



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

Ref.:  
ZK2 09 28

Chur, 10. November 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

## **Urteil**

### **II. Zivilkammer**

Vorsitz	Präsident Brunner
RichterInnen	Hubert und Bochsler
Redaktion	Aktuarin Thöny

In der zivilrechtlichen Berufung

der X., Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Vincent Augustin, Quaderstrasse 8, 7000 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Moesa vom 19. Februar 2009, mitgeteilt am 16. April 2009, in Sachen der Beklagten und Berufungsklägerin gegen die Y., Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Cristina Keller, Palazzo Polti, 6537 Grono,

betreffend Forderung

hat sich ergeben:

## I. Sachverhalt

A. Am 24. Mai 2006 stellte die Y. der X. per Fax eine Einladung zur Offertstellung über die Lieferung von 280 M Pfosten R 70/5 2250mm sowie über 41 S Pfosten R 70/5 2550mm zu. Die Offerte wurde von der X. am 31. Mai 2006 auf dem gleichen Faxschreiben handschriftlich notiert und der Y. zugestellt. Dabei offerierte sie die Lieferung sowohl der M Pfosten wie auch der S Pfosten für einen Preis von Fr. 69.-- pro Stück.

B. Mit Fax vom 7. Juni 2006 übermittelte die Y. der X. die folgende Bestellung:

„Pfosten gemäss Plan Nr. 13c.3096.127, d=7015mm	
Mittelpfosten L=2'550mm	280 Stk. à Fr. 69.--
Strebenpfosten L=2'550mm	41 Stk. à Fr. 69.--
Pfosten auf Mauer	
Mittelpfosten L=2250mm	43 Stk. à Fr. 69.--
Strebenpfosten auf Mauer L=2'250mm	6 Stk. à Fr. 69.--“

C. Nach weiteren telefonischen und schriftlichen Kontakten, teilweise auch andere Lieferungen betreffend, rief die Y. die bestellte Ware unter Angabe einer Preisberechnung mit Fax vom 6. November 2006 bei der X. ab. Gleichentags wurde telefonisch die Barzahlung von Fr. 20'113.10 (nach Abzug einer noch ausstehenden Rechnung der Y. über Fr. 5'416.90) bei Lieferung der bestellten Pfosten vereinbart.

D. Am 7. November 2006 erfolgte gemäss Lieferschein die folgende Lieferung:

1	Mittelpfosten gem Plan 13c3096.127, d=7'015mm	280	69.--	19'320.00
2	Pfosten auf Mauer L=2'550mm	43	69.--	2'967.00
3	Strebeppfosten gem Plan 13c.3096.127 41+6 Stk	47	69.--	3'243.00
				<u>25'530.00</u>
	Abzüglich Ihre Rechn. vom		-	5'416.90
	Barzahlung 7.11.2006 Pian San Giacomo			<u>20'113.10“</u>

Die unmittelbar darauffolgende Prüfung der Lieferung ergab, dass anstelle der bestellten 280 Mittelpfosten mit einer Länge von 2'550mm solche mit einer Länge von nur 2'250mm und anstelle der Strebeppfosten Streben geliefert wurden. Dies wurde der X. gleichentags telefonisch mitgeteilt.

E. Mit Schreiben vom 15. November 2006 liess die Y. der X. mitteilen, die Lieferung entspreche nicht der Bestellung, weshalb die X. aufgefordert werde, innert einem Monat die korrekten Pfosten zu liefern. Im Gegenzug erhalte sie das falsch gelieferte Material zurück. Sollte innert dieser Frist keine richtige Erfüllung stattfinden, werde gerichtlich die Rückerstattung der von der Y. bereits erbrachten Leistungen zuzüglich Schadenersatz eingefordert.

F. Da die X. dieser Aufforderung nicht nachkam, erhob die Y. am 5./6. Februar 2007 beim Vermittleramt des Kreises Roveredo Klage gegen die X.. Gemäss Leitschein stellten die Parteien an der Sühneverhandlung vom 27. Februar 2007 die folgenden Anträge:

Klägerisches Rechtsbegehren:

„1. *L'istanza è accolta.*

*Di conseguenza la convenuta è obbligata a pagare all'istante fr. 22'149.-, oltre IVA e interessi al 5% dall'8 novembre 2006.*

2. *L'istante è obbligata a restituire alla convenuta le 280 unità di piantane (montanti) fornite dalla convenuta in data 7 novembre 2006 e le 41 unità di piantane fornite (come saette) dalla convenuta in data 7 novembre 2006.*

3. *Protestate spese, tasse e ripetibili.“*

Beklagtesches Rechtsbegehren:

„1. *L'istanza è integralmente respinta.*

2. *Protestate tasse, spese e ripetibili.“*

G. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung bezog die Y. am 9. März 2007 den Leitschein und prosequierte die Klage mit Prozesseingabe vom 30. März 2007 an das Bezirksgericht Moesa, wobei sie an ihrem Rechtsbegehren gemäss Leitschein festhielt. Als Zeugen benannte sie A. und B.. Die X. beantragte in ihrer Prozessantwort vom 25. Mai 2007 die vollumfängliche Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin. Als Zeugen benannte sie C.. In ihrer Replik vom 6. Juli 2007 beantragte die Y. zusätzlich die Befragung von D. als Zeugen.

H. Mit Urteil vom 19. Februar 2009, mitgeteilt am 16. April 2009, erkannte das Bezirksgericht Moesa wie folgt:

- „1. *L'istanza processuale 30 marzo 2007 è accolta.*
  - 1.1 *La X. è obbligata a versare alla Y. l'importo di CHF 22'419.-- oltre interessi al 5% dall'8 novembre 2007.*
  - 1.2 *L'istante è obbligata a restituire alla convenuta le 280 unità di piantane (montanti) fornite dalla convenuta in data 7 novembre 2006 e le 41 unità di piantane fornite (come saette) dalla convenuta in data 7 novembre 2006.*
2. *La tassa di giudizio di CHF 2'400.--, delle spese peritali di CHF 2'000.--, di scritturazione di CHF 668.-- e le spese diverse di CHF 435.--, per complessivi CHF 5'503.--, sono a carico della X..*
3. *La X. è obbligata a versare alla Y. l'importo di CHF 5'000.-- a titolo di ripetibili ridotte.*
4. *(Comunicazione).“*

I. Gegen dieses Urteil liess die X. am 30. April 2009 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären, wobei sie das folgende Rechtsbegehren stellte:

- „1. *Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Moesa vom 19.2./16.4.2009 (Nr. 110-2007.03) sei aufzuheben und die Klage der Y. abzuweisen.*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Gesetz für beide Instanzen.“*

Nachdem das Kantonsgericht mit Verfügung vom 25. Mai 2009 die Durchführung des schriftlichen Verfahrens im Sinne von Art. 224 Abs. 2 ZPO angeordnet hatte, liess die X. nach erstreckter Frist am 6. Juli 2009 die schriftliche Berufungsbegründung einreichen.

J. In ihrer Berufungsantwort vom 1. September 2009 liess die Y. die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin beantragen.

Auf die Begründung der Anträge sowie auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## II. Erwägungen

1. Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Der Berufungswert ist vorliegend erreicht. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz ist damit gegeben. Die Berufung ist innert 20 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit diese noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Berufung vom 30. April 2009 kann eingetreten werden.

2. Gemäss Art. 8 Abs. 2 des Sprachengesetzes (BR 492.100) richtet sich die Verfahrenssprache in der Regel nach der im angefochtenen Entscheid verwendeten Amtssprache beziehungsweise nach der Amtssprache, welcher die beklagte Partei mächtig ist. Im vorliegenden Fall erging das vorinstanzliche Urteil zwar in Italienisch, jedoch reichten beide Parteien ihre Rechtsschriften in Deutsch ein. Zudem gilt die deutschsprachige Y. im Sinne der vorstehend zitierten Bestimmung im Berufungsverfahren als beklagte Partei, weshalb das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ebenfalls in deutscher Sprache ausgefertigt wird.

3. Das Bezirksgericht Moesa hiess die von der Y. instanziierte Klage gut und verpflichtete die X. zur Bezahlung von Fr. 22'149.-- zuzüglich 5% Zins ab dem 8. November 2007 unter gleichzeitiger Verpflichtung der Y. zur Rückerstattung der gelieferten Ware an die X.. Zur Begründung führte es aus, der Vertrag zwischen den genannten Parteien sei gemäss Art. 1 OR zustande gekommen und zwar mit dem Inhalt gemäss der Bestellung durch die Y.. Dies folge zum einen aus dem sich bei den Akten befindlichen Bestellungsabruf mit übereinstimmenden Angaben und zum anderen aus dem Lieferschein, welcher zudem auf den konkreten Wildschutzzaun-Plan (Nr. 13c 3096.127) Bezug nehme. Die X. habe mit ihrem eigenen Verhalten bei der Y. zweifellos die Erwartung ausgelöst, die von ihr effektiv bestellte Ware auch zu erhalten. Da die X. jedoch der Aufforderung, den Vertrag korrekt zu erfüllen, innert der angesetzten Frist nicht nachkam, sei die Y. demzufolge berechtigt gewesen, ihre Leistung gestützt auf Art. 107 ff. OR zurückzufordern. Dagegen wendet die Berufungsklägerin ein, die Vorinstanz habe in irriger Art und Weise einen falschen Vertragsinhalt ermittelt und im Ergebnis übersehen, dass die Parteien unmittelbar vor Vertragsabwicklung (Lieferung), die genauen Details nochmals abgemacht hätten und dass die Lieferung/Zahlung diesen Abmachungen entsprochen habe. Weil die X. die mit der Y. vereinbarte Ware auch geliefert und die Y. ihrerseits

die bestellte Ware bezahlt habe, sei die X. zu keinem Zeitpunkt mit der Warenlieferung in Verzug gewesen, weshalb die Art. 107 ff. OR auch nicht zur Anwendung gelangen konnten. Im Ergebnis stehe daher fest, dass kein Fall von Art. 107 ff. OR gegeben sei und damit eine unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Bezirksgericht Moesa vorliege.

4. Im vorliegenden Fall entscheidend ist die Frage, ob zwischen der Y. und der X. tatsächlich ein Vertrag zustande gekommen ist und - falls dies zu bejahen ist - auf welchen Vertragsinhalt sich die Parteien geeinigt haben.

a) Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich, die eine ausdrückliche oder stillschweigende sein kann (Art. 1 OR). Mangels eines tatsächlich übereinstimmenden Willens binden dabei Willensäusserungen die erklärende Partei nach dem Vertrauensprinzip so, wie sie die Gegenpartei nach Treu und Glauben aufgrund der Umstände und ihres gesamten Zusammenhangs verstehen durfte und musste (BGE 132 III 24 E. 4 mit weiteren Hinweisen). Demzufolge ist anhand der Akten (Urkunden, Zeugenaussagen) zu prüfen, ob sich daraus ein Vertragskonsens ergab. Neben dem schriftlich fixierten Text ist aber, soweit beweisbar, auch zu berücksichtigen, was die Parteien zum Vertragsinhalt mündlich geäussert haben, sei dies unmittelbar zur Tragweite der Vertragspflichten, oder aber zu einvernehmlich angenommenen Voraussetzungen. Soweit Äusserungen zu einem Vertragspunkt bloss der einen Partei beweisbar sind, setzt deren Beachtlichkeit voraus, dass die Zustimmung (auch im Sinne des Unterbleibens zumutbaren Widerspruchs) der Gegenseite vermutet werden muss, oder aber, dass die erklärende Partei zweifelsfrei zum Ausdruck brachte, dass das von ihr genannte Element unabdingbare Voraussetzung ihrer Bereitschaft zum Vertragsschluss darstelle (Bucher in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, N. 10 zu Art. 1 OR). Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass angesichts der relativ langen Dauer der Vertragsabwicklung (Mai bis November 2006) auch zu prüfen ist, ob sich in dieser Zeit aufgrund anderslautender Vereinbarungen Veränderungen im Vertragsinhalt ergaben, wobei diese ebenfalls nach dem Vertrauensprinzip zu bestimmen sind.

b) Zu Beginn der Vertragsverhandlungen stand die Offertanfrage der Y. an die X. vom 24. Mai 2006 betreffend 280 M-Pfosten (Mittelpfosten) mit einer Länge von 2'250mm und 41 S-Pfosten (Strebepfosten) mit einer Länge von 2'550mm. Die entsprechende Offerte wurde von der X. per Fax am 31. Mai 2006 zugestellt, wobei sie für die Offertstellung dasselbe Faxblatt verwendete wie die Y. für die Offertanfrage (KB 1). Mit Fax der Y. vom 7. Juni 2006 (KB 2) erfolgte jedoch nicht einfach der Akzept dieser Offerte, womit der entsprechende Vertrag abgeschlossen worden

wäre. Vielmehr bestellte die Y. mit diesem Schreiben mehrheitlich unterschiedliche Pfosten als ursprünglich angefragt. Die Unterschiede bezogen sich dabei auf die Art, die Anzahl und die Länge der Pfosten. Dass es in der Bestellung Abweichungen von der Offerte gab, bemerkte auch C., der Direktor der X., der als Zeuge befragt wurde (vgl. Aussage zu Frage 3). Mit der Entgegennahme der Bestellung vom 7. Juni 2006 lagen somit noch keine übereinstimmenden Willenserklärungen vor, weshalb zu diesem Zeitpunkt auch noch kein Vertrag zustande gekommen war. Vielmehr bedurfte es noch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung seitens der X., aufgrund welcher die Y. darauf vertrauen durfte, dass die X. die bestellte Ware zu den auf der Bestellung angegebenen Preisen liefern würde. Mit anderen Worten handelte es sich bei der Bestellung vom 7. Juni 2006 um eine neue Offerte der Y. an die X. zum Abschluss eines Vertrages mit dem dargelegten Inhalt und unter den genannten Konditionen. Somit ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die X. sodann ausdrücklich oder stillschweigend eine Erklärung im Sinne eines Akzepts der Offerte abgab.

c) Aus den Akten geht hervor, dass die X. nach Erhalt der Bestellung Vorbereitungen für die Lieferung der bestellten Ware traf, indem sie bei einem Stahllieferanten eine Offerte einholte (BB 3.4), mit einer Verzinkerei Kontakt aufnahm (BB 3.5) und die Stahlrohre am 11. September 2006 bei der E.-AG bestellte (BB 3.7). Eine Meldung an die Y., der Auftrag werde nicht oder in anderer Form als in der Bestellung festgehalten ausgeführt, erfolgte nicht. Dies, obwohl C. die Abweichungen zwischen Offerte und Bestellung gemäss eigener Aussage aufgefallen waren. Am 6. November 2006 (BB 3.18) wurde die Ware sodann von der Y. schriftlich abgerufen, wobei die Art, die Anzahl und die Masse der bestellten Pfosten nochmals im Detail gemäss der früheren Bestellung aufgeführt wurden. Auch zu jenem Zeitpunkt erfolgte keine Rücksprache mit der Y.. Vielmehr legte die X. von der Bestellung abweichende Pfosten bereit und lieferte diese wie vereinbart tags darauf auf die Baustelle.

Ein Hinweis auf die Divergenzen zwischen Bestellung und Lieferung erfolgte wiederum nicht. Erst eine Kontrolle durch die Y. brachte die Abweichungen zum Vorschein. Obwohl der X. aufgefallen war, dass die Angaben in der Bestellung nicht mit denjenigen in der Offertanfrage übereinstimmten, reagierte sie nicht und nahm damit die neuerliche Offerte der Y. vom 7. Juni 2006 stillschweigend an. Unter diesen Umständen durfte die Y. somit gestützt auf das Vertrauensprinzip ohne weiteres davon ausgehen, dass zwischen den Parteien ein Vertrag über die Lieferung der von ihr am 7. Juni 2006 bestellten und am 6. November 2006 abgerufenen Ware rechtsgültig zustande gekommen war.

d) Dass während der Vertragsabwicklung - wie die Berufungsklägerin geltend macht - in beidseitigem Einvernehmen Änderungen am Vertragsinhalt stattgefunden haben, ist aufgrund der Akten nicht nachgewiesen und wird auch von der Berufungsbeklagten bestritten. Wohl versuchte die X. am 11. Oktober 2006 (BB 3.15) den Preis für die Lieferung der Ware um Fr. 5'000.-- zu erhöhen, was jedoch von der Y. abgelehnt wurde (BB 3.16). Zum Lieferinhalt fanden aber nachweislich keine Diskussionen statt, so dass dieser mit der Bestellung und dem gleichlautenden Abruf der Ware als beidseitig übereinstimmend definiert galt. Dies umso mehr, als der X. gemäss Aussagen von C. die Abweichungen in Bezug auf die frühere Offertanfrage aufgefallen waren, jedoch dennoch keine Rücksprache mit der Bestellerin erfolgte. Keine Rolle spielen in diesem Zusammenhang auch die übrigen Geschäftsbeziehungen zwischen der X. und der Y. in dieser Zeit (BB 3.8 - 3.14). Unwesentlich ist weiter die Abweichung von dem in der Bestellung angegebenen Liefertermin (23. Juli 2006), da sich die Parteien im Verlaufe der Vertragsabwicklung offensichtlich auch einen anderen Termin (7. November 2006) geeinigt hatten. Damit ist festzustellen, dass die X., indem sie am 7. November 2006 Mittelpfosten in einer Länge von 2'250mm statt 2'550mm und Streben statt Strebepfosten lieferte, den Vertrag nicht korrekt erfüllte. Daher setzte ihr die Y. zu Recht eine Frist zur ordentlichen Vertragserfüllung (KB 6) an. Diese Frist verstrich indessen ungenutzt, so dass die von der Bestellerin vorgängig angedrohten weiteren Folgen gemäss Art. 107/109 OR (Rückforderung der erbrachten Leistungen, Schadenersatz, Rückerstattung der Ware) eintraten. Mit anderen Worten erfolgte somit implizit ein Vertragsrücktritt seitens der Y., wozu diese aufgrund der Schlechterfüllung der X. auch berechtigt war. Damit steht fest, dass die X. verpflichtet ist, den von der Y. bereits beglichenen Kaufpreis unter gleichzeitigem Erhalt der gelieferten Ware zurückzuerstatten, wobei die Höhe der gemäss Rechtsbegehren geltend gemachten Forderung unbestritten ist. Unter diesen Umständen erweist sich die Berufung als unbegründet und ist demzufolge abzuweisen.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Berufungsverfahrens (Gerichtsgebühr und Schreibgebühr) von der Berufungsklägerin zu tragen, welche überdies verpflichtet wird, die Berufungsbeklagte für die Umtriebe im Verfahren vor Kantonsgericht eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 122 Abs. 1 und 2 ZPO). Dabei erscheint der Betrag von Fr. 3'000.-- einschliesslich Mehrwertsteuer als der Schwierigkeit der Sache und dem zeitlichen Aufwand angemessen. Die X. hat die Y. demnach ausseramtlich mit Fr. 3'000.-- einschliesslich Mehrwertsteuer zu entschädigen.

### **III. Demnach wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.-- und einer Schreibgebühr von Fr. 160.--, total somit Fr. 4'160.--, gehen zu Lasten der X., welche zudem die Y. ausseramtlich mit Fr. 3'000.-- einschliesslich Mehrwertsteuer zu entschädigen hat.
3. Gegen diese, einen Streitwert von weniger als 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 2 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG gegeben. In beiden Fällen ist das Rechtsmittel dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff., 90 ff. und 113 ff. BGG.
4. Mitteilung an: