



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

Ref.:
ZK2 09 67

Chur, 05. April 2011

Schriftlich mitgeteilt am:
13. September 2011

Urteil

II. Zivilkammer

Vorsitz	Hubert
RichterInnen	Bochsler und Michael Dürst
Aktuarin	Thöny

In der zivilrechtlichen Berufung

des X., Beklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Ilario Bondolfi, Poststrasse 43, 7002 Chur,

sowie der Anschlussberufung

der Y. - A G., Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas J. Meile, Piazza da Scoula 6, 7500 St. Moritz,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 8. Juli 2009, mitgeteilt am 21. September 2009,

betreffend Forderung.

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Die Baugesellschaft A. schloss am 21. April 2005 mit der B.-AG/Y.-AG einen Werkvertrag über sämtliche Sanitärinstallationen für die Erstellung der dritten Bauetappe bestehend aus den Häusern F und G der Überbauung C. in D. ab. Inhalt dieses Werkvertrags war die Lieferung von Sanitärapparaten sowie deren Montage. Nach Übernahme seiner Wohnungen F7 und F8 sowie der disponiblen Räume F10 und F11 wollte X. Änderungen am Sanitärkonzept planen und ausführen. Mit den Arbeiten wurde die sich ohnehin auf dem Bau befindliche Y.-AG beauftragt, wobei bloss ein mündlicher Werkvertrag abgeschlossen wurde. Gestützt auf diesen Vertrag führte die Y.-AG in den genannten Räumen verschiedene Änderungen am Sanitärkonzept aus.

B. Da sich die Parteien in der Folge nicht über den Werklohn einigen konnten, liess die Y.-AG am 17. Juni 2008 beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin Klage gegen X. betreffend Forderung einreichen. Gemäss Leitschein stellten die Parteien anlässlich der Sühneverhandlung vom 29. August 2008 die folgenden Anträge:

Klägerisches Rechtsbegehren

- „1. *Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 86'000.55 nebst Zins zu 5% seit 20. November 2007 zu bezahlen.*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten.*

Beklagtisches Rechtsbegehren

1. *Abweisung der Klage*
2. *Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerschaft.“*

C. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung unterbreitete die Y.-AG die Streitsache mit Eingabe vom 9. Januar 2009 dem Bezirksgericht Maloja, wobei das Rechtsbegehren insoweit geändert wurde, als der Zins von 5% erst ab 19. Dezember 2007 gefordert wurde.

D. Mit Urteil vom 8. Juli 2009, mitgeteilt am 21. September 2009, erkannte das Bezirksgericht Maloja wie folgt:

- „1. *Die Klage wird teilweise gutgeheissen und der Beklagte verpflichtet, der Klägerin CHF 66'151.85 zuzüglich 5% Zins seit 25. September 2007 zu bezahlen.*
2. *Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 8'000.--, einem Streitwertzuschlag von CHF 1'500.-- und*

Schreibgebühren von CHF 500.--, sowie die vermittleramtlichen Kosten von CHF 300.-- werden zu 1/4 der Klägerin und zu 3/4 dem Beklagten auferlegt.

3. *Der Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin mit CHF 8'537.75 ausseramtlich zu entschädigen.*
4. *(Rechtsmittelbelehrung).*
5. *(Mitteilung).“*

E. Gegen dieses Urteil liess X. am 12. Oktober 2009 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären, wobei er das folgende Rechtsbegehren stellte:

- „1. *Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.*
2. *Die Klage der Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen.*
3. *Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zu Lasten der Berufungsbeklagten.“*

F. Im Rahmen seiner Berufungsantwort vom 2. November 2009 erklärte die Y.-AG Anschlussberufung, wobei sie das folgende Rechtsbegehren stellte:

- „1. *Es sei die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil aufzuheben.*
2. *Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 86'000.55 nebst Zins zu 5% seit 20. November 2007 zu bezahlen.*
3. *Die Verfahrenskosten vor Bezirksgericht seien vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen.*
4. *Der Beklagte sei zu verpflichten, die Klägerin für das Verfahren vor Bezirksgericht mit CHF 17'075.50 ausseramtlich zu entschädigen.*
5. *Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten im Berufungsverfahren.“*

In seiner Anschlussberufungsantwort vom 12. Januar 2010 liess X. die Abweisung der Anschlussberufung unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsbeklagten beantragen.

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

II. Erwägungen

1.a) Am 1. Januar 2011 ist die neue eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 und Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung des angefochtenen Entscheides in Kraft ist. Vorliegend ist der angefochtene Entscheid am 8. Juli 2009 ergangen. Mitgeteilt wurde er am 21. September 2009. Dementsprechend ist die alte bündnerische Zivilprozessordnung vom 1. Dezember 1985 (ZPO-GR; BR 320.000) anwendbar, welche bis am 31. Dezember 2010 in Kraft war.

b) 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-GR in Verbindung mit Art. 19 ZPO-GR). Die Berufung ist innert 20 Tagen von der schriftlichen Mitteilung des Urteils an 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-GR). Der Berufungswert ist vorliegend erreicht. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist damit gegeben. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Berufung vom 12. Oktober 2009 kann demzufolge eingetreten werden. Auch die Anschlussberufung vom 2. November 2009 vermag den gesetzlichen Anforderungen gemäss Art. 220 Abs. 1 ZPO-GR zu genügen, weshalb auch darauf eingetreten werden kann.

2. Im vorliegenden Verfahren geht es um eine grössere Wohnüberbauung in D.. In diesem Zusammenhang schloss die Baugesellschaft A. AG als Auftraggeberin (Bauherrschaft) mit der B.-AG/Y.-AG als Unternehmerin bezüglich der sanitären Anlagen einen Werkvertrag (Werkvertrag I) ab. Die Bauherrschaft wurde durch die Projektleitung, das heisst durch E., vertreten (KB 3). Als Fachingenieur wurde die F.-AG beigezogen (KB 2). X. hat sich in der Folge die Wohnungen F7 und F8 sowie die disponiblen Räume F10 und F11 abtreten lassen, um sie nach seinen eigenen Vorstellungen fertig stellen zu können. Dazu waren Anpassungen gegenüber dem vorgesehenen Grundausbau erforderlich. Mit diesen Arbeiten wurde ebenfalls die Y.-AG beauftragt. Dabei wurde ein mündlicher Werkvertrag (Werkvertrag II) abgeschlossen. Es wurde vereinbart, dass die Arbeiten in Regie ausgeführt werden. Im Übrigen sollten die Konditionen gemäss Werkvertrag I gelten. Somit bildete der Grundausbau der fraglichen Räume Gegenstand des Werkvertrages I, während der Endausbau, das heisst die

Lieferung und der Einbau von zwei Closomaten sowie die baulichen Anpassungsarbeiten des Grundausbau, im Werkvertrag II geregelt wurden. Zur Überwachung der Anpassungsarbeiten setzte X. einen Bauleiter in der Person von G. ein. Zwischen den Parteien nicht bestritten wird die Tatsache, dass die Y.-AG die Anpassungsarbeiten in den Wohnungen von X. gestützt auf den Werkvertrag II erbracht hat. Strittig ist jedoch die Höhe des dafür geschuldeten Werklohnes. Die Vorinstanz gelangte im angefochtenen Urteil zum Ergebnis, dass X. die zur Diskussion stehenden Wohnungen und disponiblen Räume spätestens Ende Mai 2006 von der Baugesellschaft A. übernommen hatte. Danach habe die Y.-AG auf Wunsch von X. darin Anpassungs- beziehungsweise Montagearbeiten vorgenommen. Für diese Regiearbeiten seien Tagesrapporte erstellt, welche ab dem 5. Oktober 2006 jeweils von X. selbst beziehungsweise von seinem Bauleiter G. unterzeichnet worden seien. Die Vorinstanz leitete daraus ab, dass die angefochtene Schlussrechnung der Y.-AG dadurch auch in Bezug auf die Anpassungs- und Montagearbeiten im Sinne von Art. 154 SIA-Norm 118 prüffähig war und hiess die Klage im Umfang von Fr. 66'151.85 zuzüglich 5% Zins seit dem 25. September 2007 gut, wobei die von E. unterzeichneten Tagesrapporte unberücksichtigt blieben. X. als Berufungskläger wendet dagegen ein, dass die Y.-AG für die den Grundausbau betreffenden Sanitärarbeiten von der Baugesellschaft A. bezahlt worden sei. Aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrags stünden ihr nur eine Entschädigung für die Anpassungen gegenüber diesem Grundausbau zu. Die Y.-AG habe bis heute keine Schlussrechnung eingereicht, aus welcher eine exakte Abgrenzung zwischen dem bereits entschädigten Grundausbau und den Vertragsgegenstand bildenden Anpassungsarbeiten hervorgehen würde. Aus diesem Grund sei die Klage abzuweisen. Selbst wenn eine prüffähige Schlussrechnung vorläge, wäre die eingeklagte Forderung unbegründet, soweit sie auf Regierapporte gestützt werde, die von E. oder H. unterzeichnet worden seien. Denn insoweit richte sie sich nicht gegen den Beklagten. Darüber hinaus sei ein Abzug für die von der Gegenpartei anerkannten mangelhaften Closomaten sowie den vereinbarten Rabatt von 18% zu gewähren, womit eine noch nicht fällige Forderung von Fr. 24'093.85 übrig bliebe. In den nachstehenden Erwägungen ist auf diese Rügen im Einzelnen einzugehen.

3. Der Berufungskläger macht zunächst geltend, es liege keine im Sinne von Art. 154 SIA-Norm 118 prüffähige Abschlussrechnung vor. Aus den von der Berufungsbeklagten eingereichten Rechnungsunterlagen gehe in keiner Weise hervor, welche Arbeiten in Ausführung des Werkvertrags für die Grundaustattung

zwischen der Baugesellschaft A. und der B.-AG/Y.-AG und welche Arbeiten in Erfüllung des Werkvertrags zwischen den Parteien realisiert worden seien. Auch aus den von der Berufungsbeklagten ins Recht gelegten einzelnen Tagesrapporten könne diese Aufteilung nicht herausgelesen werden. Der in Art. 154 SIA-Norm 118 statuierten Pflicht zur Vorlegung einer prüffähigen Schlussrechnung komme die Berufungsbeklagte nicht nach, indem sie dem Besteller eine Rechnung für sämtliche Arbeiten, die sie an einem bestimmten Ort geleistet habe, überreiche, damit dieser dann jene auswähle, die ihn betreffen würden. Solange keine prüffähige Schlussrechnung vorliege, könne auch die Werklohnforderung der Berufungsbeklagten nicht fällig werden.

a) Die Schlussabrechnung im Sinne von Art. 153 SIA-Norm 118 ist jene Abrechnung des Unternehmens, die den Teil der Vergütung feststellt, der sich nach den vereinbarten Einheits-, Global- und Pauschalpreisen bestimmt (Schlussabrechnungssumme). Sowohl die Rechnungsstellung für Regiearbeiten als auch die Teuerungsabrechnung erfolgen laufend (Art. 55, Art. 66 Abs. 4) und werden daher von der Schlussabrechnung nicht erfasst. Wurde jedoch die Rechnungsstellung für bestimmte Regiearbeiten oder wurde die Teuerungsabrechnung für eine bestimmte Periode unterlassen, so ist die entsprechende Rechnung gleichzeitig mit der Schlussabrechnung einzureichen (Art. 153 Abs. 2 SIA-Norm 118). Mit anderen Worten ist die Schlussabrechnung somit eine Gesamtabrechnung nur über die Leistungen zu *festen* Preisen. Hingegen umfasst sie nicht auch die Regie- und Teuerungsrechnungen. Auf das Ganze bezogen ist sie somit keine Gesamtabrechnung. Der Schlussabrechnung fügt der Unternehmer eine Zusammenstellung bei, die einen Überblick gibt über sämtliche vom Unternehmer gestellten Rechnungen (einschliesslich der Schlussabrechnung) sowie über die bis zum Tag der Schlussabrechnung erhaltenen und die noch ausstehenden Zahlungen des Bauherrn (Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118). Abgesehen von der Verzichtregel des Art. 156 hat die Zusammenstellung gemäss Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 nur informative, aber keine rechtliche Bedeutung. Sie ist eine Pro-Memoria-Liste, die dem Bauherrn einen Überblick verschaffen soll. Auch bildet sie nicht Gegenstand der Prüfung oder Anerkennung durch die Bauleitung (vgl. zum Ganzen Schumacher, Kommentar zur SIA-Norm 118; Art. 38-156, Zürich 1992, N. 1 ff. zu Art. 153; Gauch, Der Werkvertrag, Zürich 1996, N. 1173 ff.). Ordnungsgemäss eingereicht wird die Schlussabrechnung, wenn sie fristgerecht, das heisst spätestens zwei Monate nach der Abnahme eingereicht wird. Ausserdem muss auch die Abrechnung selber ordnungsgemäss sein, indem sie den einschlägigen

Bestimmungen des Werkvertrags oder der Verkehrsübung entspricht und überprüfbar ist. Zur Abgrenzung der Festpreise (Einheits-, Global- und Pauschalpreise) von den Regierechnungen ist häufig erforderlich, dass der Bauleitung nicht nur die Schlussabrechnung samt Ausmassurkunden, sondern auch die Regierechnungen vorliegen, wobei diese spätestens gleichzeitig mit der Schlussabrechnung und damit spätestens zwei Monate nach der Abnahme einzureichen sind (vgl. Schumacher, a.a.O., N. 9 zu Art. 154).

b) Im vorliegenden Fall ist ausgewiesen, dass für die Regiearbeiten Tagesrapporte mit den dafür jeweils in Rechnung zu stellenden Beträgen erstellt wurden (KB 14). Der Berufungskläger behauptet zu Recht nicht, diese seien nicht gleichzeitig mit der Schlussabrechnung eingereicht worden. Die Gleichzeitigkeit ergibt sich alleine schon daraus, dass die Schlussabrechnung vom 7. Oktober 2007 datiert und die Prüfung derselben durch die F.-AG, respektive die dafür zuständige I., am 11. Oktober 2007 erfolgte, und zwar gestützt auf die Projekt- und Revisionspläne und insbesondere auch auf die Regierapporte. Mehr sei für die entsprechende Prüfung nicht benötigt worden (vgl. Zeugenaussage I. S. 3). Es bestehen somit keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Schlussabrechnung verspätet eingereicht und demzufolge nicht ordnungsgemäss erfolgte. Was die Prüfbarkeit im engeren Sinne betrifft, so ist zunächst festzuhalten, dass vorliegend die Zusammenstellung nach Art. 153 Abs. 3 SIA-Norm 118 in das Dokument der Schlussabrechnung integriert wurde, was rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu Schumacher, a.a.O., N. 13). Das bedeutet jedoch nicht, dass die Zusammenstellung dadurch auch zum Prüfungsgegenstand wurde. Dies wird durch Art. 153 Abs. 2 SIA-Norm 118 ausdrücklich ausgeschlossen. Durch die Baufirma zu prüfen ist einzig, ob die Leistungen zu festen Preisen korrekt erfasst wurden und - was sich daraus ergibt - ob die Festpreise von Regierechnungen korrekt abgegrenzt wurden. Dies ist im vorliegenden Fall zweifellos gegeben. In der kombinierten Schlussabrechnung (KB 14) sind sämtliche Regierapporte mit der entsprechenden Nummer sowie mit dem Datum und dem daraus hervorgegangenen Rechnungsbetrag versehen. Damit konnte ohne weiteres überprüft werden, ob die aufgeführten Regiearbeiten auch mit den Tagesrapporten (KB 13) übereinstimmten und welche Arbeiten genau verrechnet wurden. Die jeweiligen Tagesrapporte wurden überdies entweder vom Berufungskläger selbst oder aber von dessen Bauleiter unterzeichnet. Es bestehen demzufolge keine Zweifel darüber, dass die Schlussabrechnung im Sinne von Art. 154 Abs. 1 SIA-Norm 118 ordnungsgemäss eingereicht und damit auch überprüfbar war. Der Einwand des Berufungsklägers, der Unternehmer habe lediglich eine Rechnung

überreicht, bei welcher der Besteller habe auswählen müssen, welche Leistungen ihn betreffend würden, ist nach dem Gesagten offenkundig unzutreffend. Vielmehr hat die Y.-AG in ihrer Schlussrechnung neben den Festpreisen zur Abgrenzung auch sämtliche Regierapporte aufgeführt, die ihres Erachtens ausschliesslich Arbeiten im Rahmen des Werkvertrags II betrafen. Die Zeugin I. führte dazu in ihrer Einvernahme vom 8. Juni 2009 aus, es seien zusätzliche Listen erstellt worden, um der Bauherrschaft zu begründen, wie sich die Mehrkosten zusammensetzten. Sie hätten intensiv nachforschen müssen, was für Mehrarbeiten verrechnet worden seien. Um das auch plausibel zu machen, hätten sie aufgelistet, was im Projekt und was in der Ausführung gewesen sei. Sie sei als Hilfe gedacht gewesen, um überhaupt zu sehen, was geleistet worden sei und was nicht. Sie denke, dass die Rechnung im Endergebnis wirklich richtig gewesen sei. Hätte sich aus den Regierapporten ergeben, dass nicht alle Leistungen einen Bezug zum Werkvertrag II gehabt hätten und sie daher zu Unrecht aufgeführt worden wären, so hätte I. diese Differenzen in Anwendung von Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 dem Unternehmen unverzüglich mitteilen müssen, was vorliegend aber nicht erfolgt ist. Der Einwand, es liege keine prüfungsfähige Abschlussrechnung vor, ist somit unbegründet. Damit erweist sich auch der weitere Einwand des Berufungsklägers, wonach die Fälligkeit der Forderung noch gar nicht eingetreten sei, als unbehelflich.

4. Des Weiteren rügt der Berufungskläger, die von der Y.-AG eingereichten Tagesrapporte würden keinen Beweis darstellen, dass die Arbeiten tatsächlich unter dem Werkvertrag II geleistet worden seien. Bereits die Vorinstanz habe zu Recht die Klage abgewiesen, soweit sie sich auf Tagesrapporte stützte, die vom Bauleiter der Baugesellschaft A., E., gegengezeichnet worden seien. Es bestehe aber nach wie vor der Verdacht, dass noch weitere Tagesrapporte Arbeiten dokumentieren würden, die nicht für ihn, sondern für die Baugesellschaft geleistet worden seien. Auch diesbezüglich könnte einzig die von der Y.-AG verlangte saubere Aufstellung der geleisteten Arbeiten Aufschluss geben. Zum Mindesten aber sei die eingeklagte Forderung dahingehend zu bereinigen, dass sämtliche von E. oder H. unterzeichneten Regierapporte unberücksichtigt blieben.

Ein vom Besteller (oder seinem bevollmächtigten Vertreter) unterzeichneter Regierapport begründet eine tatsächliche (natürliche) Vermutung dafür, dass sein Inhalt der Wahrheit entspricht, also „richtig“ ist und der ausgewiesene Aufwand nötig war. Diese Vermutung kann zwar durch blossen Gegenbeweis entkräftet werden. Zum erfolgreichen Gegenbeweis genügt es allerdings nach herrschender Lehre nicht, dass der Besteller nachweist, der Rapport sei seinerzeit ohne Prüfung

unterzeichnet worden (Gauch, a.a.O., N.1028). Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, haben X. selbst (3) und sein Bauleiter G. (72) alle 75 massgeblichen Tagesrapporte ab dem 5. Oktober 2006 selbst unterzeichnet. Somit besteht gemäss zitierter Praxis die Vermutung, dass der darin ausgewiesene Aufwand auch im direkten Zusammenhang mit dem Werkvertrag II steht, andernfalls der Berufungskläger beziehungsweise sein Bauleiter zur Unterzeichnung der Tagesrapporte nicht zuständig gewesen wäre. Die blosser Äusserung eines „Verdachts“, die ausgewiesenen Arbeiten könnten dennoch für die Baugesellschaft A. und nicht für den Berufungskläger geleistet worden sein, reicht nicht aus, um einen die tatsächliche Vermutung zu entkräftenden Gegenbeweis zu erbringen. Vielmehr hat die Bauleitung gemäss Art. 154 Abs. 3 SIA-Norm 118 dem Unternehmer die festgestellten Differenzen mitzuteilen und zu begründen. Das heisst nichts anderes, als dass sie konkret darzutun hat, worin die Differenzen bestehen. Dies hat der Berufungskläger in der Prozessantwort einzig hinsichtlich der vom Bauleiter der Baugesellschaft A., E., unterzeichneten Regierapporte gemacht. Diesbezüglich hat bereits die Vorinstanz zu seinen Gunsten entschieden, indem sie die entsprechenden Rapporte aus der Schlussrechnung strich. Soweit der Berufungskläger jedoch in seiner Berufung zusätzlich auf H. hinweist, handelt es sich hierbei um eine erstmals in der Berufungsschrift aufgestellte und damit um eine neue Behauptung, die vorliegend nicht berücksichtigt werden kann. Die in der Berufungsschrift geltend gemachte weitere Reduktion der Forderungssumme ist demzufolge abzulehnen.

5. Der Berufungskläger rügt weiter, dass die Klage unbegründet sei, soweit damit die Bezahlung für die Lieferung und Montage der Closomaten begehrt werde. Die Gegenpartei habe anerkannt, dass die von ihr gelieferten Closomaten mangelhaft seien und ihm die Auswechslung durch zwei gleichwertige Geräte zugesichert. Für die Lieferung habe die Y.-AG Fr. 11'369.80 zuzüglich Mehrwertsteuer eingeklagt. Welcher Betrag ihm für die Montage berechnet worden sei, könne anhand der ihm vorliegenden Unterlagen nicht mit Sicherheit eruiert werden. Gemäss Art. 368 Abs. 2 OR sowie Art. 169 Abs. 1 Ziff. 2 SIA-Norm 118 habe er das Recht, einen dem Minderwert des Werkes entsprechenden Abzug am Lohn zu machen. Im vorliegenden Fall entspreche dieser den Kosten, die für die Lieferung und Montage der Closomaten anfallen würden. Vermutungsweise würden diese Kosten dem Betrag entsprechen, den die Y.-AG für diese Leistungen in Rechnung gestellt habe, nämlich mindestens Fr. 15'749.15 zuzüglich Mehrwertsteuer, wovon die Vorinstanz jedoch nur Fr. 13'225.60 zugesprochen habe. Nach Berücksichtigung der Mehrwertsteuer ergebe dies eine

Reduktion von Fr. 14'230.75. Die Berufungsbeklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Berufungskläger habe keinen Anspruch auf diese Minderung, weil sie auf ihrem vorrangigen Nachbesserungsanspruch beharre. Es sei nicht dargetan, dass sie ihren Nachbesserungsanspruch verwirkt habe. Solange ein solcher seitens des Unternehmens bestehe und damit ein Minderungsanspruch des Bestellers fehle, sei auch der unter diesem Titel geltend gemachte Abzug vom Grundsatz her ungerechtfertigt.

a) Nach Art. 368 Abs. 2 OR kann der Besteller bei Mangelhaftigkeit des Werkes Nachbesserung verlangen. Durch die Ausübung dieses Nachbesserungsrechts (die Nachbesserungserklärung) entsteht die Nachbesserungsschuld des Unternehmers. Die Erklärung, mit welcher der Besteller die Nachbesserung verlangt, ist ein Gestaltungsgeschäft und unwiderruflich. Die entstandene Nachbesserungsschuld kann vom Besteller weder dadurch beseitigt werden, dass er die Nachbesserungserklärung widerruft, noch dadurch, dass er auf seine Nachbesserungsforderung einseitig verzichtet. Hat der Besteller sein Nachbesserungsrecht gestützt auf einen bestimmten Mangel ausgeübt, so ist ein allfälliges Wandelungs- und Minderungsrecht aus diesem Mangel erloschen. Das ursprüngliche Wahlrecht des Bestellers lebt erst wieder auf, wenn der Unternehmer mit der Erfüllung seiner Nachbesserungsschuld in Verzug gerät; ausserdem, wenn die verlangte Mängelbeseitigung objektiv unmöglich wird (vgl. zum Ganzen Guhl, a.a.O., N. 1835 ff.).

b) Im Antwortschreiben der Y.-AG vom 28. Mai 2008 an den Berufungskläger (KB 15) wird ausgeführt, dass der gemeldete Mangel betreffend defekte Closomaten bekannt sei und auch behoben werde. Weitere Mängel indessen seien nicht bekannt. Ein Rückbehalt von weit mehr als Fr. 80'000.-- unter diesem Titel sei völlig unverhältnismässig, im Bauwesen unüblich und keineswegs gerechtfertigt. In diesem Sinne könne niemals die Rede von einer Vorleistung der Berufungsklägerin sein. Die Y.-AG erkläre ihre Bereitschaft, die Angelegenheit der Closomaten in Ordnung zu bringen, sobald die Rechnung, unter Abzug eines angemessenen Rückbehalts für die beiden Closomaten bezahlt sei. Sie erwarte als Akonto die Zahlung eines Betrages von Fr. 70'000.-- bis zum 10. Juni. In seinem Antwortschreiben vom 23. Juni 2008 führte der Berufungskläger aus, er sei bereit, den Ersatz der beiden Closomaten durch J. Toiletten durch die Y.-AG zu akzeptieren. In diesem Sinne fordere er sie auf, die beiden Toilettenanlagen noch einzubauen. Unter deren Berücksichtigung sei er bereit, eine Anzahlung von Fr. 40'000.-- an die Forderung der Y.-AG zu leisten. Den Restbetrag werde er nach der mängelfreien Abnahme der noch offenen Toilettenanlagen bezahlen. Am

1. Juli 2008 bestätigte die Berufungsbeklagte, sie sei mit dem Vorgehen einverstanden. Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass der Berufungskläger von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht hatte, indem er bezüglich der beiden Closomaten die Nachbesserung verlangte. Die Y.-AG war mit der Nachbesserung einverstanden. Beide Parteien waren sich auch darin einig, dass der Berufungskläger vom gemäss dem gesamthaft in Rechnung gestellten Betrag von Fr. 83'420.55 vorerst Fr. 40'000.-- bezahlt, worauf dann die Nachbesserung vorgenommen wird. Bei diesem Betrag von Fr. 40'000.-- handelte es nicht um eine Anzahlung für die Nachbesserung, sondern vielmehr um eine Akontozahlung an die Schlussabrechnung. Streitig war unter den Parteien einzig die Höhe der Schlussabrechnung, die der Berufungskläger im Sinne der von ihm nachträglich eingeholten Abrechnung der Baukostenplanung Ernst AG reduziert wissen wollte. Dies steht aber nicht im direkten Zusammenhang mit der Frage der Nachbesserung der Closomaten. Gemäss dem vorstehend zitierten Schriftenwechsel waren sich die Parteien darüber einig, dass der Berufungskläger vorleistungspflichtig ist, das heisst, dass er zunächst Fr. 40'000.-- als Akontozahlung zu überweisen hatte, worauf dann die Berufungsbeklagte die Nachbesserung vorgenommen hätte. Der Berufungskläger hat diesen Betrag jedoch nicht überwiesen, weshalb die Y.-AG auch nicht in Verzug geraten konnte. Kommt hinzu, dass die Parteien weder für die Akontozahlung noch für die Nachbesserung eine Frist gesetzt hatten. Befand sich die Y.-AG somit nicht im Schuldnerverzug, entfällt auch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit des Bestellers, nach ergebnislosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist auf die Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer zu verzichten und stattdessen Ersatz des aus der Nichterfüllung der Nachbesserungsschuld entstandenen Schadens zu verlangen (vgl. hierzu Guhl, a.a.O., N. 1831). Auch eine Ersatzvornahme durch den Besteller selbst mit Berufung auf ungerechtfertigte Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag fällt gemäss der vorstehend zitierten Lehre ausser Betracht (vgl. Guhl, a.a.O., N. 1830 mit weiteren Hinweisen). Nach dem Gesagten steht somit fest, dass der Berufungskläger von seinem Nachbesserungsrecht Gebrauch machte und sich die Parteien über die genaue Abwicklung einig waren. Aufgrund der Tatsache, dass der Berufungskläger jedoch seiner Vorleistungspflicht nicht nachgekommen ist, wurde die Berufungsbeklagte, welche ihrerseits bis anhin keine Nachbesserung durchführte, nicht in Schuldnerverzug versetzt. Aus diesem Grund ist der vom Berufungskläger gemachte Abzug für mangelhafte Apparate unbegründet und daher abzuweisen.

6. Der Berufungskläger machte bereits vor der Vorinstanz geltend, aus den von der Y.-AG ins Recht gelegten Aufstellung der Baukostenplanung Ernst AG vom 4. August 2008 gehe hervor, dass bei den Wohnungen F2, F3, F5 und F6, bei denen ebenfalls individuelle Ausbauwünsche berücksichtigt worden seien, im Werkvertrag zwischen der Baugesellschaft A. und der B.-AG/Y.-AG jeweils Gutschriften in Höhe von Fr. 15'325.40 pro Wohnung gemacht worden seien. Eine entsprechende Gutschrift für die Wohnungen F7 und F8 sei demgegenüber nicht erfolgt. Dies lasse darauf schliessen, dass die Y.-AG für die Sanitärleistungen in den Wohnungen F7 und F8 von der Baugesellschaft A. die volle Werklohnsumme vereinnahmt habe. Damit sei der Grundausbau dieser Wohnungen bereits abgegolten worden. Für die gleichen Leistungen bestehe kein Anspruch mehr auf erneute Abgeltung. Die Vorinstanz führte in ihrem Urteil diesbezüglich aus, es sei für jede Wohnung in der Offerte derselbe Betrag vorgesehen gewesen. Ausgehend von diesem Betrag seien dann die individuellen Ausbau- und Apparatewünsche der Käufer berücksichtigt worden. Dies habe einen Mehr- oder Minderwert ergeben. Aus diesem Grund sei für jede der genannten Wohnungen eine separate Rechnung erstellt worden. Beim Werkvertrag II sei es aber lediglich um die über den Werkvertrag I hinausgehenden zusätzlichen Anpassungsarbeiten der von X. gewünschten Änderungen zur Rohinstallation gegangen. Dies habe aber nichts mit der Gutschrift für nicht gelieferte Apparate zu tun. Ohne sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen, übernahm der Berufungskläger seinen bereits in der Prozessantwort vorgebrachten Einwand wortwörtlich in die Berufungsbegründung. Eine Erklärung, weshalb die von der Vorinstanz vertretene Auffassung unzutreffend sein soll, brachte er nicht vor. Auf diesen Punkt ist daher mangels Substantiierung nicht weiter einzugehen, zumal die Überlegungen der Vorinstanz durchaus nachvollziehbar sind.

8. Somit kann nach dem Gesagten festgehalten werden, dass die Berufung von X. vollumfänglich abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

9. In ihrer Anschlussberufung macht die Y.-AG geltend, bei den von E. unterzeichneten Tagesrapporten handle es sich um Arbeiten aus dem Werkvertrag II, weshalb auch diese von X. zu bezahlen seien. Die Tagesrapporte Nr. 6'535, 6'536, 6'543 bis 6'547 hätten Arbeiten in den disponiblen Räumen F10 und F11 von X. betroffen. Sie seien im Juni 2006 ausgeführt und durch E. visitiert worden. Gegenstand der Arbeiten sei der Einzug von Ventilation, Wasserleitungen für WC und Bad, Anschlüsse Bad und Küchen sowie die Montage Kombifix als Befestigung des WC gewesen. Diese Arbeitsgattungen würden aufzeigen, dass es um einen Zusatzausbau der disponiblen Räume gehe, denn normalerweise hätten

disponible Räume lediglich eine Heizung. Die Rapporte 8'331-8'333 hätten Arbeiten in der Wohnung 7 im Zeitraum vom 3. bis 5. August 2006 umfasst. Gegenstand der Arbeiten seien Leistungen am Lüftungssystem im Zusammenhang mit dem Cheminée gewesen. Lüftungskanäle seien nun aber nicht Gegenstand des Werkvertrages I zwischen der Baugesellschaft A. und der B.-AG/Y.-AG gewesen. In der Schlussabrechnung der B.-AG/Y.-AG sei denn auch kein Cheminée-Lüftungskanal für die Wohnung Nr. 7 oder 8 unter der entsprechenden Position berechnet worden. Die Vorinstanz habe somit zu Unrecht die Forderung aufgrund der in den Rapporten enthaltenen und zu Gunsten des Berufungsklägers ausgeführten Arbeiten nicht geschützt. Dies gelte es zu korrigieren. Die nicht berücksichtigten Fr. 7'269.40 seien der Y.-AG ebenfalls zuzusprechen.

a) Die Rapporte Nr. 6'635, 6'536 und 6'543-6'547 datieren alle vom Juni 2006. Anlässlich seiner Einvernahme vom 8. Juni 2009 wurde E. dazu als Zeuge befragt. Auf eine entsprechende Frage hin führte er aus, dass er auch für die Häuser F und G den Rohbau und den Endausbau betreut habe, ausgeschlossen die Wohnungen Oeri. Die Firma Y.-AG habe die zu diesem Zeitpunkt durch ihn betreuten Arbeiten bis zum Rohbau ausgeführt. Danach hätte er nichts mehr damit zu tun gehabt. Er verneinte, auch die Ausführung der Sanitärarbeiten nach der Übernahme der Wohnungen F7 und F8 sowie der disponiblen Räume F10 und F11 durch die Y.-AG begleitet zu haben. Die fraglichen Tagesrapporte seien ausschliesslich für Regiearbeiten erstellt worden, die nicht Bestandteil des Werkvertrags I zwischen der B.-AG/Y.-AG und der Baugesellschaft A. gewesen seien. Er habe diese in seiner Eigenschaft als Projektleiter in Bezug auf den Werkvertrag vom 21. April 2005 unterzeichnet. Aus diesen Aussagen geht ausdrücklich hervor, dass E. einzig im Zusammenhang mit dem Werkvertrag I als Bauleiter tätig war. Somit besteht auch die Vermutung, dass die von ihm unterzeichneten Tagesrapporte auf den Vereinbarungen in Werkvertrag I beruhten und die darin aufgeführten Arbeiten demzufolge den Rohbau betrafen und über die Vereinbarungen (Pauschale) im Werkvertrag I hinaus gingen, andernfalls er für die Visierung gar nicht zuständig gewesen wäre. Allein der Einwand, diese Arbeiten seien der Schlussabrechnung nicht aufgeführt, vermag die Vermutung nicht zu entkräften, zumal in der Schlussabrechnung - wie bereits ausgeführt wurde - nur die Leistungen zu *festen* Preisen aufgeführt, die Regiearbeiten jedoch separat verrechnet werden. Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass auch zum Werkvertrag I zusätzlich Regiearbeiten verrichtet wurden, welche nicht in der diesbezüglichen Schlussabrechnung vermerkt sind. Der Gegenbeweis, dass sich

die fraglichen Leistungen entgegen der tatsächlichen Vermutung auf den Werkvertrag II bezogen, ist damit nicht erbracht.

b) Gleiches hat auch für die Leistungen gemäss den Tagesrapporten Nr. 8'331-8'333 zu gelten, welche von Anfang August 2006 datieren. Der diesbezügliche Einwand der Y.-AG, es handle sich hierbei um Leistungen am Lüftungssystem im Zusammenhang mit dem Cheminée, die nicht Gegenstand des Werkvertrags I gewesen seien, wird mit der Anschlussberufung erstmalig vorgebracht und ist nicht näher belegt. Abgesehen davon ist der Einwand auch unbegründet. In der Schlussabrechnung des Werkvertrags II (KB 14) werden die fraglichen Regierapporte unter dem Titel „Regiearbeiten Wohnungen Nr. 7+8 Cheminée-Lüftungskanal durch Spengler ausgeführt“ festgehalten. X. machte in seiner Stellungnahme zur Anschlussberufung zu Recht geltend, dass in der Schlussabrechnung betreffend Werkvertrag I (KB 4) diverse Positionen betreffend „Fortluft“ und insbesondere auch eine Position „Zuluft-Cheminée“ zu Fr. 2'495.70 enthalten sei. Ein Nachweis dafür, dass diese Leistungen nicht auch in den Wohnungen des Berufungsklägers erbracht und die entsprechenden Arbeiten erst im Rahmen des Werkvertrages II vorgenommen wurden, liegt nicht vor. Sodann bleibt auch hier festzustellen, dass die entsprechenden Tagesrapporte nicht vom Bauleiter des Berufungsklägers unterzeichnet worden sind und ein hinreichender Beweis für die Auftragserteilung durch X. im Zusammenhang mit dem Endausbau fehlt. Demzufolge ist die Anschlussberufung auch in diesem Punkt abzuweisen.

10. In ihrer Anschlussberufung beanstandet die Y.-AG zudem die von der Vorinstanz erkannte Rabattierung. Die Vorinstanz habe zutreffend den übereinstimmenden Willen der Parteien festgehalten, wonach bei dem zwischen ihnen mündlich abgeschlossenen Werkvertrag II die gleichen Konditionen wie im Werkvertrag I geltend sollten. Damit werde speziell Bezug genommen auf den Werkvertrag I, wo für die Apparatelieferung 24% Rabatt und 2% Skonto und für die Apparatemontage 18% Rabatt und 2% Skonto vereinbart worden sei. Des Weiteren sei vertraglich geregelt worden, dass spezielle Kundenwünsche separat nachträglich offeriert, in Rechnung gestellt und mit den gleichen vertraglichen Konditionen abgerechnet würden. Nicht als gewöhnliche Apparate zu betrachten seien im vorliegenden Fall die bestellten Closomaten. Dies sei zudem durch die Zeugin I. ausdrücklich bestätigt worden. Der Rabatt von 18% im Werkvertrag I habe sich demzufolge einzig und allein auf die Montage von Apparaten bezogen, welche von der Y.-AG geliefert worden seien. Damit sei einerseits gesagt, dass auf die Montagearbeiten der vom Bauherrn angelieferten Apparate der übliche Rabatt von 5% gewährt worden sei. Andererseits heisse dies, dass Anpassungs-

und Änderungsarbeiten respektive die Überarbeitung einer bereits einmal ausgeführten Montagearbeit, nicht von diesem hohen Rabatt profitieren würden. Vielmehr gelte auch hier der vereinbarte übliche Satz von 5%, welcher auch bei den anderen Wohnungen des Hauses F zur Anwendung gelangt sei.

Zunächst ist festzustellen, dass die Zeugin I. entgegen der Behauptung der Y.-AG nicht ausgesagt hatte, es handle sich nicht um gewöhnliche Apparate. Vielmehr gab sie zu Protokoll, die Apparate seien speziell behandelt worden (vgl. Zeugenaussage S. 7 unten). Die spezielle Behandlung bestand offenbar darin, dass hierfür weniger Rabatt als gemäss Werkvertrag I gewährt wurde. Der Umstand, dass alle anderen Bauherren mit dieser Vorgehensweise einverstanden gewesen waren, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass gemäss Vereinbarung zwischen den Parteien die gleichen Konditionen wie im Werkvertrag I gelten sollten. Der Werkvertrag I (KB 3) hält nun ohne weitere Vorbehalte fest, dass für Apparatelieferung 24% Rabatt und für Apparatemontagen 18% Rabatt gewährt werden. Dass die Gewährung dieser Rabatte an weitere Bedingungen geknüpft sein soll, lässt sich dieser Formulierung nicht entnehmen. Die Y.-AG hat sich somit die im Werkvertrag I zugesicherten Rabatte auch ohne weiteres für Leistungen aus dem Werkvertrag II anrechnen zu lassen. Auch diesbezüglich ist die Anschlussberufung abzuweisen.

11. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl die Berufung von X. wie auch die Anschlussberufung der Y.-AG vollumfänglich abzuweisen sind, soweit darauf eingetreten werden kann. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil zu schützen und die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Zahlung von 66'151.85 zuzüglich 5% Zins seit dem 25. September 2007 an die Y.-AG zu bestätigen. Somit erübrigt es sich auch, Änderungen an der vorinstanzlichen Kostenverteilung vorzunehmen.

12.a) Nach Art. 122 Abs. 1 ZPO-GR wird der in einem zivilrechtlichen Verfahren unterliegende Teil in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden. Von diesen Regeln kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder der genaue Umfang des Anspruchs für den Kläger aus objektiven Gründen nicht überblickbar war. Die unterliegende Partei wird nach Art. 122 Abs. 2 ZPO-GR zudem in der Regel verpflichtet, der obsiegenden Partei alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei

aus, können die aussergerichtlichen Kosten nach den gleichen Grundsätzen wie die gerichtlichen verteilt werden.

b) X. hat in seiner Berufung erfolglos die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Klage verlangt. Er ist rechnerisch somit im Betrage von Fr. 66'151.85 unterlegen. Die Y.-AG forderte in ihrer Anschlussberufung die Zusprechung von Fr. 86'000.55 zuzüglich 5% Zins seit dem 25. September 2007. Damit überstieg ihr Antrag die von der Vorinstanz zugesprochenen Fr. 66'151.85 um rund Fr. 20'000.--. Auch sie ist mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen. Demzufolge ist der Berufungskläger in Bezug auf den zugesprochenen Betrag zu 3/4 und die Anschlussberufungsklägerin zu 1/4 unterlegen. In diesem Verhältnis sind auch die amtlichen Kosten zu verlegen. Somit sind die Kosten des Berufungs- und Anschlussberufungsverfahrens von insgesamt Fr. 10'288.-- (Gerichtsgebühr Fr. 10'000.--, Schreibgebühren Fr. 288.--) zu 3/4 (Fr. 7'716.--) von X. und zu 1/4 (Fr. 2'572.--) von der Y.-AG zu tragen. Die Kosten sind mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 7'000.-- zu verrechnen. Bei der Frage der ausseramtlichen Entschädigung ist von denselben Überlegungen auszugehen. Somit ist X. zu verpflichten, der Y.-AG hälftigen Ersatz für deren notwendigen prozessualen Aufwand zu bezahlen. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Sache und des zeitlichen Aufwands erachtet das Kantonsgericht eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 3'500.-- einschliesslich Mehrwertsteuer als angemessen.

III. Demnach wird erkannt:

1. Die Berufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Anschlussberufungsverfahrens von insgesamt Fr. 10'288.-- (Gerichtsgebühr Fr. 10'000.--, Schreibgebühren Fr. 288.--) gehen zu $\frac{3}{4}$, somit Fr. 7'716.--, zu Lasten des Berufungsklägers und zu $\frac{1}{4}$, somit Fr. 2'572.--, zu Lasten der Anschlussberufungsklägerin.
3. Der Berufungskläger hat die Anschlussberufungsklägerin für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren ausseramtlich mit Fr. 3'500.-- einschliesslich Mehrwertsteuer zu entschädigen.
4. 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.
5. Mitteilung an: