

GR_GERICHTE ZK2 2022 5 vom 23. Mai 2023

GR Gerichte, 2023-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2022_5

FR: GR_GERICHTE ZK2 2022 5 du 23 mai 2023

IT: GR_GERICHTE ZK2 2022 5 del 23 maggio 2023

Regeste

Forderung aus Werkvertrag | Berufung OR Werkvertrag/Verlagsvertrag

Erwägungen

E. 4

/ 19 einzig darauf, dass eine Anschlussberufung auch dann zulässig ist, wenn sie sich – wie vorliegend – lediglich gegen den Kostenentscheid richtet (KGer GR ZK1 19 144 v. 9.7.2021 E. 1.3; Peter Reetz/Sarah Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 43 zu Art. 313 ZPO m.w.H.). 1.2. Wenn das Verfahren wie hier dem Verhandlungs- (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) untersteht, ist die Berufung keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens. Sie dient vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheides und des Verfahrens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Die das Rechtsmittel führende Partei hat den geltend gemachten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen. Das Bundesgericht formuliert es im grundlegenden Urteil so: (von der Partei werde verlangt) "de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique" (BGE 138 III 374). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Rechtsmittelinstantz auch bei voller Kognition darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben – das ist gleichsam das "Prüfprogramm". Das Bundesgericht ist mit den Anforderungen an die Berufung streng: neuestens kritisierte es, das Kantonsgericht hätte in einem Urteil nicht solche Argumente und Behauptungen des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren berücksichtigen und würdigen dürfen, welche in der Berufung nicht ausdrücklich wiederholt wurden (BGer 4A_186/2022 v. 22.8.2022 E. 4.4 mit Bezug auf KGer GR ZK2 21 27 v. 15.3.2022). Soweit die Berufung dem Erfordernis der Begründung genügt, ist das angerufene Gericht nach Art. 57 ZPO dann weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die

E. 4.1

Das angefochtene Urteil setzt die Entscheidgebühr unangefochten auf CHF 8'000.00 fest. Es auferlegt sie und die Kosten der Vermittlung von CHF 500.00 gänzlich der Berufungsklägerin (Dispositiv Ziff. 2b). Dabei geht es davon aus, die letztere sei vollumfänglich unterlegen (Urteil, E. 3a). Das trifft nicht zu, weil die Berufungsbeklagte die Klage in einem Teilbetrag zurückzog, was das Gesetz als Unterliegen behandelt (Art. 106 ZPO). In aller Regel werden die Kosten rein mathematisch nach Obsiegen und Unterliegen verteilt, wird also der Aufwand für einzelne Teile der Auseinandersetzung nur dann besonders gewichtet, wenn er ausserordentlich ungleich verteilt anfiel. In diesem Fall dürfte der betragsmässig unbedeutende zurückgezogene Teil weder beim Gericht noch bei der Gegenpartei einen besonders hohen Aufwand nach sich gezogen haben. Die Berufungsklägerin beanstandet zwar die Kostenaufgabe, aber einzig im Zusammenhang mit der Hauptsache. Bei der gänzlichen Kostenaufgabe an sie hat es bei diesem Ausgang der Berufung daher zu bleiben.

E. 4.2

Das Regionalgericht erwägt, die Berufungsbeklagte habe keine Honorarvereinbarung eingereicht, und setzt die Parteientschädigung ausgehend von einem mittleren Stundenansatz von CHF 240.00 fest. Die Berufungsbeklagte beanstandet das (act. A.2, S. 17 Ziff. 6). Die Rüge ist begründet, die Honorarvereinbarung liegt im Recht (RG act. II/38). Dass sie der oder die Redaktor/in im Dossier nicht entdeckte, liegt vermutlich in der eigenwilligen Aktenführung durch das Regionalgericht begründet. Dieses lässt verschiedene Mäppchen anlegen, angeschrieben mit "Rechtsschriften", "klägerische Urkunden" etc., hält sich dann aber nicht an diese Ordnung. Unter den "Rechtsschriften", worunter allgemein und auch bei den Bündner Gerichten schriftliche Sachvorbringen der Parteien verstanden werden, finden sich die Beweisverfügung, das Protokoll der Hauptverhandlung und das Urteil (RG act. I/6-8). Diese Dokumente sind bei den "Rechtsschriften" offenkundig am falschen Ort; man könnte dafür beispielsweise ein Mäppchen "Protokolle/Entscheide" führen. Die Plädoyer-Notizen der Anwälte sind im Mäppchen "Vollmachten/Kostennoten" abgelegt (RG act. IV/6-7), wo sie ebenfalls mit Sicherheit nicht hingehören und wo niemand sie vermuten wird. In diesem Mäppchen (welches an anderen Regionalgerichten "Vollmachten/Honorare" heisst) würde man nach der Honorarvereinbarung suchen – diese ist aber nicht hier, sondern bei den "klägerischen Urkunden" zu finden. Das Gebot von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) gilt auch für die Gerichte. Dazu gehört eine nachvollziehbare Aktenordnung, welche anderen Instanzen und vor allem den Parteien beim Wahrnehmen ihres Rechts auf Akteneinsicht (Art. 53 Abs. 2 ZPO) das Auffinden von Aktenstücken ohne grosse Suchbemühungen erlaubt. Das Regionalgericht wird der Aktenordnung mehr Sorgfalt zu widmen haben.

E. 4.3

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von Art. 8 VGZ (BR 320.210) auf CHF 8'000.00 festzusetzen. Zwar wurden sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung abgewiesen. Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass die Bedeutung der Anschlussberufung im Vergleich zum Streitwert der Hauptsache marginal ist. Zudem erwiesen sich die Einwände der Berufungsklägerin gegen die Anschlussberufung als unzutreffend; die Abweisung der Anschlussberufung trotz Zugrundelegung eines höheren Stundenansatzes erfolgte insbesondere wegen der von Amtes wegen zu erfolgenden Nichtberücksichtigung der Mehrwertsteuer. Unter diesen Umständen scheint es gerechtfertigt, der Berufungsklägerin sämtliche Kosten des Berufungsverfahrens zu

auflegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu verrechnen.

E. 4.4

Die Berufungsbeklagte beansprucht gemäss ihrer Honorarnote (act. G.4) eine Parteientschädigung von CHF 6'653.20 einschliesslich Spesen und Mehrwertsteuer. Die Berufungsklägerin findet, der Aufwand von zwei Stunden noch vor dem Studium ihrer Berufung und dem Ausarbeiten der Berufungsantwort sei nicht zu ersetzen (act. A.3, S. 3 unten und 4). Der Einwand ist unbegründet; ein eingehendes Studium des Entscheides ist einer Partei auch bei (vollständigem bzw. grundsätzlichem) Obsiegen zuzugestehen (zumal ein entsprechender Aufwand auch nicht im Sinne von "Abschlussarbeiten" für das erstinstanzliche Verfahren in Rechnung gestellt wurde). Dafür sind zwei Stunden nicht übersetzt. Hingegen hat sich der Anwalt verrechnet: die 17 Stunden, welche er beansprucht, machen nach dem Ansatz von CHF 270.00 CHF 4'590.00 aus und nicht CHF 5'940.00 (act. G.4); das ist ein offenkundiger Irrtum und ohne Weiteres richtig zu stellen. Die Spesenpauschale von 4% der Honorarsumme (vgl. act. G.4) reduziert sich entsprechend auf CHF 183.60. Zudem gilt wiederum anzumerken, dass die Berufungsbeklagte gemäss Unternehmens-Identifikationsregister UID mehrwertsteuerpflichtig ist und daher die ihrer Rechtsvertretung bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen kann. Demzufolge kann im konkreten Fall die Mehrwertsteuer

E. 5

/ 19 Erwägungen der ersten Instanz gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen. 1.3. In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Novenrechtlich unzulässige Vorbringen oder Dokumente sind allerdings nicht nach einem häufig verwendeten Ausdruck in einem physischen Sinn "aus dem Recht zu weisen". Wohl sind sie wie unzulässige neue Behauptungen beim Entscheid nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. Ebenso unrichtig ist die oft anzutreffende Floskel, ein Argument sei "nicht zu hören". Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) verlangt, dass auch Unzulässiges, Verspätetes oder Ungebühliches (Art. 132 ZPO) "gehört" wird – wie damit umzugehen

ist und ob es für die Entscheidungsfindung verwendet werden kann und darf, ist eine andere Frage. 2. Die Berufungsklägerin rügt, das Regionalgericht habe Beweis zu nicht Behauptetem abgenommen: es sei nicht behauptet, dass ihr die "Bekanntmachung" über die künftige "Kooperation" der F._____ AG und der Berufungsbeklagten je zugestellt worden sei (act. A.1, S. 4 f. Rz. 2 f.).

E. 6

/ 19 Die prozessualen Vorschriften zum Verfahren sind ebenso wie materielle Normen zum Werkvertrag oder zur Übertragung von Rechten und Pflichten von einem Rechtssubjekt auf ein anderes "Recht" im Sinne von Art. 310 lit. a ZPO. Die Rüge der Berufungsklägerin ist zulässig. Was die Berufungsbeklagte zur Kommunizierung der erwähnten "Bekanntmachung" in erster Instanz behauptet hat, ist nachstehend zu erörtern (Erwägung 3.1). Der Hinweis der Berufungsklägerin, dass nur form- und fristgerecht Behauptetes im Beweisverfahren Thema sein kann, und dass nur solches dem Urteil überhaupt zugrunde gelegt werden kann, ist allerdings richtig. Es ergibt sich generell aus Art. 55 Abs. 1 ZPO und für den Zeitpunkt der Einführung ins Verfahren aus Art. 229 ZPO (welcher mit der noch nicht in Kraft gesetzten Revision der ZPO vom 17. März 2023 präzisiert, aber nicht grundlegend geändert wurde). An dieser Stelle ist aber kritisch auf ein anderes Element hinzuweisen. Das Regionalgericht hat erklärt, es nehme Beweis ab dazu, dass "[der Klägerin / Berufungsbeklagten] die eingeklagte Werklohnforderung zusteht" (RG act. I/6 S. 3 unten). Solche Formulierungen werden von den Regionalgerichten regelmässig verwendet. Sie sind gleichwohl falsch und waren das schon nach dem kantonalen Prozessrecht. Dieses bestimmte: "Es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen. Das Gericht legt seinem Verfahren nur rechtzeitig geltend gemachte Tatsachen zugrunde" (Art. 118 ZPO/GR; Art. 98 ZPO/GR enthielt auch eine der heutigen analoge Noven-Schranke), und "Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an" (Art. 117 Abs. 2 ZPO/GR). Daraus war zu schliessen, was allgemeiner Auffassung entsprach, nämlich dass die in Art. 97 ZPO/GR genannten Beweismittel nur zu behaupteten Sachverhalten, und nicht zu Rechtsfragen abzunehmen waren. Max Guldener (Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 318) formulierte prägnant: "Im Vordergrund stehen die Tatsachen, welche Tatbestandsmerkmal des Rechtssatzes bilden, dessen Anwendung in Frage steht". Das einheitliche schweizerische Verfahrensrecht, in Kraft seit dem 1. Januar 2011, hat daran nichts geändert. Das Kantonsgericht hat es in einem jüngeren Entscheid als unzulässig betrachtet, in einem komplexen Streit über eine Bauabrechnung Beweis abzunehmen über "Bestand, Höhe und Fälligkeit des [...] eingeklagten Geldbetrages von CHF 436'224.20". Die Sache musste zur Durchführung eines gesetzeskonformen Verfahrens an die erste Instanz zurückgewiesen werden (KGer GR ZK2 22 3 v. 21.7.2022). In einem anderen Fall sollten die Parteien beweisen, dass die angefochtenen Beschlüsse einer Gemeinschaft von Stockwerkeigentümern "gegen Gesetz oder Statuen verstossen" resp. dass dem nicht so sei. Konkrete von den Par-

E. 7

/ 19 teien behauptete Elemente zum Sachverhalt der anzuwendenden Normen (Art. 75 i.V.m. Art. 712m Abs. 2 ZGB) wurden nicht genannt. Das Kantonsgericht stellte fest, dass in erster Instanz keine ausreichenden Behauptungen aufgestellt worden waren, welche – falls unstrittig oder bewiesen – den rechtlichen Schluss erlaubt hätten, die Versammlung der Stockwerkeigentümer habe einen rechtswidrigen Beschluss gefasst. Da die Sache einfach und im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO spruchreif war, konnte von einer

Rückweisung an das Regionalgericht abgesehen werden (KGer GR ZK1 21 154 v. 22.11.2022). Dass das Regionalgericht im vorliegenden Fall Rechtsfragen zum Beweis stellte, welche es nach Art. 57 ZPO selber beantworten muss, ergibt sich schon aus der Formulierung des Beweissatzes. Es wird zusätzlich klar, wenn man sich vergewärtigt, worüber das Gericht dann im Urteil Erwägungen anstellt: es überlegt, wie bei einem bestehenden und noch nicht erfüllten Werkvertrag eine andere Partei als der ursprüngliche Unternehmer nicht nur zum Subakkordanten des Letzteren, sondern im Verhältnis zum Besteller direkt zur Vertragspartei werden kann. Dazu stellt es in keinem Punkt auf Ergebnisse eines Beweisverfahrens ab, sondern legt einzig unstreitige Handlungen und Unterlassungen der Parteien aus. Ob sich die Berufungsbeklagte auf eine Abtretung stützen könne (was das Gericht bejaht), bedarf nach dem Urteil ebenfalls keiner Würdigung von Beweisen, denn eine Abtretungsurkunde liegt vor und ist in ihrer Echtheit nicht bestritten. Das Regionalgericht überlegt einzig, ob dieses Papier aus rechtlichen Gründen die Klage zu stützen vermag. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die Sache trotz des klaren Verfahrensmangels spruchreif ist. Wenn ja, sind Weiterungen entbehrlich und kann insbesondere von einer Rückweisung an das Regionalgericht abgesehen werden. 3. In der Sache genügt die Berufung den vorstehend in Erwägung 1.2 dargestellten Anforderung grösstenteils nicht. Es wird zwar argumentiert, und es werden Behauptungen aufgestellt, weitestgehend aber ohne Hinweis darauf, wo diese Behauptungen schon in erster Instanz aufgestellt wurden resp. unter konkreter Angabe, wo sich in den Akten oder im Urteil kritisierte Äusserungen/Erwägungen der Gegenpartei finden. Ausnahmen sind der mehrfache Hinweis auf die Verlautbarung der ursprünglichen Unternehmerin (RG act. II/8; act. A.1, S. 4 Ziff. 3, S. 7 Ziff. 3, S. 8 Ziff. 4 und 6), auf eine Mail der Berufungsklägerin (RG act. II/11; act. A.1, S. 4 Ziff. 3 unten), pauschale Hinweise auf Erwägung 2.1 und 2.2 des angefochtenen Urteils (act. A.1, S. 7 Ziff. 1 und S. 10 Ziff. 10), ein Zitat aus der Klageschrift Ziff. 3.2.3 (act. A.1, S. 7 Ziff. 3) und eine Bestreitung dazu in der Klageantwort Ziff. III/7 (ebenda, vgl. zu diesem Punkt auch act. A.1, S. 11 Ziff. 14).

E. 8

/ 19 Es ist daher so gut als möglich und nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu eruieren, was die Berufungsklägerin rügt, und das ist zu prüfen. 3.1. Die Berufungsklägerin rügt die Erwägung des Regionalgerichts, es gehe ihr nur darum, der Unternehmerin den ihr zustehenden Werklohn vorzuenthalten (act. A.1, S. 10 Ziff. 12 Mitte, zwar ohne Bezug auf eine konkrete Stelle im angefochtenen Urteil, aber offenbar gemünzt auf dessen S. 8 unten und S. 9 oben). Der Einwand ist berechtigt. Zum Prozess kommt es nur, wenn eine beklagte Partei sich dem Begehren der Klägerin widersetzt, und das darf sie tun. Diese Haltung kann mehr oder weniger gut begründet sein. Dafür sind die Behauptungen der Parteien und die möglichen anwendbaren Rechtssätze in Zusammenhang zu bringen und zu analysieren. Dabei mag Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Rolle spielen: dass es rechtsmissbräuchlich und daher unbeachtlich sein kann, wenn sich jemand auf ein formell bestehendes Recht beruft. So argumentiert das Regionalgericht an der fraglichen Stelle allerdings nicht. Es geht ja gerade nicht davon aus, die Berufungsklägerin könnte nach der rechtlichen Lage die Zahlung an die Berufungsbeklagte verweigern, aber dieser Standpunkt sei aus bestimmten Gründen missbräuchlich. Vielmehr drückt es aus, wenn die Leistung erbracht sei, sei sie zu zahlen, und genauere Fragen nach der Legitimation der Rechnungsstellerin seien unangebracht, eben rechtsmissbräuchlich. Solche moralisierenden Überlegungen führen allerdings nicht zum Ziel. Wenn der Standpunkt der Berufungsklägerin rechtlich begründet ist, muss die Klage abgewiesen werden. Das ist im Folgenden zu prüfen. 3.2. Zwischen den

heutigen Parteien wurde über die von der Berufungsbeklagten ausgeführten Arbeiten kein formeller Vertrag aufgesetzt. Es ist unstrittig, dass die Berufungsbeklagte das ausführte, was aufgrund des Vertrages der Berufungsklägerin mit der F._____ AG bei den Häusern A und B als zweite Etappe der Überbauung "D._____" zu leisten war. In Frage stehen aus rechtlicher Sicht eine Stellung der Berufungsbeklagten als Subunternehmerin der F._____ AG oder aber ein Übergang der Rechte und Pflichten für die Arbeiten an Haus A und B aus dem ursprünglichen Vertrag Berufungsklägerin/F._____ AG auf die heutigen Prozessparteien. Das angefochtene Urteil stellt die Grundlagen dafür zutreffend dar (E. 2.1 S. 5); es kann darauf verwiesen werden. Das Regionalgericht erkennt, es habe eine stillschweigende Auswechslung des Unternehmers stattgefunden, was die Berufungsklägerin bestreitet (act. A.1, S. 4 f. Ziff. 3). Eine wesentliche Rolle in den Erwägungen des angefochtenen Urteils spielt die undatierte Mitteilung der F._____ AG und der Berufungsbeklagten an ihre "ge-

E. 9

/ 19 schätzten Geschäftspartner", dass J._____ sich altershalber zurückziehen wolle und die beiden Unternehmungen ab 2012 eine "enge Zusammenarbeit" beschließen hätten (RG act. II/8); auf Einzelheiten ist zurückzukommen. Die Berufungsklägerin kritisiert, es sei weder behauptet noch bewiesen, dass diese Mitteilung an sie versandt worden sei (act. A.1, S. 4 Ziff. 3 unten). Das erste ist nicht richtig. In der Klageschrift behauptete die Berufungsbeklagte zwar, diese Mitteilung sei öffentlich erfolgt, nannte dafür aber keine Beweismittel. Weiter führte sie aber aus, die Mitteilung sei "an ihre Geschäftspartner" gegangen, also aus dem Zusammenhang an jene sowohl der F._____ AG als auch an die der Berufungsbeklagten. Nachdem der Werkvertrag Berufungsklägerin/F._____ AG erst teilweise erfüllt war – wie gesehen war die erste Etappe der Überbauung "D._____" gebaut, die zweite zurückgestellt worden –, war daraus zwanglos zu verstehen, auch die Berufungsklägerin habe diese Mitteilung erhalten. Dazu sagte die Berufungsklägerin einzig: "Diese Bekanntmachung hat keine rechtliche Bedeutung. Mehr dazu, da rechtlicher Natur, vor Schranken" (RG act. I/3, S. 3 Ziff. 4 "ad 3.1.3"). Sie bestreitet also weder die öffentliche Bekanntmachung noch die Zustellung an sie als Geschäftspartnerin der F._____ AG. In der Duplik (RG act. I/5) brachte sie dazu nichts Weiteres vor. Anlässlich der Hauptverhandlung war die Novenschranke damit geschlossen (Art. 229 ZPO). Die Bemerkung der Berufungsklägerin, die Bekanntmachung sei "weder datiert noch adressiert" (RG act. I/ S. 4) war damit als Bestreitung nicht mehr zulässig, hätte aber ohnehin nichts geändert, da damit die Zustellung gar nicht bestritten wurde. Es war daher kein Beweis abzunehmen (Art. 150 Abs. 1 ZPO: "Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen"). Die Berufungsklägerin zitiert die genannte Bekanntmachung damit, dass die beiden Holzbau-Unternehmen eine enge Zusammenarbeit ankündigten und während einer Übergangsphase beide am Markt auftreten würden (act. A.1, S. 4 Ziff. 3). Die Tragweite der Bekanntmachung ist eine rechtliche Frage, und entsprechende Überlegungen sind daher auch in der Berufung zulässig (Art. 57 und Art. 310 lit. a ZPO). Die Berufungsklägerin übergeht allerdings entscheidende Elemente: vorweg teilt J._____ mit, er wolle sich "von der Operative zurück ziehen", da er "Ende 2011 pensioniert wurde". Dann heisst es ausdrücklich, die heutige Berufungsbeklagte werde "neu die betrieblichen Tätigkeiten der F._____ AG übernehmen", und "Während der Übergangsphase bis Ende 2012 werden noch beide Unternehmen ihre Betriebsstätten beibehalten und parallel auf dem Markt auftreten". Das hätte gewiss noch präziser formuliert werden können. Was etwa für ein Projekt gelten sollte, welches die F._____ AG noch vor Ende 2012 in Angriff nehmen und welches am 31. Dezember 2012

bis auf reine Abschlussarbeiten fertig gestellt sein

E. 10

/ 19 würde, bedurfte der Auslegung oder vernünftigerweise einer klärenden Absprache jener drei Parteien (der F._____ AG, jener Bestellerin und der Berufungsbeklag- ten). Mit Bezug auf das Projekt "D._____", um welches es heute geht, bestand aber nach Treu und Glauben kein Zweifel: die F._____ AG hatte bereits im Jahr 2009 einen Teil der Leistungen (für die Häuser C, D und E) erbracht, und die zwei- te Etappe wurde erst 2015 in Angriff genommen. Die "Übergangsphase", auch wenn man sie mit einer gewissen Unschärfe versteht, war damals schon eine ge- raume Zeit vorbei. Die Arbeiten für die Häuser A und B fielen im Jahr 2015 un- zweifelhaft unter die Formulierung, dass die Berufungsbeklagte "die betrieblichen Tätigkeiten der F._____ AG übernehmen" werde. Das bedurfte entgegen der Auf- fassung der Berufungsklägerin keiner (weiteren) Offerte der beiden Holzbauer zu einer Vertragsübernahme, und auch keiner "Gliederung in Einzeltatsachen" (act. A.1, S. 8 Ziff. 6), und ebenso wenig eines ausdrücklichen Akzepts durch die Be- stellerin. Die Berufungsklägerin hätte die Berufungsbeklagte als neue Vertrags- partnerin zwar ablehnen können. Bei einem Werkvertrag ist es dem Besteller in aller Regel keineswegs "gleichgültig, mit wem er den Vertrag schliesst" (Art. 32 Abs. 2 OR analog). Je nach den Umständen – etwa wenn besondere Fähigkeiten oder Erfahrung gefragt sind, kann er die Ausführung durch einen Unterakkordan- ten ablehnen (Art. 68 Abs. 1 OR). Das ist hier aber nicht aktuell, da die Berufungs- klägerin die Berufungsbeklagte ohne Weiteres die Arbeiten ausführen liess und damit der Vertragsübernahme stillschweigend zustimmte. Mit Recht bemängelt die Berufungsklägerin, dass die Berufungsbeklagte behaup- tete, die fragliche Bekanntmachung sei "im Jahre 2014" erfolgt (act. A.1, S. 4 Ziff. 3 unten, S. 5 Ziff. 6 und S. 8 Ziff. 6, zu RG act. I/1, S. Ziff. 3.1.3). Die Datierung mit 2014 ist allerdings offenkundig irrtümlich, und die Berufungsbeklagte kann nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) nicht dabei behaftet werden. Die Mitteilung ver- weist darauf, J._____ sei Ende 2011 (also in der Vergangenheit) pensioniert wor- den, und man werde bis Ende 2012 (in der Zukunft) weiter je für sich arbeiten, be- vor die Berufungsbeklagte "die betrieblichen Tätigkeiten der F._____ AG über- nehme". Damit muss die Mitteilung im Laufe des Jahres 2012 verfasst worden sein, und aus der Darstellung der Berufungsbeklagten ergibt sich sinngemäss auch die Behauptung, sie sei mehr oder weniger zeitnah publiziert/versandt wor- den. Wann das genau zu datieren ist, geht aus den Vorbringen der Berufungsbe- klagten nicht hervor, ist aber nicht entscheidend. Die Berufungsklägerin behauptet nicht, J._____ habe entgegen seiner Ankündigung, sich auf Ende 2012 zurückzu- ziehen und der Berufungsbeklagten "die betrieblichen Tätigkeiten" zu übertragen, die offenen Arbeiten für das Projekt "D._____" noch im Jahr 2015 in eigener Ver-

E. 11

/ 19 antwortung und auf eigene Rechnung durch die Berufungsbeklagte als Subunter- nehmerin ausführen wollen. Damit bleibt es unerheblich, dass die Berufungsklägerin über diese Arbeiten, so- weit den Akten zu entnehmen ist, ausschliesslich mit der Berufungsbeklagten kommunizierte – wie sich etwa aus dem Mail RG act. II/11 sowie aus den Mittei- lungen RG act. II/18 und II/19 ergibt, was auch nicht völlig ausgeschlossen gewe- sen wäre, wenn die Berufungsbeklagte als Unterakkordantin tätig geworden sein sollte. Mit der Position der Berufungsklägerin ist es aber nicht zu vereinbaren, dass sie zunächst gegen die Person der Rechnungsstellerin nicht widersprach (RG act. II/21- 26) und auch mit ihr über die Höhe des Werklohnes stritt (RG act. 55 und 56), denn wenn die

Berufungsbeklagte aus der Sicht der Berufungsklägerin nur Unterakkordantin war, hatte sie nur gegen die F._____ AG eine Forderung, und die Berufungsklägerin schuldete ihr nichts – wie sie das jetzt im Prozess geltend macht. Das stellt ein zusätzliches, wenn auch nicht notwendiges Element dar, welches die Berufungsbeklagte nach Treu und Glauben als Zustimmung zum Vertragsübergang verstehen durfte und musste. Damit kann die Berufungsbeklagte von der Berufungsklägerin die Bezahlung der für die Häuser A und B erbrachten Leistungen verlangen. In dem Umfang, in welchem sie zunächst noch einen Rest-Werklohn für von der F._____ AG erbrachte Arbeiten einklagte (RG act. I/1, S. 8 Ziff. 3.2.13), hat sie wie ausgeführt (vgl. oben Sachverhalt lit. B) die Klage zurückgezogen (RG act. I/7, S. 2).

3.3. Die Berufungsklägerin kritisiert weiter die Erwägungen des Regionalgerichts zu der von der Berufungsbeklagten vorgelegten Abtretung. Mit dem Dokument RG act. II/9 trat die F._____ AG am 19. Mai 2020 der Berufungsbeklagten "sämtliche ihr der A._____ AG aus dem mit dieser abgeschlossenen Werkvertrag Nr. 22 vom 17./20. April 2009 allenfalls noch zustehenden Forderungen [...] ab". Das angefochtene Urteil scheint anzunehmen, diese Zession stütze die Klage, denn die F._____ AG habe die Arbeiten für die erste Etappe längst abgerechnet gehabt, und die Abtretung müsse sich daher auf die Arbeiten für die zweite Etappe beziehen – welche die Berufungsbeklagte ausgeführt hat (Urteil S. 7 ff., E. 2.3). Die Berufungsklägerin hält dem entgegen, die Abtretung beziehe sich ausdrücklich nur auf "allfällige" Forderungen der F._____ AG. Solche seien darin nicht spezifiziert und seien auch nicht bestimmbar, so lange für die Arbeiten aus der ersten Etappe keine Schlussrechnung vorliege (act. A.1, S. 11 Ziff. 13 f.). Die Kritik ist nicht leicht zu verstehen, ebenso wenig sind es allerdings die kritisierten Erwägungen.

E. 12

/ 19 Unbegründet ist der Einwand der Berufungsklägerin, die abgetretenen Forderungen seien in der Erklärung nicht ausreichend bestimmt. Diese erfasst zwar potentiell eine Mehrzahl von Forderungen, welche aber als Gruppe präzise umschrieben sind: die der Zedentin aus dem Werkvertrag Nr. 22 vom 17./20. April 2009 (damit offenkundig gemeint RG act. II/6) gegenüber der Berufungsklägerin noch zustehende Forderungen. Eine solche generelle Umschreibung ist zulässig (Daniel Girsberger/Johannes Lukas Hermann, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Kommentar zum OR, Bd. I, 7. Aufl., Basel 2019, N 40 f. zu Art. 164 OR), und die routinemässig geprüften rechtlichen Bedenken bei einer Pauschal- oder Globalzession, ob das im Sinne von Art. 27 ZGB so weit gehe, dass es die Persönlichkeitsrechte des Abtretenden verletze, sind ohne Weiteres unbegründet. Dass (nur) "allfällige" Forderungen abgetreten werden, schadet entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin nicht, denn auch künftige, Streitige oder eben unsichere Forderungen können abgetreten werden (speziell zur hier aktuellen Frage, wem eine Forderung zustehe, Art. 168 Abs. 1 OR). Die Berufungsklägerin vermisst eine Schlussabrechnung durch die F._____ AG; ohne eine solche könne sie nicht erkennen, ob die Rechnung der Berufungsbeklagten – zu ergänzen: in der Höhe – begründet sei (act. A.1, S. 11 Ziff. 14). Das leuchtet nicht ein, und sie begründet es auch nicht näher. Die Rechnung der Berufungsbeklagten für die von dieser im Jahr 2015 ausgeführten Arbeiten an den Häusern A und B haben die heutigen Prozessparteien untereinander bereinigt (RG act. II/21-26). Wenn die Berufungsklägerin glaubte, die endgültige Abrechnung über die Leistungen der F._____ AG stehe noch aus, müsste sie sich an diese wenden. Gegenüber der Berufungsbeklagten müsste sie aber mindestens behaupten, es stehe ihr noch ein Guthaben zu, und plausibel machen, dass sie das mit der heute eingeklagten Forderung verrechnen könne. Dazu macht

sie keine Ausführungen. Der Stand der Abrechnung für die Rechnung(en) betreffend die Häuser C, D und E könnte eine Rolle gespielt haben, so lange die Berufungsbeklagte auch noch einen Restbetrag aus den Arbeiten für die erste Etappe geltend machte. Das Verhältnis der Rechnungen der F._____ AG vom 7. September 2009 (RG act. II/34) und derjenigen der Berufungsbeklagten vom 14. März 2016 (RG act. II/31) ist nicht ganz klar. Auf den ersten Blick scheinen sie unterschiedliche Arbeiten zu betreffen. Denkbar wäre, dass das in der zweiten Rechnung erwähnte "Garagetore unten nachschneiden" eine Garantiarbeit betraf. "Anfertigen und montieren von Simsen in Garagen" könnte Bestandteil der Offerten/Rechnungen für die Arbeiten aus dem Jahr 2009 gewesen und bereits von der F._____ AG fakturiert und ihr

E. 13

/ 19 bezahlt worden sein. Das sind allerdings Spekulationen, die im Vortrag der Berufungsklägerin für die Begründung ihrer Berufung keine Grundlage haben und daher nicht weiterverfolgt werden können (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Mit dem Rückzug des entsprechenden Teils der Klage sind Diskussionen um diesen Teilbetrag freilich gegenstandslos geworden. Sie waren das schon, als das angefochtene Urteil redigiert wurde und sind es erst recht jetzt in der Berufung. Es kommt dazu, dass nicht recht zu sehen ist, wie die Berufungsbeklagte für die heutige Auseinandersetzung davon profitieren sollte, dass sie sich Forderungen abtreten liess, die zuvor der F._____ AG zustanden (und nur solche könne begrifflich zediert worden sein). Regionalgericht und Kantonsgericht gehen davon aus, dass die Berufungsbeklagte den Vertrag der Berufungsklägerin mit der F._____ AG für die Arbeiten an der zweiten Etappe übernommen hat. Die Berufungsbeklagte hat diese Leistungen also aus eigenem Recht und für eigene Rechnung erbracht. Die F._____ AG hatte damit nichts mehr zu tun, sie erwarb durch die Arbeiten keine Forderung (anders wäre es, wenn die Berufungsbeklagte im Unterausschlag tätig geworden wäre, was aber gerade nicht zutrifft) und konnte also in diesem Bereich auch nichts abtreten. Aus der Sicht der Berufungsbeklagten war die Abtretung als Eventual-Standpunkt sinnvoll, aber nach der Beurteilung durch die Gerichte und dem Teil-Rückzug der Klage hat sie nun keinen praktischen Wert. 3.4. Es bleibt daher dabei, dass die vom Regionalgericht gutgeheissene Forderung begründet ist. Beweise waren und sind dafür nicht abzunehmen, sodass die Mangelhaftigkeit der Beweisverfügung des Regionalgerichts (vgl. Erwägung 3.1) ohne Folgen bleibt. Die Berufung ist in der Sache abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist insofern zu bestätigen. Der teilweise Rückzug der Klage scheint beim Regionalgericht keine Reaktion ausgelöst zu haben. Das Gesetz sieht vor, dass das Gericht sein Verfahren abschreibt (Art. 241 Abs. 3 ZPO), und das gilt auch für einen nur teilweisen Rückzug. Hätte das Gericht dem nachgelebt, wäre ihm der Punkt wohl auch bei der Regelung der Kosten nicht entgangen (Urteil, E. 3a). Keine der Parteien beanstandet den formellen Fehler, der im Übrigen keine weiteren Konsequenzen hat, da die Folgen des Klagerückzuges, namentlich das Bestehen einer "abgeurteilten Sache" im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO von Gesetzes wegen schon vor einer und ohne ausdrückliche Abschreibung durch das Gericht eintraten (Art. 241 Abs. 2 ZPO), sodass es damit sein Bewenden hat. 4. Damit bleiben die Kosten zu regeln.

E. 14

/ 19

E. 15

/ 19 Die Berufungsbeklagte verlangt mit der Anschlussberufung eine Erhöhung der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO; die unter dem kantonalen Prozessrecht [Art. 40 und 122 ZPO/GR] verwendete Bezeichnung "ausseramtliche Kosten/Entschädigung" sollte entsprechend der gesetzlichen und auch in der kantonalen Honorarverordnung verwendeten Terminologie aufgegeben werden). Sie bezieht diese mit CHF 19'070.60, basierend auf einem Stundenansatz von CHF 270.00 bei einem Aufwand von 46.5 Stunden, einem Zuschlag von CHF 4'550.00, Barauslagen von pauschal 4% des Honorars und Fahrspesen von CHF 880.00 (RG act. IV/4). Die Berufungsklägerin hält eine Erhöhung der Entschädigung für nicht gerechtfertigt. Sie kritisiert, dass die Honorarvereinbarung erst im April 2020 geschlossen und nicht mit der ersten Rechtschrift eingereicht wurde. Der Zeitaufwand umfasse Aufwendungen ab November 2018 und damit vermutlich Aufwendungen für eine erste, nicht prosequierte Klagebewilligung. Die Reisezeiten seien nicht zu entschädigen, da das auf den Beizug eines St. Galler Anwaltes zurück gehe, wogegen es in Chur genügend Anwälte gebe (act. A.3, S. 3). Dass die ersten Leistungen des Anwaltes im November 2018 ausgewiesen werden und die Honorarvereinbarung vom April 2020 datiert, kann auf einen Verstoss gegen Art. 12 lit. i BGFA hindeuten: nach dieser Bestimmung hat der Anwalt die Klientin "bei Übernahme des Mandates" über die Grundsätze seiner Rechnungsstellung aufzuklären. Es ist aber denkbar, dass das in diesem Fall zunächst mündlich erfolgte (für die "Grundsätze" der Rechnungsstellung genügt das) und die detaillierte Honorarvereinbarung erst aufgesetzt wurde, als es konkret um das Einleiten des Verfahrens ging. Weiterungen sind nicht angezeigt. Die Honorarvereinbarung ist nicht nur "praxisgemäss", wie die Berufungsklägerin schreibt, sondern nach der Vorschrift von Art. 4 Abs. 1 der Honorarverordnung (HV; BR 310.250) "zu Beginn des Verfahrens" einzureichen. Die Einreichung der Honorarvereinbarung zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens führt indessen nicht in jedem Fall dazu, dass diese zum Vornherein unbeachtlich wäre (vgl. den Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 HV, der als "Kann"-Vorschrift abgefasst ist). Der Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 1 HV liegt darin, zu vermeiden, dass eine im Laufe des Verfahrens eingetretene Prozesssituation ausgenutzt werden könnte (vgl. Art. 4 Abs. 2 HV; zum Ganzen auch KGer GR ZK2 11 45 v. 28.10.2011 E. 5d). Mit anderen Worten darf eine spätere als zu Beginn des Verfahrens erfolgte Einreichung der Vereinbarung nicht dazu führen, dass eine Partei den sich abzeichnenden Prozesserfolg mit einem hohen Stundenansatz für die Parteientschädigung ausnützen könnte. Im vorliegenden Fall gibt es jedoch keinerlei Anhaltspunkte, wonach die Honorarvereinbarung erst aufgrund einer sich abzeichnenden Prozesssi-

E. 16

/ 19 tuation vereinbart worden wäre. Die eingereichte Honorarvereinbarung wurde bereits am 2. April 2020 unterzeichnet (vgl. RG act. II/38), mithin noch vor Einleitung des Schlichtungsverfahrens. Ausserdem wurde sie zwar nicht mit der Klageschrift, aber doch in einem noch frühen Prozessstadium eingereicht, sodass nicht ersichtlich ist, inwieweit eine Prozesssituation hätte ausgenutzt werden können. Die Honorarvereinbarung ist daher zu berücksichtigen. Zum Honorar im Einzelnen: Vor der Leistung "Aufsetzen Vermittlungsbegehren" weist der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten einen Zeitaufwand von 8.25 Stunden aus. Um sich ein Bild von der Auseinandersetzung zu machen, was bei einer juristisch nicht versierten Partei in der Regel mit einigem Aufwand verbunden ist, konnte er ohne Weiteres so viel Zeit aufwenden. Ob es schon damals ein Vermittlungsbegehren gab, wie die Berufungsklägerin ausführt, welches dann nicht

weiterverfolgt wurde, ändert daran nichts. Reisezeit wird soweit ersichtlich nicht fakturiert. Die Reisespesen fallen mit CHF 880.00 für ebenso viele Kilometer ins Gewicht, sind aber nicht übermässig. Wenn eine Churer oder Landquarter Anwältin ans Regionalgericht Bernina oder Moesa fährt, fallen ebenfalls relativ erhebliche Fahrspesen an, ohne dass man es beanstanden dürfte, es sei keine lokale Vertreterin mandatiert worden; das BGFA will zudem die kantonsübergreifende Anwaltstätigkeit bewusst fördern. Unter diesem Titel ist die Kritik unberechtigt (vgl. zur Weg- und Zeit-Entschädigung für ausserkantonale Rechtsvertreter auch PKG 2018 Nr. 22 E. 5). Die geltend gemachte Spesenpauschale entspricht dem Ver-einbarten (vgl. RG act. II/38). Der Stundenansatz hält sich im Rahmen der Verord-nung, die im Ganzen aufgewendete Zeit ist eher hoch, aber nicht unangemessen im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Ziff. 3 HV. Man kann sich einzig fragen, ob der verein-barte Honorarzuschlag gerechtfertigt und angezeigt war. Die Praxis des Kantons-gerichts dazu ist zurückhaltend (vgl. PKG 2021 Nr. 9 E. 6.4 f.). Die Berufungsklä-gerin kritisiert den Zuschlag aber in diesem Fall nicht, und er ist auch nicht klarer-weise unangebracht. In der Höhe hat sich die Berufungsbeklagte allerdings ver-rechnet: nach der Honorarvereinbarung (RG act. II/38), welche in diesem Punkt Art. 3 HV entspricht, bewegt er sich bei einem Streitwert von CHF 50'000.00 bis CHF 100'000.00 zwischen CHF 2'500.00 und CHF 4'000.00 und ist durch Interpo-lation zu ermitteln. Danach beträgt er hier CHF 3'050.00, und nicht CHF 4'550.00 wie nach der ursprünglichen oder CHF 3'615.00 nach der dem Kantonsgericht eingereichten korrigierten Honorarnote (act. G.3). Schliesslich gilt zu beachten, dass die Berufungsbeklagte gemäss Unternehmens-Identifikations-Register UID mehrwertsteuerpflichtig ist und daher die ihrer Rechtsvertretung bezahlte Mehr-wertsteuer als Vorsteuer abziehen kann. Demzufolge kann im konkreten Fall die

E. 17

/ 19 Mehrwertsteuer nicht zugesprochen werden (vgl. KGer GR ZK2 18 56 v. 28.12.2021 E. 8.2). Zu entschädigen wären damit richtigerweise CHF 12'555.00 nach Zeit, ein Interes-senzuschlag von CHF 3'050.00 sowie Auslagen von CHF 624.20 (Spesen 4%) und CHF 880.00 (für 880 km), insgesamt somit CHF 17'109.20. Dieser Betrag ist kleiner als derjenige, den die Vorinstanz der Berufungsbeklagten zugesprochen hat (CHF 17'508.00 [inkl. Spesen und MWSt.]). Es bleibt damit beim von der Vor- instanz zugesprochenen Betrag, was zur Abweisung der Anschlussberufung führt.

E. 18

/ 19 nicht zugesprochen werden (vgl. oben Erwägung 4.2). Die Parteientschädigung beträgt demnach CHF 4'773.60 (CHF 4'590.00 + CHF 183.60).

E. 19

/ 19

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