



**Kantonsgericht von Graubünden
Tribunale cantonale dei Grigioni
Dretgira chantunala dal Grischun**

Ref.:
ZF 00 74

Chur, 16. Januar 2001

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

Zivilkammer

Vizepräsident Schlenker, Kantonsrichter Jegen, Riesen-Bienz, Schäfer und Burt-scher, Aktuarin ad hoc Strässler.

In der zivilrechtlichen Berufung

des X., Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Wilfried Caviezel, Postfach 414, Masanserstrasse 35, 7000 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichtes Plessur vom 23. Mai 2000, mitgeteilt am 12. Okto-ber 2000, in Sachen gegen die Y., Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Peder Cathomen, Tgesa Viglia, 7458 Mon,

betreffend Werkvertrag,

hat sich ergeben:

A. Im Jahre 1995 beabsichtigte der Beklagte und Berufungskläger, in A. eine grössere Landfläche in den vier Gruppen A, B, C und D mit insgesamt 56 Einfamilienhäusern zu überbauen. Das Bauvorhaben sollte den Namen „EFH-B.“ tragen. Vorgesehen war, zuerst die Gruppen A, B und C mit insgesamt 40 Einfamilienhäusern und später die restlichen 16 Einfamilienhäuser (Gruppe D) zu realisieren. Im Hinblick auf dieses Bauvorhaben führte X. mit der Y. Vergebungsverhandlungen über die Baumeisterarbeiten. Die Klägerin und Berufungsbeklagte unterbreitete ein Angebot zu einem Werklohn von netto Fr. 3'388'813.85. Umstritten ist, ob zwischen den Parteien anschliessend ein Werkvertrag zu Stande kam. Der Baubeginn, welcher ursprünglich auf den 3. April 1995 vorgesehen war, wurde zunächst auf den 10. April 1995 und schliesslich am 5. April 1995 auf unbestimmte Zeit verschoben. In der Folge verhandelten die Parteien über die Realisierung einer Altersresidenz auf demselben Areal, für welche die Y. wiederum mit Baumeisterarbeiten hätte beauftragt werden sollen. Im Mai 1995 erkrankte X. schwer und blieb gemäss Vorbescheid der IV-Stelle des Kantons Graubünden auf Dauer zu 100 % arbeitsunfähig. Trotz der Wiederaufnahme der Verhandlungen Ende 1995 kam zwischen den Parteien keine weitere Zusammenarbeit mehr zustande.

B. Am 21. Juni 1996 reichte die Y. beim Vermittleramt des Kreises Chur gegen X. eine Klage ein. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 26. August 1996 wurde am 2. Dezember 1996 der Leitschein mit folgendem Rechtsbegehren ausgestellt:

Klägerisches Rechtsbegehren:

1. *Herr X. sei zu verpflichten, der Y. Fr. 500'000.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 15. März 1996 zu leisten.*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 6.5% MWSt. zu lasten von X..*

C. Mit Prozesseingabe vom 8. Januar 1997 liess die Klägerin ihre Klage mit gleichlautenden Rechtsbegehren frist- und formgerecht an das zuständige Bezirksgericht Plessur prosequieren. Die Y. geht davon aus, dass zwischen den Parteien mündlich ein Werkvertrag mit einem Werklohn von netto Fr. 3'388'813.85 zustande gekommen ist. Da X. vom Vertrag zurückgetreten sei, sei ihr ein Schaden von insgesamt Fr. 1'090'345.85 entstanden. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus bereits erbrachten Leistungen im Gesamtbetrag von Fr. 22'426.55 und einem entgangenen Gewinn von total Fr. 1'067'919.30.

X. beantragte in seiner Prozessantwort vom 14. März 1997 die kostenfällige Abweisung der Klage. Er macht geltend, dass er zwar die Absicht hatte und diese Absicht Herrn C. auch mitgeteilt habe, die Baumeisterarbeiten der Überbauung B. der Klägerin zu übergeben. Verhandlungen seien zwischen dem 21. und dem 27. Februar 1995 geführt worden. Ein entsprechender Werkvertrag sei aber nicht zu Stande gekommen. Für den Fall, dass das Gericht von einem gültigen Werkvertrag ausgehen sollte, hält der Beklagte und Berufungskläger dafür, dass der Gegenpartei bei Erfüllung des Werkvertrages kein Gewinn entgangen, sondern ein Verlust entstanden wäre.

D. Mit Vorentscheid vom 20. Oktober 1998, mitgeteilt am 17. Dezember 1998, entschied das Bezirksgericht Plessur gestützt auf Art. 94 ZPO, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag für den B. rechtsgenüglich zustande gekommen sei.

E. Am 16. März 1999 fand eine erste Hauptverhandlung statt. Im Beirteil gleichen Datums bejahte das Bezirksgericht Plessur einen Schadenersatzanspruch der Y. gestützt auf Art. 377 OR und ordnete im Hinblick auf die Bemessung desselben die Einholung einer Expertise an.

F. Nach Eingang des Gutachtens von J., Dipl. Arch. ETH von der L. AG am 4. Januar 2000 entschied das Bezirksgericht Plessur am 23. Mai 2000 was folgt:

1. *Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 229'314.27 zuzüglich 5 % Zins ab 15.3.1996 zu bezahlen.*
2. *Die Kosten des Vermittleramtes des Kreises Chur von Fr. 131.-- sowie die Kosten des Bezirksgerichtes Plessur von Fr. 48'140.-- (Gerichtsgebühren Fr. 5'540.--, Schreibgebühren Fr. 350.--, Expertise Fr. 32'250.--, Streitwertzuschlag Fr. 10'000.--) gehen je zur Hälfte zu Lasten des Klägers und des Beklagten. Die ausseramtlichen Kosten werden wettgeschlagen.*
3. *Mitteilung.*

G. Gegen dieses Urteil liess X. am 1. November 2000 Berufung erklären mit folgenden Rechtsbegehren:

1. *Der Vorentscheid des Bezirksgerichtes Plessur vom 20. Oktober 1998, mitgeteilt am 17. Dezember 1998 sowie das Urteil des Bezirksgerichtes Plessur vom 23. Mai 2000, mitgeteilt am 12. Oktober 2000, seien aufzuheben.*
2. *Die Klage sei abzuweisen.*
3. *Eventuell:*
Es sei eine Oberexpertise anzuordnen.

4. Unter vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.

H. Am 16. Januar 2001 fand die Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht Graubünden statt. Anwesend waren die Parteivertreter und X.. Die Vertröstungen waren geleistet worden. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichtes wurden keine Einwendungen erhoben. Das Beweisverfahren konnte ohne weitere Anträge geschlossen werden. Rechtsanwalt lic.iur. Wilfried Caviezel bestätigte und begründete in seinem Plädoyer, welches er im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. b OG schriftlich zu den Akten gab, die Anträge gemäss Berufungserklärung. Rechtsanwalt lic.iur. Peder Cathomen begründete seinen Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Berufung. In Replik und Duplik präzisierten die Parteianwälte im Wesentlichen das bereits Gesagte.

Auf die Ausführungen vor Schranken und die Erwägungen im angefochtenen Urteil wird, soweit erforderlich, nachfolgend eingegangen.

Die Zivilkammer zieht in Erwägung:

1.a) Nach Art. 218 und Art. 219 Abs. 1 ZPO kann gegen Urteile der Bezirksgerichte im Sinne von Art. 19 ZPO innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils Berufung an das Kantonsgericht erklärt werden. Diese hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit diese noch zulässig sind, zu enthalten.

b) Der Berufungskläger beantragt in Ziff. 1 der Berufungserklärung vom 1. November 2000 die Aufhebung des Vorentscheides des Bezirksgerichts Plessur vom 20. Oktober 1998, mitgeteilt am 17. Dezember 1998 sowie des Urteils des Bezirksgerichtes Plessur vom 23. Mai 2000, mitgeteilt am 12. Oktober 2000. Mit Vorentscheid vom 20. Oktober 1998 bejahte die Vorinstanz das Zustandekommen eines Werkvertrages zwischen den Parteien. Damit erging ein sogenanntes Teilurteil im Sinne von Art. 94 Abs. 1 ZPO, wonach Gerichtsverhandlungen auch zum Entscheid über materiellrechtliche Teilfragen durchgeführt werden, wenn anzunehmen ist, das Verfahren lasse sich dadurch vereinfachen. Weist das Gericht die Klage in diesem Verfahren ab, erlässt es ein Urteil; andernfalls wird das Verfahren fortgesetzt (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Rechtsmittel sind nur gegen prozesserledigende Entscheide zulässig (Art. 94 Abs. 3 ZPO). Eine Berufung ist grundsätzlich ausschliesslich gegen materiellrechtliche Endentscheide gegeben (PKG 1996 Nr. 13). Vorliegend hat das Bezirksgericht Plessur die Frage des Zustandekommens des Werkvertrages in einem Teil-

urteil bejaht und das Verfahren mit der Anordnung einer Expertise weitergeführt. Das Teilurteil hat für den Ausgang des Prozesses zwar entscheidende Bedeutung. Dennoch hat es nicht prozesserledigenden Charakter und stellt kein Anfechtungsobjekt für eine Berufung dar. Ein anfechtbares Endurteil liegt vielmehr erst vor, wenn ein Entscheid über die ganze Klage gefällt wird (vgl. PKG 1996 Nr. 13 und das unveröffentlichte Urteil des Kantonsgerichtes vom 17. Oktober 2000 in Sachen des S.W. gegen die U.AG, ZF 00 56). Die Berufung wurde vorliegend richtigerweise denn auch erst eingereicht, nachdem der Endentscheid vom 23. Mai 2000 gefällt worden war. Verlangt der Berufungskläger gleichwohl die Aufhebung des Teilurteils vom 20. Oktober 1998, so erhebt er in diesem Punkt ein Rechtsmittel gegen einen nicht prozesserledigenden Entscheid, was in der bündnerischen Zivilprozessordnung nicht vorgesehen ist. Auf den Antrag, den Vorentscheid des Bezirksgerichts Plessur vom 20. Oktober 1998, mitgeteilt am 17. Dezember 1998, aufzuheben, kann daher nicht eingetreten werden. Freilich entbindet dies das Kantonsgericht nicht davon, die materiellrechtliche Frage des Zustandekommens eines Werkvertrages auch im Berufungsverfahren eingehend zu prüfen. Im übrigen kann auf die Berufung, welche frist- und formgerecht eingereicht wurde, eingetreten werden.

2. a) Unbestritten ist, dass X. beabsichtigte, in A. eine grössere Landfläche mit insgesamt sechsfünfzig Einfamilienhäusern zu überbauen. Das Bauvorhaben sollte den Namen EFH-B. tragen. Einigkeit besteht auch darüber, dass zwischen der Y. und X. im Winter und Frühjahr 1995, namentlich am 21. und am 27. Februar 1995, Vertragsverhandlungen geführt wurden. Fest steht sodann, dass ein schriftlicher Werkvertrag nie abgeschlossen wurde. Zu prüfen bleibt, ob zwischen den Parteien mündlich ein Werkvertrag abgeschlossen wurde. Die Beweislast für das Zustandekommen des Vertrages trägt gemäss der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB der berufungsbeklagte Unternehmer, welcher sich hierauf beruft.

b) Der Werkvertrag ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden. Grundsätzlich kann er also auch durch mündliche oder stillschweigende Erklärung gültig abgeschlossen werden (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, N. 406). Die Parteien können aber für den Abschluss ihres Werkvertrages die Anwendung einer bestimmten (z.B. schriftlichen) Form vorbehalten haben. Trifft dies im Einzelfall zu, so wird nach Art. 16 Abs. 1 OR vermutet, dass sie nicht verpflichtet sein wollen, bevor die vertraglich vorbehaltene Form erfüllt ist. Die Formabrede, worin die Parteien sich auf die Verwendung einer bestimmten Vertragsform einigen, kann ausdrücklich oder stillschweigend und auch dadurch getroffen werden, dass die Parteien auf eine einschlägige Übung verweisen. Der blosse Bestand einer von den Parteien nicht übernommenen Übung, wonach Werkverträge der betreffenden Form z.B.

schriftlich abgeschlossen werden, begründet jedoch in keinem Fall die Formbedürftigkeit des konkreten Vertrages (Gauch, a.a.O., N. 414 mit Hinweisen). Die Tatsache, dass bei einem Werkvertrag, welcher ein grösseres Bauvorhaben betrifft, die schriftliche Form nicht beachtet wurde, kann für das Fehlen einer Willensübereinstimmung sprechen. Auch nach dem vom Berufungskläger zitierten Autor Reber (vgl. Plädoyer S. 5; Hans J. Reber, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, Zürich, 1983, S. 22) geht aber die Auffassung, bei der Errichtung grosser Bauwerke sei der Vorbehalt des schriftlichen Abschlusses als stillschweigender Parteiwille zu vermuten, zu weit. Gegen eine solche Vermutung spricht namentlich auch die verbreitete Usanz, dass die Vertragsurkunde wenn überhaupt häufig erst lange nach Baubeginn, bisweilen erst nach Abschluss der Bauarbeiten unterzeichnet wird. Dass dies auch heute noch so ist, bestätigt der unabhängige und mit den Gepflogenheiten vertraute Zeuge F. (ad 4, S. 2; Vorentscheid des Bezirksgerichtes Plessur vom 20. Oktober 1998, E. 4, S. 4 mit Hinweis auf Peter Gauch, Einige Fragen zum Bauvertrag, in: SJZ 1976 (72) S. 157). Die Vermutung des Art. 16 Abs. 1 OR rechtfertigt sich schliesslich nur, wenn die Parteien sich des vereinbarten Formvorbehaltes überhaupt bewusst sind. Vorformulierte Vorbehalte in den Allgemeinen Vertragsbedingungen vermögen die Vermutung nicht zu begründen, wenn sie global übernommen werden (Gauch, a.a.O., N.413f. mit Hinweisen).

Im konkreten Fall macht der Berufungskläger im Wesentlichen unter Hinweis auf das Offertdevis (KB 5) und das Protokoll der Vergebungsverhandlungen (BB 4) geltend, dass die Parteien für den Abschluss des Vertrages die Schriftform vorbehalten hätten. Für diese Behauptung ist er beweispflichtig (Art. 8 ZGB). Zwar trifft es zu, dass im Offertdevis, welches die Klägerin und Berufungsbeklagte dem

Bauherrn am 20. Januar 1995 unterbreitete, in der Position R 252.100 unter dem Titel „Termine“ festgehalten wird, dass die genauen Ausführungstermine anlässlich der Vergebungsverhandlungen vereinbart und im Werkvertrag festgehalten werden sollten. In der Position R 217 mit dem Titel „Vorbehalte“ ist aber von einem eigentlichen Vorbehalt der Schriftlichkeit nicht die Rede; als Vorbehalte aufgeführt werden lediglich das Erteilen „sämtlicher Bewilligungen“ und die „Verkäuflichkeit insbesondere der Etappe D“. Im Protokoll der Vergabeverhandlungen (BB 4) wird ein entsprechender Vorbehalt in Ziff. 8.2. angebracht, indem festgehalten wird, dass die Auftragserteilung vorbehalten bleibe und erst wirksam sei mit allseitiger Unterzeichnung des Werkvertrages. Der entsprechende Passus ist indessen einer der vorformulierten Teile des Protokolles, welches nur teilweise ausgefüllt und lediglich von der Bauleitung am 22. März 1995 unterzeichnet wurde. Gemäss Protokoll (BB 4) fanden die Vergebungsverhandlungen an zwei Tagen, nämlich am 21. Februar 1995 und am 27. Februar 1995 statt, wobei an beiden Tagen C. für die Unternehmerin, X. als Bauherr sowie dessen Mitarbeiter D., welcher zumindest teilweise auch das Protokoll ausfüllte, für die Bauleitung teilnahmen. Nur am 21. Februar 1995 war M. für die Bauleitung anwesend. Als Zeuge sagte D. aus, dass Vergabeverhandlungen nach Einholung verschiedener Offerten in ihrem Büro eine Routineangelegenheit sei. Sie würden nach einer vorbereiteten Checkliste vorgehen und ein umfassendes Protokoll erstellen, in welchem Konditionen, Rabatte, Skonti und Termine aufgenommen würden. Zu Beginn der Verhandlungen werde ein von ihrem Büro vorbereitetes, aber nicht ausgefülltes Vergabeprotokoll auf den Tisch gelegt. Dieses Protokoll werde dann von ihm oder vom Bauführer ausgefüllt. Sofern Preis- oder andere Verhandlungen an der Vergabesitzung selber zum Abschluss gebracht würden, werde das Protokoll an Ort und Stelle unterzeichnet. Müsse z.B. der Unternehmer noch über eine letzte Rabattgewährung Rücksprache halten oder noch einmal darüber schlafen, so werde so verfahren, dass nach Bekanntgabe des Rabattes das Protokoll ergänzt und dem Unternehmer zur Unterzeichnung zugestellt werde. Allerspätestens beim Vertragsabschluss werde der Unternehmer aufgefordert, dieses Protokoll nebst dem Werkvertrag zu unterzeichnen, denn bei ihrer Firma sei es Usus, dass dieses Protokoll am Ende des Werkvertrages dem ganzen Plie beigeheftet werde (ad 3, S. 2). Vom konkreten Protokoll hatten nach Aussage des Zeugen D. alle Parteien Kenntnis. Ob dieses Protokoll allen ausgehändigt wurde, konnte er jedoch nicht angeben (ad 4, S. 3). Wie der Zeuge D. weiter ausführte, waren die Verhandlungen am 27. Februar 1995 noch nicht definitiv abgeschlossen, dies sei erst im März 1995 geschehen (ad 7, S. 4). Weitere Zeugenaussagen, welche über die konkreten Verhandlungen Auskunft geben könnten, existieren nicht.

Aufgrund der erwähnten Beweismittel ist nach der Auffassung des Kantonsgerichts davon auszugehen, dass X. mit seiner Offerte und der vorformulierten Klausel im Vergabeprotokoll vorgeschlagen hat, einen schriftlichen Werkvertrag abzuschliessen. Es ist aber weder rechtsgenüglich nachgewiesen, dass dieser Vorschlag von der Gegenseite angenommen und damit ein Formvorbehalt vereinbart wurde noch bestehen irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass der Formvorbehalt Bedingung für den Abschluss eines Werkvertrages gewesen wäre (vgl. Theodor Bühler, Zürcher Kommentar zum OR, Bd. V 2d, 3. Aufl., Zürich 1998, N. 29 zu Art. 363 OR zum verhandelten Vertrag). Allein aus dem Umstand, dass es sich um ein grösseres Bauvorhaben handelt, lässt sich, wie oben ausgeführt wurde, ein Formvorbehalt nicht ableiten. Insbesondere die Tatsache, dass die Parteien unbestrittenermassen (Prozessingabe S. 3 Ziff. 1, Prozessantwort S. 2 Ziff. 2) seit Jahren miteinander in Geschäftsbeziehungen standen und sich dadurch ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis gebildet hatte, spricht im konkreten Fall gegen den Vorbehalt der Schriftlichkeit. Hinzu kommt, dass zwischen den Vertragsverhandlungen, welche am 21. Februar 1995 und am 27. Februar 1995 stattfanden und dem ursprünglich geplanten Baubeginn am 3. April 1995 (KB 5, Terminplan im Anhang zur Offerte; Zeuge N., S. 2 ad 3) eine relativ kurze Zeitspanne lag und mit den Vorbereitungsarbeiten unverzüglich begonnen werden musste. Die zeitliche Dringlichkeit lässt ebenfalls eher auf einen mündlichen Vertragsabschluss schliessen. Am 27. Februar 1995 waren die Vertragsverhandlungen noch nicht definitiv abgeschlossen (Zeuge D., ad 7, S. 4). Wenig später telefonierten X. und C. wegen des Projekts B. miteinander, über das genaue Datum und den Inhalt dieses Gesprächs gehen die Meinungen jedoch auseinander. Die Y. begann in der Folge nachweislich mit den Vorbereitungsarbeiten für die Überbauung B.. So war E. als Bauführer und technischer Beauftragter bereits im März und April 1995 damit beschäftigt, den Baubeginn vorzubereiten (KB 19 und 20; Zeuge E., S. 1 ad 2). Auf den geplanten Baubeginn hin wurden Arbeitsverträge mit neun portugiesischen Arbeitern abgeschlossen (KB 16), es wurde Material bestellt (KB 23) und es wurden Vorbereitungsarbeiten für die elektrische Installation des Bauplatzes gemacht (KB 23, Zeuge E., ad 6, S. 2). X. seinerseits teilte F., mit dem er vorher intensiv verhandelt hatte, mit, dass der Auftrag der Y. erteilt worden sei (Zeuge F., ad 1, S. 3). Dass anfangs März demgegenüber mit anderen Bauunternehmungen noch Verhandlungen geführt wurden, wie der Berufungskläger einwendet, ist nicht nachgewiesen (Zeuge G., Bauführer bei der O. AG, S. 2 ad 6). Dieses Verhalten der Parteien ist ein weiteres Indiz dafür, dass beide davon ausgingen, dass mündlich ein Vertrag zustandegekommen ist. Der Berufungskläger vermag jedenfalls den rechtsgenügli-chen Nachweis, dass ein Formvorbehalt vereinbart worden ist beziehungsweise dass der Formvorbehalt Bedingung für den Abschluss eines Werkvertrages gewesen

wäre, nicht zu erbringen. Er hat die Folgen dieser Beweislosigkeit zu tragen. (Art. 8 ZGB).

c) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungskläger, soweit er für den Werkvertrag sinngemäss die Form der öffentlichen Beurkundung zu verlangen scheint, weil die Parteien zusätzlich zum Werkvertrag die Übernahme eines Hauses in der B. durch die Unternehmerin vereinbart hätten.

Es trifft zu, dass die Parteien übereingekommen sind, neben dem Werkvertrag einen Kaufvertrag über eines der zu errichtenden Häuser sowie über einen überdeckten Autoabstellplatz abzuschliessen. Dies hat die Berufungsbeklagte anlässlich der Hauptverhandlung vor Kantonsgericht bestätigt. Die beiden Verträge sind als zusammengesetzte Verträge zu qualifizieren, welche nach dem Willen der Parteien zwei an sich selbständige Verträge in der Weise verkoppeln, dass sich diese wie Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Die Verträge folgen dabei ihren eigenen Regeln; der Grundstückkauf bedarf mithin der öffentlichen Beurkundung, während der Werkvertrag auch durch mündliche oder stillschweigende Erklärung gültig abgeschlossen werden kann (Gauch, a.a.O., NN. 329, 406ff.). Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn - was hier nicht zutrifft - für die Werkleistung und für das Grundstück eine einzige Gesamtvergütung vereinbart wurde oder es sich um einen reinen Grundstückverkauf handeln würde, bei dem auch das künftige Bauwerk als Kaufgegenstand miterfasst würde (Gauch, a.a.O., N. 408-412; vgl. BGE 117 II 259 ff.).

Wohl hängt bei den zusammengesetzten Verträgen der Bestand des einen Vertrages grundsätzlich von der Gültigkeit des anderen ab (Gauch, a.a.O., N. 329). Es versteht sich aber von selbst, dass diese beiden Verträge nicht gleichzeitig abgeschlossen werden müssen. Im vorliegenden Fall ging es angesichts der zeitlichen Dringlichkeit offensichtlich zunächst darum, die Einzelheiten des Werkvertrages zu vereinbaren. Dies ist namentlich aus der Offerte (KB 5) und dem Vergabeprotokoll (BB 4) ersichtlich. Wie die Zeugenaussagen belegen, war es beiden Parteien klar, dass später ein öffentlich zu beurkundender Kaufvertrag für ein bestimmtes Einfamilienhaus samt einem überdeckten Autoparkplatz zu einem ebenfalls bereits bestimmten Preis abgeschlossen würde (Prozessantwort S. 3; Zeugen N., S. 2 ad 3; Zeuge G., S. 2 ad 3, D., S. 4 ad 6). Dasselbe galt im übrigen auch für andere Unternehmer. Insbesondere hätten gemäss Zeugenaussage von D. (Zusatzfrage S. 6 unten) auch die Architekten ein Haus übernehmen müssen; auch dieser Kaufvertrag wäre später abgeschlossen worden. Zum Abschluss des Kaufvertrages zwischen X. und der Y. kam es nur deshalb nicht, weil der Besteller vorher vom Werkvertrag zurückgetreten war und die Überbauung nicht realisiert wurde. Aus der Tatsache, dass der Kaufver-

trag (noch) nicht rechtsgültig abgeschlossen worden war, kann unter diesen Umständen nicht auf die Formungültigkeit des Werkvertrages geschlossen werden.

d) Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, wonach zwischen den Parteien ein Werkvertrag zustande gekommen ist, neben den oben ebenfalls erwähnten Anhaltspunkten in erster Linie auf das Schreiben der Y. an X. vom 6. April 1995 (KB 29). Sie qualifiziert diesen Brief als Bestätigungsschreiben, dem der Besteller nicht widersprochen habe, weshalb der Vertrag mit dem bestätigten Inhalt zustande gekommen sei. Das Schreiben lautet im Wesentlichen wie folgt:

*„EFH RESIDENZ B. A.
Ihr Telefon vom 5. April 1995 bezüglich Verzögerung Bauarbeiten.*

Sehr geehrter Herr P.

Am 3. März 1995 haben Sie mündlich mit der Y., Chur, einen Werkvertrag über die Baumeisterarbeiten in obgenannter Überbauung abgeschlossen. Die Vertragssumme beträgt Fr. 3'388'813.40 netto (Konditionen 4% Rabatt, 2 % Skonto, MwSt inbegriffen.) Dabei wurde vereinbart, die Baumeisterarbeiten Montag, 3. April 1995 aufzunehmen.

Aufgrund des Werkvertrages hat die Y. sämtliche notwendigen Vorkehrungen getroffen, um ihren Verpflichtungen rechtzeitig nachzukommen

.....Die Y. hat, angesichts des Vertrages und der ihr daraus entstehenden Verpflichtungen, ihre Aquisitionsanstrengungen und Personalplanungen entsprechend ausgerichtet.

Am 29. März 1995 haben Sie der Y. mitgeteilt, die Arbeit werde eine Woche später, d.h. am 10. April 1995 begonnen.....Gestern hat der Linksunterzeichnete (C.) von Ihnen erfahren, dass Sie wohl an Vertrag und Projekt festhalten, indessen die Arbeiten auf unbestimmte Zeit aufschieben. Mögen die von Ihnen geltend gemachten Gründe (Probleme mit dem WEG und mit der Finanzierung potentieller Käufer - noch nachvollziehbar sein, fällt es der Y. angesichts der bereits getätigten Investitionen und der laufenden Kosten.....nicht leicht, eine weitere Verzögerung einfach hinzunehmen.....

Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass es der Y. aus Kostengründen nicht möglich sein wird, sich die ganze Bausaison über für diesen Auftrag ständig abrufbar zu halten, wenn der Arbeitsbeginn ungewiss ist.

Wirhoffen, die Bauarbeiten bald in Angriff nehmen zu können.....

Y. Chur“

Der Berufungskläger macht unter Hinweis auf PKG 1997 Nr. 5 und PKG 1996 Nr. 9 zunächst geltend, das Bezirksgericht habe die Verhandlungs- und Eventual-

maxime verletzt, indem es diesen Brief als Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Bedeutung qualifiziert habe. Die Berufungsbeklagte habe in ihren Rechtsschriften nämlich nirgends eine entsprechende Behauptung aufgestellt.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte hat in der Prozesseingabe behauptet, dass die Parteien anlässlich eines Telefongesprächs einen Werkvertrag über die Residenz B. abgeschlossen hätten (Ziff. 3, S. 5). Sie hat sodann im einzelnen dargelegt, welche Aufwendungen im Hinblick auf die Realisierung des Projektes vorgenommen wurden (Ziff. 4, S. 5-8). Indem ausgeführt wird, man habe X. mit Schreiben vom 6. April 1995 auf die bereits getätigten Investitionen aufmerksam gemacht und angezeigt, weitere Verzögerungen nicht einfach hinnehmen zu wollen (Ziff. 6, S. 9), wird in der Prozesseingabe zwar in der Tat nicht mit der an sich wünschbaren Deutlichkeit behauptet, dass der mündlich abgeschlossene Vertrag mit dem Schreiben vom 6. April 1995 bestätigt worden sei. Mit der Wiedergabe eines Teils dieses Briefes, welcher gleichzeitig als Beweismittel angeboten wird, wird aber zumindest indirekt auf den mündlichen Vertragsabschluss und auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen Bezug genommen. Damit ist nach Auffassung der Zivilkammer ein genügendes Fundament für das Bestätigungsschreiben behauptet. Ob diesem bloss die Funktion eines Beweismittels, mithin eines Indizes für den Abschluss und den Inhalt des bestätigten Vertrages zukommt (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bd.I, 7. Aufl., Zürich 1998, N. 1161) oder ob es rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung entfaltet (a.a.O., N. 1163), ist keine Tatsachenbehauptung, welche rechtzeitig in den Rechtsschriften geltend gemacht werden müsste (Art. 117 Abs. 1 ZPO, Art. 118 ZPO i.V.m. Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO und Art. 87 Abs. 3 ZPO), sondern eine Rechtsfrage, welche das Gericht in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* (Art. 117 Abs. 2 ZPO) zu entscheiden hat.

Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, handelt es sich beim Brief der Berufungsbeklagten an den Berufungskläger vom 6. April 1995 zweifellos um ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr (vgl. E. 6, S. 5 des Vorentscheides vom 20. Oktober 1998; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, a.a.O., N. 1159). In dieser schriftlichen Erklärung teilt die Erklärende, die Y., dem Empfänger X. nämlich mit, er habe mit ihr den in der Erklärung umschriebenen mündlichen Vertrag, nämlich einen Werkvertrag über die Baumeisterarbeiten für die Einfamilienhaus B. in A. mit einer Vertragssumme von Fr. 3'388'813.40 netto (Konditionen 4% Rabatt, 2% Skonto, MwSt inbegriffen) abgeschlossen. Dieses Bestätigungsschreiben erfüllt in rechtlicher Hinsicht auf jeden Fall die Funktion eines Beweismittels. Die Bestätigung bildet ein Indiz für den Abschluss und den Inhalt des bestätigten Vertrages. Gegenüber dem

Empfänger X. spricht eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit des Bestätigungsschreibens. Er hat auf den Brief unbestrittenermassen nicht reagiert, obwohl ihm dies zuzumuten gewesen wäre. So hätte er bereits damals das Zustandekommen des Vertrages bestreiten und sich beispielsweise auf die im Prozess behauptete Formbreite berufen können (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, a.a.O., N. 1161 mit Hinweisen; Eugen Bucher in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 2. Aufl., Basel 1996, N. 22 zu Art. 6 OR). Der Berufungskläger bringt nichts vor, was die Vermutung zu widerlegen vermöchte. Die oben (E. 2 b) dargelegten Indizien, nämlich die Offerte und das Vergabeprotokoll (KB 5; BB 4; vgl. auch BB 5), welche bezüglich des geschuldeten Werks und der Vergütung weitgehend mit dem bestätigten Vertragsinhalt übereinstimmen, das Vertrauensverhältnis, welches zwischen den Parteien herrschte, die zeitlichen Dringlichkeit im Hinblick auf den ursprünglich geplanten Baubeginn sowie das Verhalten beider Parteien nach den Vergabeverhandlungen bestätigen die Vermutung vielmehr. Nicht stichhaltig ist auch der Einwand, dass das Einspracheverfahren anfangs März noch lief. Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, ist ohne Baubewilligung nur das Bauen verboten. Dass der Werkvertrag im konkreten Fall vor Erhalt der Bewilligung abgeschlossen wurde, ist angesichts des ursprünglich geplanten Baubeginns und des gedrängten Bauprogrammes plausibel. Am 6. April 1995, am Tag, an dem das Bestätigungsschreiben verfasst wurde, lag der Baubescheid im übrigen vor. Der Berufungskläger konnte den Nachweis nicht erbringen, dass anfangs März noch Verhandlungen mit anderen Bauunternehmern geführt wurden. Ob die Vergabe anderer Arbeitsgattungen noch im Gang war, ob entsprechende Werkverträge bereits unterzeichnet waren und ob sonst jemand Schadenersatzforderungen gestellt hat oder nicht, spielt für die Beurteilung der Frage, ob zwischen den Parteien ein Werkvertrag zustande kam, keine Rolle. Aufgrund einer Würdigung all dieser Beweismittel gelangt die Zivilkammer zum Schluss, dass der behauptete Werkvertrag mit dem im Schreiben vom 6. April 1995 bestätigten Inhalt zustandegekommen ist.

Ginge man entgegen dieser Auffassung mit dem Berufungskläger davon aus, dass der Werkvertrag im Anschluss an die Vergabeverhandlungen anlässlich des Telefongesprächs zwischen X. und C. nicht oder jedenfalls nicht mit dem am 6. April 1995 bestätigten Inhalt zustandegekommen ist, stellt sich die Frage nach der konstitutiven Wirkung dieses Bestätigungsschreibens. Es gilt der Grundsatz, dass dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben, dem nicht innert angemessener Frist widersprochen wird, rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung zukommt, weshalb der Vertrag mit dem bestätigten Inhalt gilt (Gauch/Schluép/Schmid/Rey, a.a.O., N. 1162 mit Hinweisen). Die rechtserzeugende Kraft des Bestätigungsschreibens kann sich dabei gemäss BGE 114 II 251 f. nur aus dem Grundsatz der Vertrauenshaftung

ergeben, welcher sich der Empfänger aussetzt, wenn er schweigt, obwohl er an sich allen Anlass hätte, sich dem Schreiben zu widersetzen. Der Schutz des berechtigten Vertrauens der Absenderin oder des Absenders setzt voraus, dass die Parteien über den bestätigten Vertrag überhaupt verhandelt haben und dass das Bestätigungsschreiben unmittelbar nach Abschluss der Verhandlungen dem Empfänger zugesandt oder übergeben wird. Der Schutz der Absenderin entfällt, wenn das Bestätigungsschreiben vom Verhandlungsergebnis derart abweicht, dass nach Treu und Glauben nicht mehr mit dem Einverständnis des Empfängers gerechnet werden darf. Dies beurteilt sich nach einem objektiven Massstab, hängt also nicht von der subjektiven Einstellung der Absenderin ab, es ist mithin unerheblich, ob sogar eine bewusste Falschbestätigung vorliegt (BGE 114 II 252; Gauch /Schluep/Schmid/Rey, a.a.O. N. 1164, N1168 mit Hinweisen, N. 1170; zur von Gauch, a.a.O., N. 1173ff. mit überzeugender Begründung abgelehnten Konsensualtheorie, wonach dem Bestätigungsschreiben materielle, rechtsgestaltende Kraft zukommt, weil es als Offerte zu qualifizieren ist, deren widerspruchslose Entgegennahme als stillschweigende Annahme im Sinne von Art. 6 OR zu deuten ist; vgl. Eugen Bucher in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 2. Aufl., Basel 1996, N. 23 zu Art. 6 OR und die dort zitierte deutsche Praxis).

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Parteien über einen Werkvertrag betreffend Baumeisterarbeiten in der B. verhandelt haben. Der bestätigte Werkvertragsgegenstand stimmt mit dem verhandelten überein, der Werklohn weicht nur geringfügig ab. Ein Formvorbehalt war nicht vereinbart worden (vgl. oben E. 2b). Gemäss Prozesseingabe (Ziff. 3 S. 5) fand das Telefongespräch zwischen C. und X., an dem es zum Vertragsabschluss gekommen sein soll, am 28. Februar 1995 statt, bestätigt wurde ein Vertragsabschluss vom 3. März 1995 (KB 29). Aus der Aussage des Zeugen D. (S. 4, ad 7) geht weiter hervor, dass die Verhandlungen am 27. Februar 1995 noch nicht beendet waren und erst im Monat März abgeschlossen wurden. Auch wenn sich das genaue Datum des Vertragsabschlusses damit nicht eruieren lässt, steht fest, dass das fragliche Gespräch im Anschluss an die Vergabeverhandlungen in den letzten Februar- oder in den ersten Märztagen stattfand. Es erscheint plausibel, dass sich die Parteien an das genaue Datum des Telefons im Nachhinein nicht zu erinnern vermögen. Von einem Bestätigungsschreiben, welches vom Vertragsergebnis wesentlich abweicht, kann deswegen auf jeden Fall keine Rede sein. Eine erhebliche Abweichung zwischen Vereinbartem und Bestätigtem kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass das Bestätigungsschreiben insofern unvollständig ist, als darin nicht festgehalten wird, dass sich die Berufungsbeklagte im Gegenzug verpflichtete, ein Einfamilienhaus mit Autoabstellplatz in der Überbauung B. zum festgelegten Preis zu übernehmen. Gegenstand und Konditionen dieses

Kaufvertrages waren von Anfang an für beide Parteien klar und unbestritten; ebenso war den Beteiligten bewusst, dass der Kaufvertrag zu einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen würde. Für eine Bestätigung gab es bei diesem Teil des zusammengesetzten Vertrages keinen Anlass. Angesichts der langjährigen Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien und der verbreiteten Gepflogenheit, sich auf das Wort des Geschäftspartners zu verlassen, wurde zunächst auch der Werkvertrag nicht bestätigt. Erst als der Unternehmerin am 29. März 1995 ein Vershub der Bauarbeiten um eine Woche angekündigt worden war, sich also Schwierigkeiten abzuzeichnen begannen (vgl. Bestätigungsschreiben; KB 29; vgl. Zeuge N., S. 2 ad 3), sah sie sich angesichts der von ihr bereits getätigten Investitionen veranlasst, ein Bestätigungsschreiben zu verfassen, was sie auch innert angemessener Frist getan hat. Unter diesen konkreten Umständen vermag nach Auffassung der Zivilkammer die Tatsache, dass dem Empfänger das Bestätigungsschreiben nicht unmittelbar nach Abschluss der Verhandlungen zugestellt wurde, nichts am Schutz des berechtigten Vertrauens der Absenderin zu ändern. Selbst wenn man somit entgegen der Auffassung der Zivilkammer mit dem Berufungskläger davon ausgehen würde, dass vorher mündlich kein rechtsgültiger Vertrag zustandegekommen ist, käme dem Bestätigungsschreiben vom 6. April 1995 rechtserzeugende Wirkung zu. Der Vertrag ist nach dieser Auffassung mit Datum des Bestätigungsschreibens und dem darin umschriebenen Inhalt zustandegekommen.

3.a) Für den Fall, dass das Zustandekommen eines mündlichen Vertrages bejaht würde, macht der Berufungskläger geltend, es seien Bedingungen vereinbart gewesen, welche sich nicht erfüllt hätten. Voraussetzung für die Realisierung des Projektes seien gemäss Offertdevis einerseits die Erteilung sämtlicher Bewilligungen sowie die Verkäuflichkeit gewesen. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO; Urteil vom 23. Mai 2000, E. 1 b, c und) S. 4ff.). Bereits in der von der Klägerin und Berufungsbeklagten anerkannten Offerte (KB 5, BKP 000/ S. 005, Ziff. R 217.200 und S. 012) bezog sich der Vorbehalt der Verkäuflichkeit nach dem Wortlaut insbesondere auf die Etappe D. Gemäss dem Protokoll einigten sich die Parteien in den anschliessenden Vergabungsverhandlungen (BB 4; S. 7 Ziff. 7, Besondere Vereinbarungen; handschriftliche Ergänzung in Ziff. 7.2) noch präziser darauf, dass die Auftragserteilung über alle Baustapen A/B/C und D erfolge, wobei die Realisierung der Etappe D zurückgestellt wurde. Der Vorbehalt der Verkäuflichkeit wurde damit nur für diese Etappe aufrecht erhalten. Was den generellen Vorbehalt der Erteilung sämtlicher Bewilligungen betrifft, ist ein solcher zwar im allgemeinen Teil der vom Berufungskläger bzw. dessen Architekturbüro vorformulierten Offerte enthalten (KB 5, BKP 000, S. 004, R. 217.100). Anders als im unbestrittenermassen zu Stande gekommenen Vertrag mit

der H. bezüglich der Elektroanlagen (vgl. BB 1; S. 7 Ziff. 7.2 a) wurde dieser Vorbehalt in den „Besonderen Vereinbarungen“ im Protokoll der Vergabeverhandlungen aber nicht wiederholt (BB 4, S. 7 Ziff. 7). Bereits daraus ergibt sich, dass der Vorbehalt - wenn überhaupt - zumindest in dieser generellen Form nicht in den definitiven Werkvertrag übernommen wurde. Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die Parteien mit dem 3. April 1995 bereits einen konkreten Termin für den Arbeitsbeginn festlegten (BB 4, Ziff. 2.1) und die Grundzüge des revidierten Bauprogrammes regelten (Taktprogramm mit einer Rohbauzeit von neun Wochen pro Doppelhaus und Etappen von einem Doppelhaus pro Woche; BB 4, Ziff. 2.2ff., S. 2f.). Daraus zieht sie zu Recht den Schluss, dass eine solche kurzfristige Ansetzung des Arbeitsbeginns völlig unverständlich wäre, wenn die Verbindlichkeit des Werkvertrages von der Erteilung verschiedener, nicht näher spezifizierter Bewilligungen hätte abhängen sollen. Insbesondere ergeben sich aus den Akten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Finanzierung des Bauprojekts bei den Vertragsverhandlungen je zur Sprache gekommen war geschweige denn dafür, dass X. den Werkvertrag nur unter dem Vorbehalt der Erteilung einer Bewilligung nach WEG abschliessen wollte. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers kann auch keine Rede davon sein, dass die Y. einen solchen Vorbehalt mit ihrem Schreiben vom 6. April 1995 (KB 29) anerkannt hätte. Die Formulierung, wonach die von Seiten des Bestellers - nach dem Vertragsabschluss geltend gemachten - Gründe für den Verschub des Baubeginns, nämlich Probleme mit dem WEG und mit der Finanzierung potentieller Käufer, noch nachvollziehbar sein möchten, eine weitere Verzögerung angesichts der bereits getätigten Investitionen aber nicht einfach hingenommen werden könne, zeigt im Gegenteil, dass die Unternehmerin von einem gültig erfolgten mündlichen Vertragsabschluss ausging. Dies hielt sie im ersten Satz dieses Briefes auch unmissverständlich fest. Sie drängte auf eine Inangriffnahme der Bauarbeiten, rechnete zu diesem Zeitpunkt also damit, dass das Bauvorhaben mit einer gewissen Verzögerung realisiert, der Vertrag also erfüllt würde. Folgerichtig äusserte sie sich nicht zu den Rechtsfolgen eines Vertragsrücktrittes, namentlich nicht zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses. Aus dem Umstand, dass im Schreiben vom 6. April 1995 von bereits getätigten Investitionen und laufenden Kosten die Rede ist, kann der Berufungskläger nichts für sich ableiten. Das Bezirksgericht Plessur weist sodann darauf hin, dass sich der Beklagte und Berufungskläger erstmals anlässlich der zweiten Hauptverhandlung auf die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vorbehalte berief. Dies lässt in der Tat den Schluss zu, dass er den Vorbehalten bei Vertragsabschluss nicht diejenige Bedeutung zumass, welche er im Gerichtsverfahren beimessen will. Ebenfalls gefolgt werden kann der Vorinstanz, wenn sie ausführt, dass die extensive Auslegung, wonach der Abschluss des Werkvertrages von der Erteilung verschie-

denster, nicht näher spezifizierter Bewilligungen abhängig gemacht worden sein soll, dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht. Keine vernünftige Unternehmerin würde sich einer derartigen Regelung unterwerfen, welche zur Folge hätte, dass sie unter Umständen während Monaten oder Jahren in ständiger Ausführungsbereitschaft auf die Erfüllung des Werkvertrages warten müsste. Dies zeigt gerade das Schreiben der Y. vom 6. April 1995. Der Einwand des Berufungsklägers, wonach die Parteien Bedingungen vereinbart hätten, welche sich nicht erfüllt hätten, erweist sich demnach als unbegründet.

b) Mit der Vorinstanz gelangt die Zivilkammer damit zum Schluss, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag zustande gekommen ist, welcher für die Etappen A bis C weder von der Verkäuflichkeit noch von der Erteilung sämtlicher Bewilligungen, namentlich von der Bewilligung nach WEG abhängig gemacht wurde. Die Rechtsfolgen der Vertragsauflösung durch den Beklagten und Berufungskläger richten sich demnach ausschliesslich nach Art. 377 OR (Art. 229 Abs. 3 ZPO; Beurteil des Bezirksgerichts Plessur vom 16. März 1999, E. 2, S. 3 ff). Der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten sämtliche bereits erbrachten Aufwendungen für die Vertragserfüllung zu vergüten und ihr den Schaden im Sinne des positiven Vertragsinteresses zu ersetzen (Art. 229 Abs. 3 ZPO; Beurteil des Bezirksgerichts Plessur vom 16. März 1999, E. 3 b) und c), S. 5f.; Urteil vom 23. Mai 2000, E. 1 e), S. 6). Für den Fall, dass das Kantonsgericht das Vorliegen eines gültigen Werkvertrages bejahen würde, ging auch der Rechtsvertreter des Berufungsklägers vor Schranken hiervon aus. Er beanstandete indessen die Schadensberechnung durch den Experten und die Vorinstanz und verlangte die Einholung einer Oberexpertise.

4.a) Nach Art. 195 ZPO kann das Gericht, wenn es ein Gutachten nicht für genügend hält, sowohl von Amtes wegen als auch auf Antrag der Parteien eine Oberexpertise anordnen. Ebenso kann es über dunkel gebliebene Punkte eines Gutachtens Erläuterungen verlangen. Eine Verbesserung ist etwa dann angezeigt, wenn der Experte von einem unrichtigen oder prozessual unbeachtlichen Sachverhalt ausgegangen ist oder wenn sich seine Schlussfolgerungen mangels Begründung nicht überprüfen lassen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen ZPO, 3. Aufl., Zürich 1997, N. 3 zu § 181 ZPO ZH). Ein neues Gutachten ist dann anzuordnen, wenn das erste trotz erfolgter Verbesserung nicht genügt oder eine Verbesserung zum vornherein keinen Erfolg verspricht. Entscheidend ist, ob das Gericht das vorliegende Gutachten als ungenügend betrachtet, sei es, dass dem Gutachter die nötige Unbefangenheit abgeht, sei es, dass sein Gutachten aus anderen Gründen nicht zu überzeugen vermag. Das Gericht darf von einer neuen Begutachtung absehen, wenn es die vorliegenden Mängel selbst beheben kann, so wenn die fachlichen

Feststellungen überzeugen und nur die Schlüsse unzutreffend sind. Anlass zu einer weiteren Expertise besteht nicht schon dann, wenn ein anderer Experte möglicherweise zu anderen Schlüssen gelangt. Mit der Ablehnung eines Antrages auf Anordnung eines neuen Gutachtens wird das richterliche Ermessen nur dann überschritten, wenn das vorliegende Gutachten offensichtliche Mängel aufweist bzw. die Ablehnung aus offensichtlich unzureichenden Gründen erfolgt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 5 zu § 181 ZPO ZH mit Hinweisen, vgl. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 351 f., Anm. 15).

b) Soweit der Berufungskläger in seinem Plädoyer (S. 16, 2.a)) zunächst einwendet, der Experte hätte angesichts der schlechten Arbeitslage im Winter 94/95 den von der Gegenpartei in der Prozesseingabe behaupteten entgangenen Gewinn von Fr. 800'000.--, mithin von rund 25 % der Nettoauftragssumme, zum Vornherein in Frage stellen müssen, schlägt sein Einwand offensichtlich fehl. Der Experte hat die in der Prozesseingabe unter dem Titel „entgangener Gewinn“ aufgeführten Positionen nämlich keineswegs unbesehen übernommen, sondern die geltend gemachten Positionen auftragsgemäss im Einzelnen überprüft (Mieteinnahmen S. 12 und S. 22 ad 9c); Deckungsbeiträge S. 4-8., Gewinn S. 9f; S. 13; überzählige Arbeitskräfte S. 10) und jeweils begründet, weshalb er durchwegs ganz erheblich niedrigere Beträge als gerechtfertigt erachtete (vgl. S. 11 ff.). So reduzierte er beispielsweise den behaupteten Gewinn von 6.81% der Selbstkosten oder Fr. 187'923.-- um Abzüge, Rabatte und Skonti und errechnete einen kalkulierten Gewinn von Fr. 30'798.-- (S.9f.). Unter Berücksichtigung der Wertkorrektur aufgrund der Verpflichtung zur Übernahme eines Hauses zu einem Fr. 33'000.-- über dem Verkehrswert liegenden Preis kam er effektiv zu einem kalkulierten Verlust von Fr. 2'201.--. Dem Experten kann somit nicht vorgeworfen werden, er sei gegenüber den klägerischen Vorgaben unkritisch oder gar befangen gewesen.

c) Die Fachkompetenz des Experten, den der Berufungskläger am 14. Mai 1999 selbst vorgeschlagen hat, wird zu Recht nicht angezweifelt. Dagegen wird geltend gemacht, der Gutachter habe einen überwiegenden Teil seiner Zeit zur Beantwortung „klägerischer Fragen zu einem prozessual irrelevanten und unbestrittenen Themenkreis“ verwendet (Plädoyer S. 17, Ziff. 3). Dies trifft nicht zu. Der Experte listet zunächst die Grundlagen auf, welche er für das Gutachten vom 30. Dezember 1999 benutzt hat. Er beantwortet anschliessend sämtliche klägerischen und beklagischen Fragen und fügt in der kurzen Schlussbemerkung einen Vorbehalt bezüglich der Frage der Berücksichtigung der Etappe D an. Dieses Vorgehen entspricht seinem Auftrag und ist nicht zu beanstanden.

d) Der Inhalt der Expertise, auf welche die Vorinstanz bei der Schadensberechnung im Wesentlichen abgestellt hat, wird auch vom Berufungskläger weitgehend anerkannt. So werden gegen die Positionen „Direkter Aufwand vor/nach Vertragsrücktritt“ (Zusammenfassung Gutachten S. 13; sie entsprechen den vom Bezirksgericht zugesprochenen Schadensposten „bereits erbrachte Vorarbeiten“, „Leerstand in Massenunterkunft“ und „nicht kompensierbare Lohnkosten“, Urteil vom 23. Mai 2000, E. 3 a) - c) und e), S. 9-12, 14) und den vom Gutachter errechneten Verlust (Gutachten S. 9f., S. 14; Urteil S. 15) keinerlei Einwendungen vorgebracht. Auch bei der Berechnung des indirekten Aufwandes vor und nach dem Vertragsrücktritt (Gutachten S. 6-8) werden die Berechnungen des Deckungsbeitrages an die Verwaltung aus Materialkosten, aus Inventar und Betriebsmaterial, sowie aus Fremdleistung, welche auf den klägerischen Kalkulationen beruhen (KB 9, KB 10, KB 11 und KB 12; vgl. Expertise S. 6f., zu 2b) - 2d)), ausdrücklich anerkannt (Plädoyer S. 17). In all diesen Punkten wird auch die Begründung durch den Experten nicht kritisiert. Der Beklagte und Berufungskläger bestreitet einzig die - betragsmässig allerdings massgeblich ins Gewicht fallende - Position „Deckungsbeitrag an die Verwaltung aus Werklohn“, welche auf der Annahme von 30'500 Werkstunden (KB 8, Detailkalkulation Löhne, Gutachten S. 5 zu 2a)) basiert. Entsprechend zu korrigieren wäre seines Erachtens der gesamte Deckungsbeitrag an die Verwaltung (Gutachten S. 7, zu 2e), S. 12 und S. 13f.) und damit auch der Schadenersatzanspruch der Bauunternehmung. Er geht gemäss seinen eigenen Berechnungen aufgrund des prozentualen Anteils der Lohnkosten an der gesamten Auftragssumme gemäss dem Vergebungsverhandlungsprotokoll (BB 4) einerseits davon aus, dass die effektiv zu erwartenden Lohnkosten um rund Fr. 390'000.-- höher ausgefallen wären als behauptet und vom Experten bestätigt (Plädoyer S. 17 f.). Aufgrund des revidierten Bauprogrammes, der geplanten Mitarbeiterzahl, der durchschnittlichen Wochenarbeitszahl und des mittleren Stundenansatzes errechnet er andererseits die seines Erachtens für das Bauvorhaben erforderlichen rund 40'000 Werkstunden. Im Ergebnis laufen diese Berechnungen darauf hinaus, dass die Klägerin und Berufungsbeklagte wegen der angeblich falsch kalkulierten Lohnkosten keinen entgangenen Gewinn von rund Fr. 230'000.-- geltend machen könnte, sondern dass sie bei der Realisierung des Bauvorhabens einen Verlust von rund Fr. 160'000.--erlitten hätte.

Zu den Ausführungen des Rechtsvertreters des Berufungsklägers vor Schranken ist grundsätzlich zu bemerken, dass nicht bereits schon dann Anlass zur Anordnung einer weiteren Expertise besteht, wenn er selbst oder ein anderer Experte möglicherweise zu anderen Berechnungen und damit zu anderen Schlüssen gelangt bzw. gelangen würde als J. in seinem Gutachten vom 30. Dezember 1999. Mit der Ablehnung eines Antrages auf Anordnung eines neuen Gutachtens wird das richter-

liche Ermessen nur dann überschritten, wenn das vorliegende Gutachten offensichtliche Mängel aufweist bzw. die Ablehnung einer Oberexpertise aus offensichtlich unzureichenden Gründen erfolgt ((vgl. oben E.4a)).

Im Einzelnen ermittelte der Experte aufgrund der Kalkulation der Y. (KB 8) für alle vier Etappen einen Deckungsbeitrag an die Verwaltung aus Werklohn von Fr. 222'530.85 (S. 5 ad 2a). Auf S. 12 begründet er, weshalb der kalkulierte, infolge des kurzfristig vor Baubeginn erfolgten Vertragsrücktritts nicht überwälzbare Deckungsbeitrag grundsätzlich als entgangener Gewinn anzurechnen sei. Er hält sodann ausdrücklich fest, dass für diese Schadensposition eine exakte Berechnung nicht möglich sei, weshalb er sich auf das Expertenwissen aus der Branchenerfahrung, das Bauprogramm sowie die Planung des Mannschaftsverlaufs stützte. Die bleibende Lücke bzw. den Schaden schätzt er auf einen Drittel der im Werkvertrag kalkulierten Überwälzung des Deckungsbeitrags. Auf S. 16f. (zu 2) stellt er sodann fest, dass die kalkulierten Stunden mit 30'194.57 in KB 8 detailliert aufgeführt seien, was bei Basis-Lohnkosten von Fr. 637'881.10, multipliziert mit dem Faktor 1.981 (Zeile 929/KB 6) einen Betrag von Fr. 1'236'282.66 und einen Umsatz von Fr. 90.48 Stunden ergebe. Die von der Y. kalkulierte Anzahl Stunden erscheint dem Experten ausdrücklich als realistisch. Seines Erachtens sind die im Zuge der Vergebungsverhandlungen festgelegten Bauzeiten und die festgelegte durchschnittliche Belegschaft von 19 Mann plausibel, wobei er wiederum darauf hinweist, dass die durchschnittliche Belegschaft ein theoretischer Wert sei und die effektive Anzahl relativ stark schwanken könne. Er erachtet eine Minimalstundenzahl von 29'120 Stunden für alle vier Etappen bei einer Toleranz von +/- 5% bei bester Koordination für eine Kalkulation gerade noch als akzeptabel, weist aber auch hier ausdrücklich darauf hin, dass die entsprechenden Werte Erfahrungswerten von vergleichbaren Objekten entsprächen. Die Werte können seines Erachtens von Firma zu Firma, sogar von Polier zu Polier variieren (Expertise S. 18 ff., Insb. zu 5c), d) und e). Bei der Frage nach den für die Erfüllung des Werkvertrages erforderlichen Werkstunden (S. 20f., ad 6) hält er nochmals fest, dass dies keine exakt berechenbaren Werte seien, dass jedoch die kalkulierten Werte der Y., welche in einer vernünftigen Bandbreite liegen würden, übernommen werden könnten. Nach Auffassung der Zivilkammer sind diese Ausführungen und Berechnungen anhand der ursprünglichen Kalkulation der Bauunternehmung nachvollziehbar und die daraus gezogenen Folgerungen schlüssig. Auch wenn der Berufungskläger entsprechende Versuche anstellt, ist angesichts der Tatsache, dass das Projekt gerade nicht realisiert wurde, klar, dass weder er noch der Experte präzise angeben bzw. berechnen können, wie viele Stunden für die Ausführung des Werks erforderlich gewesen wären, wie hoch damit der Lohnkostenanteil gemessen am gesamten Vertragsvolumen gewesen wäre und welcher Anteil davon als im Werkvertrag kalkulierte

Überwälzung des Deckungsbetrages aus Werklohn zu berücksichtigen wäre. Das Gutachten ist auf jeden Fall nicht bereits deshalb mangelhaft, weil es auf den nach Auffassung des Experten im Rahmen liegenden Kalkulationen der Unternehmung (KB 8) beruht. Soweit sich der Rechtsvertreter des Bestellers bei seinen Berechnungen auf das Protokoll der Vergebungsverhandlungen (BB 4) stützt, ist zudem festzuhalten, dass dieses Protokoll unter anderem auch in Punkt 4.5 (Offertanteile) unvollständig ausgefüllt ist, weshalb nicht ohne weiteres darauf abgestellt werden kann. Das Protokoll wurde von der Unternehmerin im übrigen nicht unterzeichnet. Wo der Berufungskläger Vergleiche mit der Offerte des Konkurrenten F. anstellt (Plädoyer S. 17), ist ihm mit dem Gutachter (Expertise S. 16) entgegenzuhalten, dass ein aussagekräftiger Vergleich deshalb nicht möglich ist, weil von den Konkurrenzunternehmungen keine Detailkalkulationsunterlagen vorhanden sind. Was das geänderte Bauprogramm betrifft, hat der Experte in seinem Schreiben an den Bezirksgerichtsvizepräsidenten vom 14. März 2000 ausdrücklich festgehalten, dass die Beantwortung der massgeblichen Fragen unter Berücksichtigung der beklagischen Beilage „Kapazitätsnachweis gemäss Detail-Bauprogramm“ mit Datum vom 6. Mai 1999 (Balkendiagramm) zu keinem anderen Ergebnis führe. Der bezifferte Schaden bleibt mithin auch bei Berücksichtigung des geänderten Bauprogrammes gleich. Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urteil vom 23. Mai 2000, E. 2 b, S. 7f.). Ergänzend ist dazu festzustellen, dass der Berufungskläger in seinen Ausführungen vor Kantonsgericht ebenfalls nicht davon auszugehen scheint, dass sich das Terminprogramm wesentlich auf die erforderlichen Werkstunden auswirkt, gelangt er doch gemäss dem Programm gemäss Ausschreibung auf 41'480, nach revidiertem Programm auf 41'440 Werkstunden (Plädoyer S. 20).

Zusammenfassend stellt die Zivilkammer fest, dass das vorliegende Gutachten von J. ausreichend und nachvollziehbar begründet ist und keine offensichtlichen Mängel aufweist. Das Gericht hat keine Veranlassung, von der Expertise abzuweichen, auch wenn die darin ermittelten Werkstunden von den im Rahmen der Vergebungsverhandlungen angeführten abweichen sollten. Der Antrag auf Anordnung einer Oberexpertise wird demnach abgewiesen.

5.a) Die Schadensberechnung des Experten, welche nach der Additionsmethode und der Abzugsmethode zum selben Ergebnis führt und welche von der Vorinstanz übernommen wurde, wurde im Berufungsverfahren von beiden Parteien dem Grundsatz nach zu Recht anerkannt, so dass sich weitere Ausführungen dazu erübrigen (vgl. Urteil vom 23. Mai 2000, E. 3 S. 9 ff.). Zu prüfen bleibt einzig, ob auch der auf die Etappe D entfallende Anteil der Deckungsbeiträge - vom Experten auf 28 %

festgesetzt (vgl. S. 4 des Gutachtens) - in die Schadensberechnung einbezogen werden darf oder ob ein solcher Einbezug, wie der Berufungskläger geltend macht, wegen des hierfür geltend gemachten Vorbehalts der Verkäuflichkeit nicht statthaft ist.

b) Die Zivilkammer hat oben in E. 3.a) (S. 15) erkannt, dass in Bezug auf die Etappe D bereits in der Offerte (KB 5, BKP 000/S. 005, Ziff. R 217.200 und S. 012) ein Vorbehalt bezüglich der Verkäuflichkeit angebracht worden war. Dieser Vorbehalt wurde in den anschliessenden Vergabungsverhandlungen dahingehend präzisiert, dass die Auftragserteilung über alle Bauetappen A/B/C und D erfolge, wobei die Realisierung der Etappe D zurückgestellt wurde (BB 4; S. 7 Ziff. 7, Besondere Vereinbarungen; handschriftliche Ergänzung in Ziff. 7.2). Der Vorbehalt der Verkäuflichkeit wurde damit nur, aber immerhin für diese Etappe aufrecht erhalten. Die Realisierung dieser letzten Etappe D konnte mit anderen Worten im Unterschied zu den übrigen Etappen nur unter der Bedingung erfolgen, dass die einzelnen Einheiten verkäuflich waren; nur beim Eintritt dieser Bedingung wäre der Werkvertrag auch für diese letzten Einheiten wirksam geworden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handelt es sich somit um eine aufschiebende oder Suspensivbedingung gemäss Art. 151 OR (vgl. Felix Ehrat, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 2. Aufl., Basel 1996, N. 6 und N. 21 der Vorbemerkungen zu Art. 151-157 OR, wonach im Zweifel eher eine Suspensivbedingung anzunehmen ist N. 21 zu). Die Beweislast für die Verkäuflichkeit der Etappe D liegt bei der Unternehmerin (Ehrat, a.a.O., N. 20 der Vorbemerkungen zu Art. 151-157), welche diesbezüglich weder Behauptungen aufgestellt noch Beweise erbracht hat. Die Berufung ist somit insofern teilweise gutzuheissen, als geltend gemacht wird, X. habe nicht für den auf die Etappe D entfallenden Anteil des Schadens einzustehen.

c) Nach dem Gesagten errechnet sich der gesamte Schaden der Berufungsbeklagten aus der Auflösung des Werkvertrages wie folgt:

- bereits erbrachte Vorarbeiten	Fr. 16'026.55
- Leerstand in Massenunterkunft	Fr. 6'750.00
- nicht kompensierbare Lohnkosten	Fr. 26'000.00
- nicht kompensierbare Deckungsbeiträge	<u>Fr. 131'572.40</u>
Total	Fr. 180'348.95
./. Verlust	<u>Fr. 10'825.25</u>
Schaden	Fr. 169'523.70

Die ersten drei Positionen, welche vom Experten unter dem Titel „direkter Aufwand vor/nach Vertragsrücktritt“ mit einem Gesamtbetrag von Fr. 48'776.55 ermittelt wurden (Expertise S. 13), bleiben sich gleich. Dagegen entfallen beim „Indi-

rekten Aufwand vor/nach Vertragsrücktritt“ (Expertise S. 13f.) jeweils 28 % auf die Etappe D (vgl. Gutachten S. 5-7, Fragen 2a -d). Von den errechneten nicht überwälzbaren Deckungsbeiträgen an Verwaltung, Fixkosten, Inventar und Betriebsmaterial von insgesamt Fr. 182'739.48 sind somit lediglich 72%, mithin gerundet Fr. 131'572.40, als Schaden zu berücksichtigen (vgl. S. 13 f. der Expertise). Der kalkulierte Gewinn auf den Werkpreis von Fr. 30'798.24 (S. 9 der Expertise) reduziert sich ebenfalls auf 72 %, mithin auf gerundet Fr. 22'174.75, so dass sich der Verlust, welcher abzuziehen ist, unter Berücksichtigung der Wertkorrektur von Fr. 33'000.-- auf Fr. 10'825.25 erhöht. Es resultiert ein Schaden von Fr. 169'523.70, welchen der Berufungskläger der Berufungsbeklagten zu ersetzen hat.

6. Es trifft zu, dass die Unternehmerin sich auch bei einem Rücktritt des Bestellers nach Art. 377 OR anrechnen lassen muss, was sie durch anderweitige Verwendung ihrer Kräfte tatsächlich erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Schadenminderungspflicht; Gauch, a.a.O., N. 549 mit Hinweis). Der Berufungskläger hat in seiner Prozessantwort (S. 5 Ziff. 5) lediglich in allgemeiner Form behauptet, das Büro P., D. & Co habe sich angesichts der guten Geschäftsverbindungen mit der Y. bemüht, dieser Aufträge zu vermitteln. Die Y. habe auch bereits zugesagte Aufträge aus nicht nachvollziehbaren Gründen abgelehnt. Näher substantiiert wird die Behauptung in der Rechtschrift nicht. Aufgrund der Akten lässt sie sich auch nicht beweisen. In der Zeugenaussage von D. (S. 4 ad 8), der für X. arbeitete, wird lediglich bestätigt, dass im legalen Rahmen versucht wurde, der Y. Aufträge zuzuhalten. Konkrete Angaben macht der Zeuge nur zu einem einzigen Auftrag der K.. Auch bei diesem Auftrag steht aber nicht fest, dass die Y. einen zugesicherten Auftrag ausgeschlagen hat. Der Zeuge sagt lediglich aus, die Bauunternehmung sei zuoberst auf dem Vergebungsantrag an den Bauherrn gestanden. Dieser habe aber noch ein letztes Gespräch mit der Unternehmung führen wollen. Die Y. sei ausser Betracht gefallen, weil sie nicht bereit gewesen sei, Warengutscheine als Geldersatz zu akzeptieren. Der Zeuge D. war damit eigenen Angaben zufolge anlässlich des entscheidenden Gesprächs zwischen den Verhandlungspartnern nicht anwesend. Seine Aussage, wonach die Warengutscheine für die anderweitige Vergabe entscheidend gewesen seien, bleibt damit eine Vermutung, die offensichtlich nicht ausreicht, um eine Verletzung der Schadenminderungspflicht rechtsgenügend nachzuweisen. Dass die Berufungsbeklagte andere Aufträge pflichtwidrig nicht angenommen hätte, macht auch der Berufungskläger nicht geltend. Der Zeuge N. legt angesichts der damaligen Situation auf dem Bau Markt im Gegenteil glaubhaft dar, dass seine Unternehmung im Hinblick auf die Ausführung des Projekts B. beispielsweise eine Submission in Q. abgesagt habe.

Als feststand, dass das Werk nicht ausgeführt werde, hätten sie eine fieberhafte Tätigkeit eingeleitet und versucht, in Erfahrung zu bringen, wo man überall offerieren könne und sie hätten dementsprechend auch überall günstig offeriert, wo sie Gelegenheit dazu erhalten hätten. Ob solche Ersatzarbeiten hätten gefunden werden könne, konnte er aber nicht angeben (S. 3 ad 9 und Zusatzfragen Cathomas). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es dem hierfür nach der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB beweispflichtigen Berufungskläger nicht gelungen ist, der Berufungsbeklagten eine Verletzung der Schadenminderungspflicht nachzuweisen. Er hat die Folgen dieser Beweislosigkeit zu tragen.

7. Die Berufung wird demnach teilweise gutgeheissen. X. wird verpflichtet, der Y. den in E. 5 errechneten Schaden von Fr. 169'523.70 zu bezahlen. Gegen die Zusprechung der Zinsen durch die Vorinstanz hat auch der Berufungskläger zu Recht keine Einwände erhoben. Geschuldet ist mithin 5% Zins ab dem 15. März 1996.

8. Ausgehend von der ursprünglichen Forderung von Fr. 500'000.-- ist die Y. lediglich mit rund einem Drittel durchgedrungen, während X. an der vollumfänglichen Abweisung der Klage festgehalten hat. Bei diesem Ausgang rechtfertigt es sich, die erstinstanzlichen Kosten zu zwei Dritteln der Klägerin und zu einem Drittel dem Beklagten aufzuerlegen. Im Rahmen des Berufungsverfahrens beantragte X. erneut die vollumfängliche Abweisung der Klage. Seinen Anträgen konnte nur insoweit gefolgt werden, als er geltend gemacht hat, dass er nicht für den auf die Etappe D entfallenden Anteil des Schadens einzustehen hat. Ihm sind entsprechend diesem Ausgang des Berufungsverfahrens drei Viertel der Kosten zu überbinden, während die Y. einen Viertel zu tragen hat. Die ausseramtlichen Kosten sind für beide Instanzen analog aufzuteilen (Art. 122 Abs. 1 und 2 ZPO). Im erstinstanzlichen Verfahren erscheint es dabei gerechtfertigt, bei beiden Parteien von der gerundeten Honorarnote des klägerischen Rechtsvertreters (KB 37) auszugehen, während für das Berufungsverfahren, in welchem nur der Berufungskläger eine Honorarnote eingereicht hat, auf den von ihm geltend gemachten Aufwand abgestellt wird.

Demnach erkennt die Zivilkammer :

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und die Ziffern 1 und 2 des angefochtenen Urteils werden aufgehoben.
2. X. wird verpflichtet, der Y. Fr. 169'523.70 nebst Zins zu 5 % ab dem 15. März 1996 zu bezahlen.
3. Die Kosten des Vermittleramtes des Kreises Chur von Fr. 131.-- sowie diejenigen des Bezirksgerichts Plessur von Fr. 48'140.-- (Gerichtsgebühr Fr. 5'540.--, Schreibgebühr Fr. 350.--, Expertise Fr. 32'250.--, Streitwertzuschlag Fr. 10'000.--) gehen zu einem Drittel zu Lasten von X. und zu zwei Dritteln zu Lasten der Y., welche X. für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Plessur zudem ausseramtlich mit Fr. 13'000.-- zu entschädigen hat.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.-- einer Schreibgebühr von Fr. 364.--, total somit Fr. 8'364.--, gehen zu einem Viertel zu Lasten der Y. und zu drei Vierteln zu Lasten von X., welcher die Y. für das Berufungsverfahren ausseramtlich mit Fr. 5'000.-- zu entschädigen hat.
5. Mitteilung an: