



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

Ref.:  
ZK2 09 39

Chur, 27. Oktober 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

## **Urteil**

### **II. Zivilkammer**

Vorsitz            Hubert  
RichterInnen    Bochsler und Michael Dürst  
Aktuar ad hoc    Schaub

In der zivilrechtlichen Berufung

des Dr. X., Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stefan Metzger, Via dal Bagn 3, 7500 St. Moritz,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Mai 2009, mitgeteilt am 5. Juni 2009, in Sachen der Y. A.G., Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Silvio C. Bianchi, Martinsplatz 8, 7002 Chur, gegen den Beklagten und Berufungskläger,

betreffend Forderung,

hat sich ergeben:

## I. Sachverhalt

A. Im Rahmen einer Baugrubensicherung an der Strasse E. Nr.\_ in F. wurde die Y. AG aufgrund eines Schadensfalls mit Installations- und Bohrarbeiten beauftragt. Die Y. AG führte die Arbeiten vereinbarungsgemäss aus und stellte hierfür Rechnung. In der Folge kam es bezüglich eines Restbetrags von Fr. 66'908.70 zu Zahlungsverzögerungen, worauf die Parteien Gespräche aufnahmen. Am 3. Mai 2007 bestätigten die Y. AG und X. schriftlich eine mit Telefongesprächen vom 27. April 2007 und 1. Mai 2007 mündlich geschlossene Vereinbarung (KB 11). Sie hielten darin unter anderem fest, die Bauarbeiten der Y. AG seien korrekt ausgeführt und verrechnet worden. Der noch ausstehende Betrag von Fr. 66'908.70 werde nach den Abklärungen zur Zuständigkeit respektive Verantwortlichkeit der verursachten Kosten von der zuständigen Partei bzw. den zuständigen Parteien beglichen. Sie vereinbarten zudem einen Verzugszins von 4.5%.

B. Mit Eingabe vom 22. April 2008 erhob die Y. AG gegen X. Klage beim Kreisamt Oberengadin mit folgenden Rechtsbegehren:

- „1. *Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 66'908.70 nebst 4.5 % Zins seit 18. März 2007 zu bezahlen.*
2. *Unter voller amtlicher und ausseramtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6 % MwSt zulasten des Beklagten.“*

C. Am 9. Juli 2008 prosequierte die Y. AG den Leitschein vom 20. Juni 2008 mit unveränderten Rechtsbegehren ans Bezirksgericht Maloja. Sie begründete ihre Klage damit, dass man in der Bestätigung/Vereinbarung vom 3. Mai 2007 X., infolge von Abklärungen interner Haftungsfragen, eine entsprechende Frist gewährt habe. Nachdem jedoch ein Jahr in der Angelegenheit nichts gelaufen und nicht einmal der vereinbarte Verzugszins bezahlt worden sei, sei die Y. AG mit Schreiben vom 26. März 2008, in dem die Bezahlung des Restguthabens per 16. April 2008 gefordert worden sei, an X. gelangt. Dieser habe darauf jedoch nicht reagiert.

D. Mit Prozessantwort vom 22. September 2008 stellte X. folgende Rechtsbegehren:

- „1. *Die Klage sei abzuweisen.*
2. *Unter vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin.“*

In seiner Begründung brachte er im Wesentlichen vor, die Behauptungen und Darlegungen der Klägerin in der Prozesseingabe würden vollumfänglich und im De-

tail bestritten. Insbesondere habe die Bestätigung/Vereinbarung vom 3. Mai 2007 zur Folge, dass die Schuld noch nicht einforderbar, einklagbar bzw. fällig sei.

E. Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Maloja fand am 5. Mai 2009 statt. Anwesend waren die beiden Parteivertreter. Das Bezirksgericht Maloja erkannte im Anschluss an die Verhandlung mit Urteil vom 5. Mai 2009, mitgeteilt am 5. Juni 2009, was folgt:

- „1. Die Klage wird gutgeheissen und der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 66'908.70 nebst 4.5 % Zins seit 18. März 2007 zu bezahlen.
2. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 8'000.-, Schreibgebühren von CHF 500.- und einem Streitwertzuschlag von CHF 1'200.-, sowie die vermittleramtlichen Kosten von CHF 300.- werden dem Beklagten auferlegt.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin mit CHF 7'294.35 ausseramtlich zu entschädigen.
4. (Rechtsmittelbelehrung).
5. (Mitteilung).“

Zur Begründung führte es zusammengefasst an, Ingenieur A. und Geologe B. hätten als Vertreter von X. in seinem Namen einen Werkvertrag mit der Y. AG abgeschlossen. Da sie zur Vertretung ermächtigt gewesen seien, sei zwischen X. und der Y. AG ein Werkvertrag gültig zustande gekommen. Weiter stellte es fest, die Parteien hätten mit ihrer Vereinbarung vom 3. Mai 2007 die Fälligkeit des noch offenen Betrags der Forderung aus dem Werkvertrag nicht hinausschieben wollen. Den Antrag auf Einvernahme von C. als Zeugen lehnte es sodann ab.

F. Gegen dieses Urteil ergriff X. mit Schreiben vom 23. Juni 2009 Berufung an das Kantonsgericht Graubünden. Er stellt folgende Anträge:

„A) Rechtsbegehren

1. Die Ziffern 1 bis 3 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien aufzuheben.
2. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das vermittleramtliche Verfahren sowie die bezirks- und kantonsgerichtlichen Verfahren zulasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

B) Beweisantrag (Art. 226 Abs. 1 Satz 2)

*Es sei unter Hinweis auf die Prozessantwort und die nachfolgenden Darlegungen der Zeuge C., \_\_, als Zeuge einzuvernehmen und es seien ihm die Fragen gemäss Zeugenfragethema, welches der Prozessantwort beigelegt war, zu stellen sowie hierzu die klägerische Urkunde 11 vorzulegen.“*

Der Berufungskläger begründet seine Rechtsbegehren damit, dass der von der Berufungsbeklagten im Schriftenwechsel und generell vor der Vorinstanz vorgebrachte Sachverhalt und die Rechtserörterungen vollumfänglich bestritten würden. Dasselbe gelte für die Sachverhaltsfeststellungen des Bezirksgerichts sowie deren rechtliche Schlüsse daraus. Weiter bringt er vor, der angebotene Zeuge solle bestätigen können, dass die Abklärungen betreffend die Verantwortlichkeit für den Schadensfall noch nicht abgeschlossen seien, womit feststehen würde, dass die eingeklagte Forderung noch nicht fällig und nicht einklagbar sei.

G. Mit Beweisverfügung vom 24. September 2009, gleichentags mitgeteilt, wurde der Beweisantrag vom Vorsitzenden abgelehnt. In der Verfügung wurde darauf hingewiesen, es stehe dem Berufungskläger frei, den abgelehnten Beweisantrag anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung zu erneuern.

H. Am 27. Oktober 2009 fand die mündliche Berufungsverhandlung vor dem Kantonsgericht Graubünden statt. Anwesend waren der Parteivertreter des Berufungsklägers, Rechtsanwalt Stefan Metzger, und der Parteivertreter der Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt Silvio C. Bianchi. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben, so dass sich dieses als in der Sache legitimiert erklärte. Auf die Frage des Vorsitzenden hin, ob der Berufungskläger an seinem Beweisantrag vom 23. Juni 2009 festhalten wolle, zog Rechtsanwalt Metzger diesen zurück.

1) Daraufhin gab Rechtsanwalt Metzger sein Plädoyer in schriftlicher Form zu den Akten und nahm Stellung zu seinen Rechtsbegehren. Erstens bestritt er darin den Sachverhalt wie er vom Bezirksgericht festgestellt worden sei umfassend (vgl. act. 07, lit. B.a. S. 4). Zweitens bestritt er, dass im Herbst 2006 ein Vertrag zwischen den Parteien entstanden sei und begründete, warum dies nicht der Fall gewesen sein soll (vgl. act. 07, lit. B.b. S. 4 ff.). Drittens erläuterte er die Auffassung des Berufungsklägers zur Bestätigung/Vereinbarung vom 3. Mai 2007 (vgl. act. 07, lit. B.c. S. 9 ff.). Im Anschluss an das Plädoyer von Rechtsanwalt Metzger legte Rechtsanwalt Bianchi dem Gericht ein neues Aktenstück vor. Er beantragte ausserdem, aufgrund der Äusserungen von Rechtsanwalt Metzger in dessen Plädoyer sei das Verfahren zufolge Einleitung eines Strafverfahrens gegen denselben zu sistieren. Rechtsanwalt Metzger werfe ihm Prozessbetrug vor. Die Behauptung es sei ein Name aus einem Aktenstück „offensichtlich entfernt“ worden, bedeute genau dies. Weiter fügte er hinzu, der von der Gegenpartei dargestellte Sachverhalt wäre eine Unwahrheit bzw. eine Prozesslüge durch und durch. Rechtsanwalt Metzger entgegnete darauf, er protestiere gegen die Einreichung neuer Beweismittel in der Haupt-

verhandlung vor der Berufungsinstanz. Das nämliche Aktenstück sei aus dem Recht zu weisen. Zur Einleitung des Strafverfahrens gegen ihn und zum Sistierungsantrag des Rechtsvertreters der Gegenpartei, erwiderte Rechtsanwalt Metzger, er habe in seinem Plädoyer nur zum Ausdruck bringen wollen, dass das Aktenstück, auf dem der Name des Bauherrn nicht ersichtlich sei, eine Kopie wäre und darauf etwas abgedeckt worden sei. Er habe nur gesagt, die Klägerschaft habe den Namen wahrscheinlich abgedeckt. Zu KB 6 fügte er bei, es sei auffällig, dass in diesem Fall kein Briefkopf verwendet worden sei, in anderen Fällen aber schon. Der Berufungskläger habe zudem dieses Aktenstück nie erhalten. Das für das Zivilverfahren massgebende Aktenstück KB 11 sei in keiner Art und Weise verändert worden, weshalb ein allfälliges Strafverfahren keine Auswirkungen auf die Berufung habe. Es handle sich beim Strafverfahren lediglich um ein „Nebenverfahren“.

2) Der Vorsitzende unterbrach in der Folge die Verhandlung zur Beratung über den Sistierungs- und den Beweisantrag. Nach einer kurzen Beratung teilte er den Parteivertretern mit, gemäss Art. 5 ZPO werde ein Zivilverfahren aufgrund eines eingeleiteten Strafverfahrens sistiert, wenn das Ergebnis der Strafuntersuchung auf den Zivilprozess von Einfluss sein könnte. Ob dies vorliegend der Fall sei, werde das Gericht nach den Parteivorträgen im Rahmen der Urteilsberatung entscheiden. Betreffend den Beweisantrag sei das Gericht zum Schluss gekommen, dass die Einreichung neuer Akten in diesem Verfahrensstadium gemäss Art. 226 ZPO nicht mehr zulässig sei. Das vorgelegte Aktenstück werde daher aus dem Recht gewiesen.

3) Rechtsanwalt Bianchi merkte an, das vorgelegte Aktenstück werde auch Bestandteil des einzuleitenden Strafverfahrens sein. Anschliessend gab er sein Plädoyer in schriftlicher Form zu den Akten und nahm Stellung zu den berufungsbeklagten Rechtsbegehren.

In seiner Replik fügte Rechtsanwalt Metzger hinzu, die Parteien wären sich in der Bestätigung/Vereinbarung vom 3. Mai 2007 nicht einig gewesen. Zudem wären beide Parteien (X. und der Vertreter von der Y. AG, Z.) durchschnittlich bis überdurchschnittlich gewandt, und zwar auch im Handeln des Rechtsverkehrs. Relevant sei wie der Berufungskläger die Vereinbarung verstanden hatte und wie er sie verstanden haben musste. Wenn etwas unklar sei in einer Vereinbarung, käme eben die Unklarheitsregel zur Anwendung. Die Vereinbarung sei somit zulasten der Berufungsbeklagten auszulegen, was rechtlich nicht bestritten werden könne. Er führt weiter an, es könne sich nicht um ein Darlehen gehandelt haben. Zum Verzugszins weist er auf die Rechtsprechung (PKG 1992 Nr. 48) und die Lehre zum

„pactum de non petendo“ hin. Die Y. AG habe von dieser Vereinbarung profitiert (Verzugszins, Nebenfolgen blieben bestehen). Der Wortlaut der Vereinbarung sei klar. Es sei zudem schwer vorstellbar, es habe nie ein Kontakt zwischen der Y. AG und dem Ingenieuren oder Geologen stattgefunden. Zumindest sicher ein engerer als mit dem Berufungskläger. Weiter habe es nicht an dem Berufungskläger gelegen, Abklärungen zu tätigen. Die Berufungsbeklagte hätte Rückfrage beim Ingenieur oder dem Geologen nehmen müssen oder sich von diesen bestätigen lassen müssen. Der Berufungskläger habe nicht auf Schreiben reagieren müssen, denn die Nichtbeantwortung dieser bedeute keine rechtsmissbräuchliche Verzögerung.

In der nachfolgenden Duplik von Rechtsanwalt Bianchi merkte dieser an, es komme in einer solchen Situation niemandem in den Sinn 4.5 % Verzugszins zu bezahlen, wenn er nicht Bauherr sei. Der Verzugszins sei von der Gegenpartei dann auch nicht bestritten worden. Er fügte hinzu, nach zweieinhalb Jahren seien die Abklärungen noch immer nicht zu einem Ende kommen. Zur Stundung verweise er auf Staehlin, N. 77 zu Art. 82 SchKG. Auf Nachfrage des Vorsitzenden meinte Rechtsanwalt Bianchi er werde seine Honorarnote nicht an der Berufungsverhandlung einreichen. Er werde dies am nächsten Tag nachholen. Sollte dies aber nicht zulässig sein, solle das Gericht im Falle des Obsiegens der Berufungsbeklagten deren Umtriebskosten nach Ermessen festsetzen. Bezüglich der von Rechtsanwalt Metzger eingereichten Honorarnote plädiere er jedoch auf eine Kürzung derselben, denn er halte sie für eher unangemessen.

Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Entscheid, in den Rechtschriften sowie in den anlässlich der Berufungsverhandlung gehaltenen mündlichen Plädoyers wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **II. Erwägungen**

1. Gegen Urteile der Bezirksgerichte im Sinne von Art. 19 der Zivilprozessordnung (ZPO; BR 320.000), seien sie in vermögensrechtlichen (Ziff. 1) oder nicht vermögensrechtlichen Streitsachen (Ziff. 2) ergangen, kann gemäss Art. 218 Abs. 1 ZPO Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden. Handelt es um eine vermögensrechtliche Streitsache, muss der erforderliche Streitwert (höher als Fr. 8'000.—) im Zeitpunkt der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils noch vorhanden sein (vgl. PKG 1994 Nr. 15). Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Maloja betrifft eine vermögensrechtliche Streitigkeit von mehr als Fr. 8'000.—, womit der

erforderliche Berufungsstreitwert erreicht ist. Auf die vorliegend frist- und formgerecht eingereichte Berufung ist demnach einzutreten (Art. 219 ZPO).

2.a) Anlässlich der Berufungsverhandlung legte der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten ein neues, bislang nie angebotenes Beweisstück ins Recht. Es handelt sich dabei um eine Gutschriftanzeige der Graubündner Kantonalbank betreffend eine Überweisung von X. an die Y. AG. Neue Beweismittel können von den Parteien vor der Berufungsinstanz nicht mehr angerufen werden (Novenverbot; Art. 226 Abs. 1 ZPO; vgl. PKG 1994 Nr. 10), es sei denn, sie bezögen sich auf Fragen, welche vom Gericht ohnehin von Amtes wegen abzuklären sind. Vorliegend geht es um eine Urkunde, die für die Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts und die Beurteilung materiellrechtlicher Streifragen von Bedeutung sein kann. Das vom Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten vorgelegte Aktenstück kann demnach nicht entgegengenommen werden und ist aus dem Recht zu weisen.

b) Der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten beantragt die Sistierung des Zivilprozesses bis zum Abschluss der Strafuntersuchung betreffend die Äusserungen des Rechtsvertreters des Berufungsklägers in dessen Plädoyer (vgl. act. 07, S. 5 Ziff. 2.2). Nach Art. 5 Abs. 2 ZPO wird der Zivilprozess eingestellt und das Ergebnis der Strafuntersuchung abgewartet, wenn dieses auf den Zivilprozess von Einfluss sein könnte (vgl. PKG 1995 Nr. 11). Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, hat vorliegend eine allfällige Einleitung eines Strafverfahrens gegen Rechtsanwalt Metzger keinen Einfluss auf das Zivilverfahren. Der vom Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten gestellte Sistierungsantrag wird demnach abgewiesen.

3. Der Berufungskläger bestritt erstmals anlässlich der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz – abermals im Plädoyer an der Berufungsverhandlung –, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. In seiner Prozessantwort vom 22. September 2009 hatte er dies noch nicht explizit getan. Diese berufungsklägerische Auffassung geht, wie nachfolgend dargelegt wird, fehl.

a) Ein schriftlicher Vertrag liegt nicht vor. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit wurde der Ausführungsauftrag mündlich erteilt. Am 24. Oktober 2006 bat der Geologe B. die Berufungsbeklagte telefonisch um Unterstützung, da im Rahmen einer Baugrubensicherung für ein Bauvorhaben von X. der Hang ins Rutschen geraten sei (KB 5). Ein Arbeiter der Berufungsbeklagten begab sich auf die Baustelle und besprach sich mit dem zuständigen Ingenieur A.. Letzterer erteilte der Klägerin in der Folge telefonisch den Auftrag zur Ausführung der Arbeiten. Arbeitsbeginn war

der 28. Oktober 2006. Am 2. November 2006 unterbreitete die Berufungsbeklagte ihre schriftliche Offerte. Ingenieur A. und Geologe B. wurden als Vertreter der Bauherrschaft aufgeführt. Die Bauherrschaft wurde allerdings nicht namentlich benannt (KB 4). Am 8. November 2006 erfolgte die schriftliche Auftragsbestätigung durch das Ingenieurbüro A. (KB 5). Eine Kopie davon ging an den nun namentlich aufgeführten Bauherrn X. sowie an den Geologen B. und den Architekten D.. Mit Schreiben vom 13. November 2006 konkretisierte Ingenieur A. die auszuführenden Arbeiten und gab als Rechnungsadresse jene von X. an (KB 6). Am 11. November 2006, am 28. November 2006 und am 17. Januar 2007 stellte die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger drei Teilrechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 148'273.45 zu (KB 7-9). Diese blieben vom Beklagten unbestritten, und er beglich einen Betrag von insgesamt Fr. 81'364.75 vorbehaltlos. Für den Restbetrag von Fr. 66'908.70 liess die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger am 19. April 2007 eine Zahlungserinnerung zukommen (KB 10). Daraufhin führten die Parteien mündliche Verhandlungen, deren Ergebnis die Berufungsbeklagte am 3. Mai 2007 schriftlich festhielt.

Anlässlich der Berufungsverhandlung brachte der Berufungskläger erstmals vor, er habe weder die Auftragsbestätigung vom 8. November 2006, die Zahlungserinnerung vom 19. April 2007 (KB 10), die Zinsrechnung per 31. Dezember 2007 (KB 12) noch die Zahlungsaufforderung vom 26. März 2008 (KB 13) erhalten (vgl. act. 07 S. 7 f.) und zudem die von der Gegenseite behaupteten Teilzahlungen nicht geleistet (vgl. act. 07 Ziff. 2.7 S. 8). Diese Vorbringen sind jedoch angesichts der geschlossenen Vereinbarung (KB 11) nicht glaubhaft. Es ist nicht nachvollziehbar, welche Gründe, wenn nicht entweder die Auftragsbestätigung oder die Zahlungserinnerungen, den Berufungskläger hätten veranlassen sollen, die nämliche Vereinbarung zu treffen. Der Schluss der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 wird vom Berufungskläger nicht bestritten. Der Berufungskläger bestätigte die darin enthaltenen Angaben unterschriftlich. Unter anderem bestätigte er, dass die Arbeiten korrekt ausgeführt und verrechnet worden seien. Die Rechnungen würden nicht in Frage gestellt. Es seien bereits drei Teilzahlungen geleistet worden. Die im vorliegenden Verfahren erstmals vorgebrachten Bestreitungen des Berufungsklägers sind demnach als widerlegt zu erachten, womit für die Beurteilung des Falles vom eben dargestellten Ablauf ausgegangen werden kann.

b) Der Abschluss eines Werkvertrags ist an keine Form gebunden und kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Die Parteien können sich dabei vertreten lassen. Das Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses hängt grundsätzlich von zwei Voraussetzungen ab: Erstens dem Handeln in fremdem Namen und zweitens der Vertretungsmacht. In Ausnahmefällen tritt eine Vertretungswirkung auch ohne Ver-

vertretungsmacht ein, nämlich dann, wenn der Dritte aus dem Verhalten des Vertretenen in guten Treuen auf eine Vollmacht schliessen durfte, oder wenn der Vertretene den Vertrag nachträglich genehmigt hat (BGE 120 II 197 E. 2 S. 198 ff.; Gauch/Schluep/Schmid, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N. 1317 ff. und 1377 ff.). Die erste der genannten Voraussetzungen ist vorliegend zweifellos erfüllt, haben doch sowohl der Geologe B. als auch der Ingenieur A. gegenüber der Klägerin klar zum Ausdruck gebracht, dass sie in Vertretung der Bauherrschaft handeln (vgl. etwa KB 4, 5 und 6). Näher zu prüfen ist, ob sie dazu ermächtigt waren, für den Berufungskläger mit der Berufungsbeklagten einen Werkvertrag abzuschliessen.

aa) Eine schriftliche Vollmacht ist nicht vorhanden und es fehlen auch die Verträge zwischen Bauherrschaft und dem Ingenieur bzw. dem Geologen, welchen eine entsprechende Bevollmächtigung allenfalls zu entnehmen wäre. Der Ingenieurs- und der Geologenvertrag (hier das „Veranlassungsgeschäft“) unterstehen analog zum Architekturvertrag dem Auftragsrecht, soweit sie sich auf Handlungen gegenüber Dritten beziehen (anstatt vieler Urs Hess, Der Architekten- und Ingenieurvertrag, Zürich 1986, N. 34 S. 74; zur Analogie derselbe, S. 24 und Rudolf Schwager, Die Vollmacht des Architekten, in: Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, 3. Aufl., Fribourg 1995, N. 864 S. 286). Art. 396 Abs. 2 OR ist deshalb auf das Rechtsverhältnis anwendbar. Demzufolge beinhaltet jeder Auftrag die Ermächtigung des Beauftragten zur Vornahme von Rechtshandlungen, „die zu dessen Ausführung gehören“ („Gattungsvollmacht“; anstatt vieler Zäch, a.a.O., N. 94 zu Art. 33 OR und Schwager, BR/DC 1980 Nr. 2, S. 36; nach Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N. 1352, ist dieser Artikel lediglich Auslegungsregel mit Vermutungscharakter). Was zur Erledigung eines Ingenieur- oder Geologenauftrags bzw. zum Umfang deren gesetzlicher Vollmacht gehört, ist nach Orts- und Allgemeingebrauch zu beantworten (Hess, a.a.O., N. 39 S. 76; Hans Rainer Künzle, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts, Bern – Stuttgart 1986, S. 239 f.). Grundsätzlich nicht ermächtigt ist der Ingenieur oder Geologe Arbeiten zu vergeben, Werkverträge abzuschliessen und Spezialisten oder Berater beizuziehen. Für derlei Handlungen bedürften diese einer ausdrücklichen und speziellen Vollmacht (Hess, a.a.O., N. 41 f. S. 76; Roger Zäch, Berner Kommentar zum Privatrecht, Band VI/1/2/2, Bern 1990, N. 94 zu Art. 33 OR; Schwager, BR/DC 1980 Nr. 2, S. 36 ff. und derselbe, Die Vollmacht des Architekten, a.a.O., N. 841 S. 276 und FN 104 f.; vgl. PKG 1989 Nr. 32 S. 138 f.). Die Gattungsvollmacht in derartigen Vertretungsverhältnissen umfasst höchstens relativ unbedeutende Geschäfte (Künzle, a.a.O., S. 241) oder Geschäfte, die zur Abwehr eines drohenden Schadens dringend erfor-

derlich sind (Stierli, a.a.O., N. 245; a. A. Schwager, Die Vollmacht des Architekten, a.a.O., N. 807 S. 262, dem diese Auffassung zu weit geht). Zusammengefasst wäre mithin eine der Gattungsvollmacht immanente Ermächtigung zum Abschluss eines Werkvertrages höchstens zur Abwehr eines drohenden Schadens anzunehmen. Vorliegend kann, wie sich nachfolgend zeigen wird, offen gelassen werden, ob aufgrund einer dringlichen Gefahrensituation eine gesetzliche Vollmacht des Ingenieurs oder Geologen anzunehmen wäre, da in jedem Fall von einem Vertretungsverhältnis auszugehen ist.

bb) Der Vertretene ist durch die Rechtshandlung seines Vertreters gebunden, wenn der Dritte aufgrund seines Verhaltens in guten Treuen auf den Vertragsschlusswillen schliessen durfte (BGE 69 II 319 S. 322). Dieses Verhalten kann in einem positiven Tun bestehen, indessen auch in einem passiven Verhalten, einem bewussten oder normativ zurechenbaren Unterlassen oder Dulden (BGE 120 II 197 E. 2.bbb S. 200 f. mit Hinweisen). Ist das Verhalten passiv, müssen jedoch hinreichend objektive Umstände vorhanden sein, die den Dritten zu einer derartigen Vermutung veranlassen (Pra 85 1996 Nr. 128, S. 423; vgl. Gauch/Schluép/Schmid, a.a.O., N. 1394). Kennt der Vertretene das Verhalten des Vertreters, schreitet aber nicht dagegen ein, wird ihm eine externe Duldungsvollmacht unterstellt. Kennt er es nicht, hätte es aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit kennen und verhindern können, handelt es sich um eine externe Anscheinsvollmacht (Zäch, a.a.O., N. 42 f., 46 und 130 zu Art. 33 OR). Die Bindungswirkung tritt jedoch nur dann ein, wenn das Unterlassen des Vertretenen objektiv als drittgerichtete Mitteilung, als Vollmachtsgabe zu werten ist (BGE 120 II 197 E. 2.bbb S. 202 mit Hinweisen). Eine Mitteilung der Vollmacht durch Unterlassen des Vertretenen kann nur bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Gutgläubensschutz hervorrufen. Später ist die unzureichende Ermächtigung des Vertreters nur noch mittels nachträglicher Genehmigung durch den Vertretenen zu heilen. Eine Genehmigung durch Stillschweigen ist zwar die Ausnahme, aber grundsätzlich möglich. Stillschweigen bedeutet jedoch nur dann Genehmigung, wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar war (BGE 124 III 355 E. 5a S. 361 mit Hinweisen; vgl. BGE 93 II 307; Urteil des Bundesgerichts 4A.239/2007 vom 9. Oktober 2007 E. 4; Zäch, a.a.O., N. 54 zu Art. 38 OR mit Hinweisen).

cc) Das Bezirksgericht stellte im vorliegenden Fall richtig fest, dass X. sich nicht gegen die Qualifizierung als Bauherr gewehrt hat. Alleine aus den Akten KB 4, 5 und 6 ist jedoch nicht zu folgern, dass er hätte intervenieren müssen, wenn er die Vertretungsvollmacht nicht anerkennen hätte wollen. So wurde erstens die Offerte (KB 4), auf der er insbesondere auch nicht namentlich als Bauherr verzeichnet

ist, an den Ingenieuren adressiert. Zweitens ist im Bestätigungsschreiben (KB 5) noch ausdrücklich vermerkt: „Da es sich um die Sanierung eines Schadensfalles handelt, ist die Adresse für anfallende Rechnungen noch nicht bekannt.“ Die Rechnungsadresse (13. November 2006, KB 6) wurde erst nach Vornehmen erster Bauhandlungen, mithin erst nach dem Vertragsschluss (11. November 2006, KB 7), angegeben; auch hier ohne eine genauere Ausführung zu den Vertretungsverhältnissen. Ein zwingender Hinweis auf eine Vertretung durch den Ingenieur oder den Geologen im konkreten Rechtsgeschäft war für X. deshalb, zumindest zum Zeitpunkt vor Inangriffnahme der Bautätigkeit der Y. AG, nicht zu ersehen. Die Y. AG durfte somit auch nicht bereits aus dem Verhalten des Beklagten vor Vertragsabschluss in guten Treuen auf eine Vollmacht schliessen. Hingegen ist vorliegend von einer nachträglichen Genehmigung des Vertrags durch den Beklagten auszugehen. X. wohnte unmittelbar neben der Baustelle. Gemäss KB 5 war seine Haftpflichtversicherung bei der Schadensaufnahme anwesend. Dem Beklagten wurde zumindest die Auftragsbestätigung vom 8. November 2006 in Kopie zugestellt. Er hatte somit zweifellos Kenntnis von den Arbeiten und davon, dass er gegenüber der Klägerin als Bauherr angegeben wurde. Er erhielt sodann unwidersprochen drei Teilrechnungen, die auf seinen Namen ausgestellt waren, von denen er mehr als die Hälfte, nämlich einen Betrag von Fr. 81'364.75 vorbehaltlos bezahlte (vgl. dazu Stierli, a.a.O., N. 893, 903 f. und 908 f. und Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N. 8 zu Art. 395 OR). Schliesslich hat er mit seiner handschriftlichen Bemerkung auf der schriftlichen Bestätigung der telefonischen Vereinbarung vom 3. Mai 2007 (KB 11) bestätigt, dass die Arbeiten korrekt ausgeführt und verrechnet worden seien. Diese Bestätigungen sprechen dafür, dass sich der Beklagte als Vertragspartei betrachtete. Zumindest die Bestätigung der korrekten Verrechnung hätte er sonst nicht abgeben können. Letztere bedingt auch, dass er Kenntnis von der Offerte hatte, aus welcher ersichtlich war, dass der Ingenieur und der Geologe bei den Vertragsverhandlungen als Vertreter der Bauherrschaft auftraten. Insgesamt ist aus all diesen nachgewiesenen Gegebenheiten eine nachträgliche Genehmigung ableitbar und daher ein Zustandekommen eines Werkvertrags zwischen den Parteien zu bejahen.

4. Der Berufungskläger macht sodann geltend, gemäss Bestätigung/Vereinbarung vom 3. Mai 2007 (KB 11) stehe gar noch nicht fest, wer Schuldner der Forderung sei (Bauherrschaft, Planer, Versicherungsgesellschaft). Dies sei Gegenstand laufender Abklärungen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

a) Gemäss obiger Ausführungen (E. 3) ist zwischen der Klägerin und dem Beklagten ein Werkvertrag zustandegekommen. Demnach ist der Beklagte Schuld-

ner der Werklohnforderung. Allfällige Regressrechte spielen dabei keine Rolle. Es liegt auch kein Vertrag zu Lasten Dritter vor. Ein solcher wäre ohnehin nur in Form eines Garantievertrags zulässig (Art. 111 OR; vgl. Gauch/Schluep/Emmenegger, a. a. O., N. 3875 und 3919 ff.) und würde voraussetzen, dass sich der Garant verpflichtet, durch Ersatzleistung dafür einzustehen, dass ein Dritter leisten werde. Dessen ungeachtet könnte der Gläubiger selbst beim Vorliegen eines Garantievertrags unmittelbar und sofort gegen den Garanten vorgehen. Es wird nicht vorausgesetzt, dass der Begünstigte zunächst den Dritten rechtlich belangt (Gauch/Schluep/Emmenegger, a. a. O., N. 3933; BGE 131 III 606 E. 4.2.2. S. 613).

b) Auch die mit Schreiben vom 3. Mai 2007 bestätigte Vereinbarung vermag an der Schuldnerstellung des Beklagten nichts zu ändern. Namentlich kann darin keine Schuldübernahme gesehen werden, da diese einer Willenserklärung der Schuldübernehmer bedurft hätte (Art. 175 OR). Eine solche liegt aber nicht vor. Es wird nicht einmal konkret gesagt, wer der Dritte sein soll. Es ist nur „von der zuständigen Partei bzw. von den zuständigen Parteien“ die Rede. Es steht somit fest, dass der Beklagte Schuldner der Forderung ist und dass die Vorinstanz die Passivlegitimation zu Recht bejahte.

5. Schliesslich bestreitet der Berufungskläger die Fälligkeit und Einklagbarkeit der Forderung, wobei er sich wiederum auf die am 3. Mai 2007 bestätigte Vereinbarung stützt. Konsens herrscht dabei darüber, dass die Parteien sich in der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 darauf geeinigt haben, die Einklagbarkeit der Forderung während der für die Abklärungen benötigten Zeit auszusetzen. Uneins sind sich die Parteien über die rechtliche Qualifikation der Vereinbarung und insbesondere darüber, ob die Einklagbarkeit beschränkt oder unbeschränkt aufgeschoben wurde. Diese Fragen sind nachfolgend zu klären, wobei die obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung zur Anwendung gelangen. Massgebend ist danach der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien. Soweit eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist auf den nach dem Vertrauensprinzip zu ermittelnden mutmasslichen Willen der Parteien abzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409).

a/aa) Die Parteien haben einen Werkvertrag abgeschlossen (vgl. E. 4). Die Werklohnforderung wurde mangels anderer Abrede mit Ablieferung des Werks fällig (Art. 372 OR). In der am 3. Mai 2007 bestätigten Vereinbarung halten die Parteien unter Berufung auf die Telefonnotiz vom 27. April 2007 und vom 1. Mai 2007 fest, es sei vereinbart worden, der ausstehende Betrag werde nach den Abklärungen betreffend Verantwortlichkeit von der zuständigen Partei beglichen. Bei einer derar-

tigen Regelung kann es sich um eine Stundung oder ein „pactum de non petendo“ handeln. Die Stundung ist ein Vertrag, durch den die Leistungspflicht des Schuldners nachträglich aufgeschoben wird. Inhaltlich geht es um die (nachträgliche) Verschiebung der Fälligkeit und ihrer Nebenfolgen (z.B. Verzugszins). Ein „pactum de non petendo“ ist eine Vereinbarung, in welcher der Gläubiger dem Schuldner verspricht, er werde eine bestehende Forderung nicht geltend machen. Die Vereinbarung kann zeitlich beschränkt oder unbeschränkt abgeschlossen werden („pactum de non petendo in tempus“ und „pactum de non petendo in perpetuum“; Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N. 3136 f.; PKG 1992 Nr. 48).

bb) Gegen die Annahme einer Stundung spricht vorliegend, dass gemäss Vereinbarungsbestätigung vom 3. Mai 2007 ein Verzugszins abgemacht wurde. Verzug setzt die Fälligkeit der Forderung voraus. Hingegen ist das Vorliegen eines „pactum de non petendo“ zu bejahen. Gemäss dem Bestätigungsschreiben vereinbarten die Parteien unter anderem, dass „der ausstehende Betrag [...] nach den erwähnten Abklärungen von der zuständigen Partei beglichen“ werde. Die Vereinbarung erfolgte zeitnah zur Zahlungserinnerung vom 19. April 2007 (KB 10) und nimmt Bezug auf zwei Telefonate. Sie war also das Resultat von Verhandlungen infolge einer Zahlungserinnerung. Aufgrund dieser Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass die Parteien übereinstimmend den Willen hatten, mit der Erfüllung respektive Durchsetzung der Forderung zumindest vorläufig zuzuwarten. Inwieweit diese Vereinbarung zeitlich beschränkt wurde, bleibt zu prüfen.

b/aa) In der Vereinbarung wurde dem „pactum de non petendo“ keine ausdrückliche Frist gesetzt. Indem die Klagbarkeit der Forderung von einem Ereignis, nämlich dem Ende der Abklärungen, abhängig gemacht wurde, wurde sie jedoch nicht auf unbestimmte, sondern lediglich auf relativ bestimmte Zeit verschoben. Das derartige Knüpfen einer die Klagbarkeit aufschiebenden Vereinbarung an ein Ereignis ist zulässig (Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N. 2174). Der Berufungskläger bringt vor, die noch offenen Abklärungen verhinderten die Fälligkeit bzw. die Einklagbarkeit der Forderung. Unbeachtet der Dauer der Abklärungen, könne die Forderung nicht geltend gemacht werden, solange die Verantwortlichkeit bzw. Zuständigkeit nicht geklärt sei. Die Berufungsbeklagte hingegen ist der Auffassung, dass der Aufschub der Klagbarkeit der Forderung nach einer bestimmten Zeit von ihr aufgehoben werden durfte. Belege für den subjektiven Willen der Parteien fehlen zu dieser Frage. Da somit kein vom übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen getragener Inhalt der Klausel festgestellt werden kann, ist auf den nach dem Vertrauensprinzip zu ermittelnden mutmasslichen Parteiwillen abzustellen (vgl. BGE 133 III 406).

bb) Folgte man der Ansicht des Berufungsklägers, käme die vorliegend getroffene Vereinbarung faktisch einem zeitlich absolut unbeschränkten „pactum de non petendo“ gleich. Versteht der Berufungskläger die Vereinbarung in diesem Sinne, verkennt er indes, dass eine derartige Vereinbarung die Gläubigerin übermässig binden würde. Die Gläubigerin hätte keine Möglichkeit ihren Anspruch jemals erfolgsversprechend gegen den Willen der Gegenpartei durchsetzen zu können. Zögerte der Gläubiger die Abklärungen ins Ungewisse hinaus oder würde sie gar nie abschliessen, könnte er die Einklagbarkeit der Forderung solange verhindern, wie er es für richtig erachtete. Er hätte es damit faktisch in der Hand, wann er die Forderung – und ob überhaupt – bezahlen will. Dies erscheint unbillig und konnte nicht dem Willen der Parteien entsprechen, zumal die Berufungsbeklagte ihre Leistung unbestrittenermassen korrekt erbrachte und somit der Berufungskläger seiner Leistungspflicht im Gegenzug gleichermassen ordnungsgemäss nachzukommen hat. Unter diesen Umständen erweist sich auch der Wortlaut der Vereinbarung als nur scheinbar klar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die schriftliche Bestätigung von Laien aufgesetzt wurde. Mit der Formulierung „der ausstehende Betrag [...] wird nach den erwähnten Abklärungen von der zuständigen Partei beglichen“ sollte wohl vielmehr eine Zahlung zugesichert als ein Zahlungstermin verbindlich festgelegt werden. Wie angeführt, wäre zwar auch die Vereinbarung eines „pactum de non petendo in perpetuum“ grundsätzlich zulässig, ist heute aber gerade aus dem oben ausgeführten Grund nicht mehr gebräuchlich (vgl. Gauch/Schluop/Emmenegger, a.a.O., N. 3136). Es ist mithin nur in Ausnahmefällen anzunehmen, dass Parteien einen „pactum de non petendo“ ohne jegliche Befristung vereinbaren wollen. So sind Konstellationen vorstellbar, in denen ausnahmsweise ein unbefristeter Aufschub auch für einen Gläubiger interessant und sinnvoll sein kann. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn er daraus einen Nutzen ziehen kann, ihm beispielsweise eine angemessene Gegenleistung versprochen wird. Vorliegend trifft dies jedoch, entgegen den Ausführungen im Plädoyer des Berufungsklägers zu dieser Thematik, nicht zu. Der Berufungskläger gestand der Berufungsklägerin in der einschlägigen Vereinbarung lediglich einen Verzugszins von 4.5% als Gegenleistung für den Aufschub der Klagbarkeit zu. Der vereinbarte Verzugszins liegt unter dem gesetzlichen Zinssatz für den Verzug und ist somit nicht als Entgegenkommen des Berufungsklägers zu werten. Im Gegensatz dazu gewann der Berufungskläger durch die Vereinbarung einen wesentlichen Vorteil: Es wurde ihm Zeit eingeräumt, in der er die Zuständigkeit bzw. Verantwortung ungestört abklären konnte. Indessen ist die Vereinbarung zutreffenderweise nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, dass die Willenserklärung der Berufungsbeklagten vom Berufungskläger nicht dergestalt verstanden werden durfte, ihm werde ein absolut

unbefristeter Aufschiebung der Zahlung eingeräumt. Er durfte folglich nicht annehmen, dass die Berufungsbeklagte ihn alleine über die Einklagbarkeit der Forderung bestimmen lassen wollte bzw. sich ihm bezüglich der Erfüllung dieser unbeschränkt ausliefern wollte. Die Berufungsbeklagte erklärte sich in guten Treuen lediglich bereit, während einer gewissen Zeit, nämlich während einer für die Abklärungen angemessenen Dauer, die Forderung nicht geltend zu machen. Sie durfte dabei annehmen, dass die Abklärungen innert eines vernünftigen Zeitrahmens abgeschlossen sein würden. Aufgrund des einseitig verteilten Nutzens bzw. der einseitig getragenen Nachteile, der Beschaffenheit von Fälligkeitsabreden und des Missbrauchspotenzials einer Abrede wie sie der Berufungskläger geschlossen haben will, rechtfertigt es sich somit nicht, der Auffassung des Berufungsklägers zu folgen. Die von ihm behauptete Einigung über einen absolut unbefristeten Aufschiebung ist der Vereinbarung nach Treu und Glauben nicht zu entnehmen. Im Gegenteil weist der Kontext in dem sie getroffen wurde darauf hin, dass eine vernünftige zeitliche Begrenzung stillschweigende Bedingung für den Schluss des „pactum de non petendo“ war. Es ist hierbei ebenfalls zu beachten, dass sich der Berufungskläger mit dem eingeräumten Recht, die Angelegenheit ungehindert von der Berufungsbeklagten abzuklären, auch gleichzeitig verpflichtet hat, die Abklärungen tatsächlich voranzubringen und innert angemessener Frist zu beenden. Zu ermitteln verbleibt somit, ab wann die Berufungsklägerin vernünftigerweise vom Abschluss der Abklärungen ausgehen durfte und welcher Zeitrahmen für derartige Abklärungen als notwendig und angemessen zu erachten ist.

c) Zwischen der Vereinbarung/Bestätigung vom 3. Mai 2007 und dem ersten anwaltlichen Schreiben vom 26. März 2008, mit der Aufforderung, die offenen Zahlungen seien bis 16. April 2008 zu begleichen (KB 13) bzw. der Klageeinleitung am 22. April 2008 verging ungefähr ein Jahr. Es ist zu prüfen, ob besondere Umstände oder das Verhalten der Parteien während und nach dem Schluss der Vereinbarung auf einen vernünftigen Zeitrahmen von mehr als einem Jahr schliessen liessen und sich dadurch allenfalls eine längere Frist rechtfertigte.

aa) Die Berufungsbeklagte wurde in der Bausicherung kurzfristig und unkompliziert tätig. Vor diesem Hintergrund ist es angemessen, beim Berufungskläger einen ähnlichen Massstab anzulegen und von ihm das Voranbringen der Abklärungen mit einer gewissen Zügigkeit und Ernsthaftigkeit zu verlangen. Bei der Summe von Fr. 66'908.70 handelt es sich immerhin um einen nicht unerheblichen Betrag, auf den eine (Bau-)Firma angewiesen ist und es sich nicht ohne Weiteres leisten kann, einen solchen allzu lange offen stehen zu lassen. Es konnte dem Berufungskläger also durchaus zugemutet werden, die Sache als dringlich anzuschauen und

auch so zu behandeln. Ebenso ist das Interesse der Berufungsbeklagten, die Forderung möglichst schnell einzuziehen, auch um sie schlussendlich nicht etwa abschreiben zu müssen, nachvollziehbar. Es muss mithin ein Kompromiss zwischen ihrem Interesse, über den Betrag zu verfügen, und einem der Komplexität der abzuklärenden Fragen angemessenen Zeitrahmen gefunden werden: An der Berufungsverhandlung brachte Rechtsanwalt Metzger vor, der Berufungskläger habe die Vereinbarung so interpretiert, dass noch abzuklären sei, wer den Auftrag erteilt habe. Versteht man die Vereinbarung in diesem Sinne, so handelte es sich um eine tatsächliche Frage, die abzuklären war. Dafür ist eine Zeitspanne von ungefähr einem Jahr mehr als ausreichend. Versteht man die Vereinbarung wie die Berufungsbeklagte derart, dass die Regressverhältnisse zwischen der Bauherrschaft, den Planern und der Versicherungsgesellschaft unklar und somit abzuklären waren (so interpretierte sie auch der Berufungskläger noch in seiner Prozessantwort vom 22. September 2008, Ziff. 2.b S. 3), handelt es sich um eine rechtliche Frage. Sicherlich nimmt eine solche mehr Zeit in Anspruch, womit diesfalls für die Abklärungen ein etwas weiter gefasster Zeitrahmen einzuräumen ist. Indessen darf auch in diesem Fall das Interesse der Berufungsbeklagten nicht ausser Acht gelassen werden. Ausserdem ist fraglich, ob es in diesem Fall nach Treu und Glauben seitens des Berufungsklägers nicht angezeigt gewesen wäre, seine Leistung aus dem Werkvertrag bereits nach einer vorläufigen Prüfung der Angelegenheit zu erbringen, zumal die rechtliche Abklärung von internen Rückgriffsverhältnissen die rechtliche Beziehung zwischen den Berufungsparteien nicht betrifft. Auf diese Frage ist jedoch nicht näher einzugehen, da vorliegend unabhängig von welcher Auffassung ausgegangen wird ein Zeitraum von maximal einem Jahr eine vernünftige Dauer für die Abklärungen, besondere Gründe für eine Verzögerung vorbehalten, darstellt. Dies gilt auch deswegen, weil die Abklärungen zum Zeitpunkt der Telefongespräche schon im Gang waren und nicht etwa erst danach gestartet wurden (vgl. KB 11: „da die Zuständigkeit resp. die Verantwortung [...] noch in Abklärung ist“).

bb) Gemäss der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 wollte der Berufungskläger Abklärungen anstellen und je nach deren Ausgang die Forderung selbst bezahlen, sollte er für die Schadensursache verantwortlich bzw. zuständig sein, oder dann die Berufungsbeklagte an die zuständige Partei verweisen. Hinsichtlich des Verhaltens der beiden Parteien ist zunächst zu bemängeln, dass die Berufungsbeklagte sich beim Berufungskläger nicht zum Abklärungsfortschritt erkundigte. Die Berufungsbeklagte muss sich also insofern ein passives Verhalten entgegen halten lassen. In den Schreiben vom 26. März 2008 verlangte sie dann direkt die Erfüllung ihrer Forderung. Es wäre wohl vorteilhaft gewesen, einen behutsameren Weg einzuschlagen

und zuerst Informationen zum Stand der Abklärungen bei dem Berufungskläger einzuholen. Falls nötig, hätte sie nachhaken sowie, hätte sich keine Bereitschaft des Berufungsklägers abgezeichnet, die Abklärungen in nächster Zeit zu einem Ende zu bringen, erst einmal eine Frist zur Beendigung der Abklärungen setzen können. An eine derartige Vorgehensweise gebunden war die Berufungsbeklagte jedoch nicht. So wird sie in der Vereinbarung nirgends verpflichtet, sich selbst über die Abklärungen zu informieren. Vielmehr bestand nach Treu und Glauben die Pflicht zur aktiven Information auf Seiten des Berufungsklägers. Es lag an ihm die Berufungsbeklagte in dieser Angelegenheit auf dem Laufenden zu halten. Der Berufungskläger hat hingegen nie von sich aus eine Rückmeldung über den Fortschritt der Abklärungsgespräche gegeben. Ebenso reagierte er auf die Zinsrechnung per 31. Dezember 2007 und auf die Zahlungsaufforderung vom 26. März 2008 mit keinem Wort. Wie schon ausgeführt, sind die Vorbringen, er habe diese Schreiben nie erhalten, angesichts der geschlossenen Vereinbarung (KB 11) nicht glaubhaft. Er hätte, hätte er die Klageeinleitung abwenden wollen, nach Treu und Glauben somit zumindest auf das letzte Schreiben antworten müssen oder allenfalls die Berufungsbeklagte spätestens zu diesem Zeitpunkt darüber informieren müssen, dass die Abklärungsgespräche noch immer nicht abgeschlossen seien und er dafür mehr Zeit benötige. Eine plausible Begründung, warum die Abklärungen noch zu keinem Ende gekommen sind, wäre angebracht gewesen, wurde aber nicht einmal an der Haupt- oder Berufungsverhandlung eingewendet. Wichtig wäre aber insbesondere gewesen, dass die Berufungsbeklagte vom Verlauf der Abklärungen in den Grundzügen Kenntnis erhalten hätte und sich in der Folge mit dem Berufungskläger, wenn nötig, auf eine Frist zum Schluss der Abklärungen hätte einigen können, welche auch über ein Jahr hinaus hätte gehen können. Ebenso wäre es dem Berufungskläger zuzumuten gewesen, schon über Zwischenergebnisse der Abklärungen zu berichten. Auf alle Fälle aber durfte er die Berufungsbeklagte nicht ohne jegliche Antwort oder Kontaktaufnahme im Ungewissen über den Stand der Abklärungen, mit anderen Worten den voraussichtlichen Erfüllungstermin ihrer Forderung, stehen lassen. Immerhin begünstigte ihn die geschlossene Vereinbarung, wie weiter oben dargestellt, weit mehr als die Berufungsbeklagte. Es konnte also von ihm erwartet werden, diese in zumutbarem Rahmen vom Lauf der Abklärungen zu unterrichten. Im Gegensatz dazu äusserte sich der Berufungskläger in keiner Weise über den Stand der Abklärungen. Das berufungsklägerische Verhalten erweist sich somit als treu- und pflichtwidrig.

cc) Nach dem Gesagten durfte die Berufungsbeklagte nach Ablauf einer vernünftigen Abklärungsdauer von einem Jahr die Bezahlung ihrer Leistung aus

Werkvertrag vom Berufungskläger direkt verlangen. Sie ging im Zeitpunkt ihrer Klageeinleitung zu Recht davon aus, namentlich auch, weil der Berufungskläger sie nie auf allfällige die Abklärungen hinauszögernde Umstände hinwies, dass die Abklärungen entweder weit fortgeschritten oder beendet waren bzw. der Berufungskläger die Forderung nicht zu begleichen gedenkt. Es war für die Berufungsbeklagte, nachdem keine Antwort auf ihre Kontaktversuche zurückkam, nach ungefähr einem Jahr absehbar, die Sache würde ohne die Einleitung rechtlicher Schritte nicht vorankommen. Die Festsetzung einer Frist oder Rückfrage seitens der Berufungsbeklagten war, wenn auch grundsätzlich wünschenswert, im vorliegenden Fall nicht zwingend angezeigt. Die Pflicht, über die Abklärungsfortschritte zu informieren lag vielmehr beim Berufungskläger, da er in erster Linie durch die Einseitigkeit der Regelungen in der Vereinbarung von dieser profitierte. Die Berufungsklägerin durfte folglich aus der Untätigkeit des Berufungsklägers schliessen, dass er nicht vorhatte, die Forderung innert nützlicher Frist zu begleichen. Die Berufung ist demnach insgesamt abzuweisen.

6. Nach Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO wird die in einem zivilrechtlichen Berufungsverfahren unterliegende Partei in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Die unterliegende Partei wird zudem verpflichtet, der obsiegenden Partei alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 223 ZPO in Verbindung mit 122 Abs. 2 ZPO).

a) Vorliegend wird die Berufung abgewiesen. Bei diesem Ausgang gehen die amtlichen Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 6'000.— Gerichtsgebühr und Fr. 320.— Schreibgebühr, insgesamt Fr. 6'320.—, zulasten des Berufungsklägers.

b) Der Rechtsvertreter der obsiegenden Berufungsbeklagten hat seine Honorarnote anlässlich der Berufungsverhandlung nicht eingereicht. Die angekündigte spätere Einreichung kann nicht berücksichtigt werden, zumal das Gericht gestützt auf Art. 116 ZPO direkt im Anschluss an die Hauptverhandlung über die Streitsache zu entscheiden hat. Anstatt dessen legt die II. Zivilkammer den für eine sachgerechte Interessenwahrung notwendigen Aufwand schätzungsweise fest. Der Rechtsvertreter der Gegenpartei machte in seiner Honorarnote einen Aufwand von Fr. 4'777.45 geltend (act. 07/2). Lässt man den Aufwand für die Fahrt von F. nach Chur – welchen Rechtsanwalt Bianchi nicht hatte – ausser Acht, verbleiben ca. Fr. 4'000.—. Anlässlich der Berufungsverhandlung beanstandete Rechtsanwalt Bianchi diese Honorarnote von Rechtsanwalt Metzger als unangemessen. Diese Ansicht wird vom Gericht geteilt. In Anbetracht des Umfangs der Rechtschriften, der Akten,

der rechtlichen Problematik, der Bedeutung der Sache und des Aufwands für die mündliche Berufungsverhandlung, erachtet das Gericht eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 3'000.— einschliesslich Mehrwertsteuer zugunsten der Berufungsbeklagten als angemessen.

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

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 6'000.— zuzüglich Schreibgebühren von Fr. 320.—, insgesamt somit Fr. 6'320.—, gehen zulasten des Berufungsklägers, welcher die Berufungsbeklagte ausserdem mit Fr. 3'000.— einschliesslich Mehrwertsteuer ausseramtlich zu entschädigen hat.
3. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist 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. und Art. 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an: