich habe jener bei der Entgegennahme des Fahrzeugs nicht erklärt, er sei erstaunt über die Rechnungsstellung, weil der Klägerin seitens der Beklagten gar kein Auftrag erteilt worden sei, die Restaurationsarbeiten auszuführen. Aus diesen Umständen könne nun einzig und allein der Schluss gezogen werden, dass die Beklagte – die zwischen April und Juli 2009 trotz Kenntnis der Tatsache, dass die Restaurationsarbeiten von der Klägerin ausgeführt wurden, nie erklärt habe, damit nicht einverstanden zu sein – die

seitens von A.\_\_\_\_\_ erfolgte Beauftragung der Klägerin mit den Restaurationsarbeiten am Ford Mustang eindeutig genehmigt habe (Berufung, Rz. 42 ff.).

#### **E. 25**

/ 29 6.1.3. Die Beklagte erachtet die Schlussfolgerungen der Klägerin als falsch. Sie bringt vor, frühestens ab April 2009 gewusst zu haben, dass sich das Fahrzeug in O.1\_\_\_\_\_ befunden habe, jedoch nicht, zu welchem Zweck. Für sie sei klar gewesen, dass A.\_\_\_\_\_ die Arbeiten in der Garage in O.1\_\_\_\_\_ weiterführe bzw. dass er deren Infrastruktur oder Hilfe in Anspruch nehme. Es habe keinerlei Anhaltspunkte gegeben, dass A.\_\_\_\_\_ den Auftrag in ihrem Namen an die Klägerin abgetreten habe. Mangels Wissen über die entsprechende Übergabe des Auftrags habe sie weder die Möglichkeit gehabt noch sei es ihr zumutbar gewesen, der Auftragserteilung zu widersprechen. In der Schlussphase sei sie nach O.1\_\_\_\_\_ gereist, um sich die Arbeiten anzusehen bzw. habe sie sich mit der Klägerin in Verbindung gesetzt, um sicherzustellen, dass die Arbeiten fristgerecht erledigt würden. Für sie sei aber trotzdem klar gewesen, dass sie den Vertrag mit A.\_\_\_\_\_ abgeschlossen habe. Aus diesem Grund sei denn auch ihr Ehemann sel. zusammen mit A.\_\_\_\_\_ in der Garage gewesen. Im Übrigen habe ihr Ehemann sel. die Rechnung bei Übergabe des Fahrzeugs am 11. Juli 2009 nicht genehmigt bzw. nicht gesagt, dass diese in Ordnung sei. Dies hätten auch E.\_\_\_\_\_ oder F.\_\_\_\_\_ nicht so bestätigen können. Über den Inhalt der Rechnung sei damals gar nicht diskutiert worden. Ihr Ehemann sel. habe diese bei der Übergabe nicht einmal richtig prüfen können, insbesondere weil sie zu diesem Zeitpunkt landesabwesend gewesen sei. Am Tag nach der Ablieferung habe ihr Ehemann sel. dann Rat bei seinem Anwalt gesucht, der mit Schreiben vom 17. Juli 2009 die fehlende vertragliche Grundlage reklamiert habe (Berufungsantwort, S. 11 ff.). 6.2.1. Vorliegend ist unbestritten, dass der Ehemann sel. der Beklagten, ihr Sohn und A.\_\_\_\_\_ im April 2009 den vollständig zerlegten Ford Mustang bzw. dessen ausgebauten Motor in der Werkstatt der Klägerin in O.1\_\_\_\_\_ und die instandgestellte Karosserie im Autospritzwerk in O.3\_\_\_\_\_ besichtigten (Prozessantwort, S. 8 f. Rz. 19-21). Am 23. Juni 2009 besuchten die Beklagte und deren Ehemann sel. die Werkstatt der Klägerin ein weiteres Mal (Prozessantwort, S. 10 Rz. 23). Zugestanden sind sodann direkte Kontakte zwischen Klägerin und Beklagter in der Endphase der Restauration, mit dem Zweck, den fristgerechten Abschluss der Arbeiten sicherzustellen und über die Zollformalitäten zu sprechen (Prozessantwort, S. 9 Rz. 22). Die Beklagte hatte somit spätestens im April 2009 Kenntnis davon, dass sich der Ford Mustang in der Garage der Klägerin befand und deren Mitarbeiter – und nicht mehr A.\_\_\_\_\_ – die Arbeiten daran vornahm. Ebenfalls wusste sie, dass es mittlerweile nicht mehr bloss darum ging, das Fahrzeug wieder fahrtüchtig zu machen, sondern dass umfangreiche Arbeiten am Motor und an der Karosserie vorgenommen wurden, es sich mithin um eine Totalrestauration handelte. Wäre sie hiermit nicht einverstanden gewesen, hätte sie Widerspruch

#### **E. 26**

/ 29 einlegen können, sowohl gegen die Ausführung der Arbeiten durch die Klägerin bzw. deren Subunternehmer wie auch gegen den Umfang dieser Arbeiten, selbst wenn ihr aufgrund des Stands der Arbeiten sowie aufgrund der zeitlichen Umstände – die Beklagte wollte das Fahrzeug ihrem Sohn auf den Abschluss der Matura im Juli 2009 hin schenken – praktisch nichts anderes übrig geblieben sein dürfte, als ihre Zustimmung zu erteilen. In diesem Sinn kann von einer nachträglichen konkludenten Genehmigung der Beklagten ausgegangen werden, dass A.\_\_\_\_\_ die Arbeiten nicht mehr persönlich ausführte, sondern

durch die Klägerin ausführen liess, wobei diese Genehmigung auch die Erweiterung des ursprünglichen Auftrags, das Fahrzeug zum Laufen zu bringen, hin zu einer umfassenden Restauration umfasste. Allerdings ist damit der Nachweis noch nicht erbracht, dass eine Genehmigung im Sinne von Art. 38 OR erfolgt ist, dass die Beklagte mit anderen Worten mit der Klägerin als neue Vertragspartnerin einverstanden gewesen wäre. Genauso gut kann es sich um eine Genehmigung zum Abweichen von einer persönlichen Leistungspflicht nach Art. 364 Abs. 2 OR bzw. zum Beizug einer Subunternehmerin durch A.\_\_\_\_\_ handeln. Darauf hinzuweisen ist an dieser Stelle, dass durch die Genehmigung nach Art. 38 OR ohnehin lediglich die fehlende Ermächtigung seitens der Beklagten ersetzt werden könnte. Vorliegend fehlt es aber bereits am Nachweis eines Handelns von A.\_\_\_\_\_ im Namen der Beklagten (vgl. E. 4). 6.2.2. Am Gesagten ändert auch die direkte telefonische Kontaktaufnahme der Beklagten mit der Klägerin nichts, da diese auch nach Aussagen von seitens der Klägerin genannten Zeugen lediglich mit dem Ziel erfolgte, die Arbeiten voranzutreiben (Zeuge E.\_\_\_\_\_, S. 6 Frage 20, S. 10 Frage 7; Zeugin G.\_\_\_\_\_, S. 3 Frage 3). Dass die Beklagte nur beim Vorliegen eines Stellvertretungsverhältnisses berechtigt gewesen wäre, der Klägerin Weisungen zu erteilen, nicht aber in einem Subunternehmerverhältnis, dürfte ihr mangels juristischer Kenntnisse sodann nicht bekannt gewesen sein. In diesem Sinn führen auch die erwähnten telefonischen Kontakte zwischen Klägerin und Beklagter nicht zur Genehmigung eines entsprechenden Vertragsverhältnisses. Dasselbe gilt für den Umstand, dass der Ehemann sel. der Beklagten am 10./11. Juli 2009 das Fahrzeug und die Rechnung für die Totalrestauration über CHF 72'791.05 von der Klägerin entgegennahm, ohne dabei einzuwenden, dass die Klägerin nicht Vertragspartnerin und folglich nicht berechtigt sei, die Arbeiten in Rechnung zu stellen, zumal es sich auch bei ihm um einen juristischen Laien handelte und ihm bzw. der zu diesem Zeitpunkt im Ausland weilenden Beklagten ausserdem eine gewisse Frist einzuräumen war, um die Rechnung zu prüfen. Eine vorbehaltlose Genehmigung der Rechnung zum Zeitpunkt der Ablieferung des Fahrzeugs, wie sie die Klägerin geltend macht, ist oh-

#### **E. 27**

/ 29 nehin nicht ausgewiesen, zumal sich eine solche auch nicht aus der allgemein gehaltenen Aussage des Ehemannes sel. der Beklagten, es sei alles klar (so der Zeuge E.\_\_\_\_\_, S. 8 Frage 40), ableiten liesse. Ferner machte der Rechtsvertreter der Beklagten in seinem Schreiben vom 17. Juli 2009 die fehlende Berechtigung der Klägerin zur Rechnungsstellung dann geltend (act. III./21). Dass die Beklagte in direktem Kontakt mit der Klägerin bzw. deren Verwaltungsratspräsidentin stand, um mit ihr die Zollformalitäten für das Fahrzeug zu regeln, ist grundsätzlich anerkannt (Klage, S. 8 Rz. 9; Prozessantwort, S. 9 Rz. 22; act. II./6; Aussagen der Zeugin G.\_\_\_\_\_). Dies betrifft allerdings einen Nebenpunkt. Die entsprechenden Leistungen flossen ferner soweit ersichtlich gar nicht in die strittige Rechnung ein.

#### **E. 28**

/ 29 8.2.2. Überdies hat die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte Y.\_\_\_\_\_ für das vorliegende Verfahren aussergerichtlich zu entschädigen. Mangels Vorliegen einer Honorarnote ist die Entschädigung des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten nach Ermessen festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]). In Berücksichtigung der sich stellenden Tat- und Rechtsfragen, der Schwierigkeit der Sache

und der Eingabe im Berufungsverfahren bzw. des damit mutmasslich notwendigen Aufwands erscheint eine Entschädigung von pauschal CHF 5'000.00 inklusive Spesen und Mehrwertsteuer als angemessen.

**E. 29**

/ 29 III.

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