



Entscheid des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 3. November 2015 (400 15 202)

Obligationenrecht

Rechtzeitigkeit der Mängelrüge; Verrechnung

Besetzung

Präsident Thomas Bauer, Richter Dieter Freiburghaus (Ref.), Richterin Barbara Jermann Richterich; Gerichtsschreiberin i.V. Stéphanie Baumgartner

Parteien

A._____ GmbH,

vertreten durch Advokatin Martina de Roche, Aeschenvorstadt 71, Postfach 326, 4010 Basel,

Klägerin und Berufungsbeklagte

gegen

Dr. B._____,

vertreten durch Advokat Dr. Alex Hediger, Freie Strasse 82, Postfach, 4010 Basel,

Beklagter und Berufungskläger

Gegenstand

Forderung

Berufung gegen den Entscheid der Gerichtspräsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 23. April 2015

A. Die A.____GmbH betreibt ein zahntechnisches Labor und wurde während rund 15 Jahren von Dr. B.____, welcher als selbstständiger Zahnarzt arbeitet, mit zahntechnischen Arbeiten betraut. Im Sommer 2012 beendete Dr. B.____ die Zusammenarbeit. Nachdem er die Rechnungen der A.____GmbH vom Februar, Mai und Juni 2012 nicht vollständig bezahlt hatte, klagte diese auf Bezahlung der ausstehenden Beträge, nämlich CHF 9'928.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. April 2012 sowie Betreuungskosten von CHF 73.00, CHF 13'341.80 nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2012 sowie Betreuungskosten von CHF 103.00 und CHF 5'602.50 nebst Zins zu 5 % seit 20. Juli 2012 sowie Betreuungskosten von 73.00.

A. Mit Entscheid vom 23. April 2015 hiess die Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West die Klage teilweise gut und verurteilte Dr. B.____ der A.____GmbH CHF 9'928.55 nebst 5 % Zins seit 1. April 2012, CHF 9'093.50 nebst 5 % Zins seit 1. Juli 2012 und CHF 4'482.00 nebst 5 % Zins seit 20. Juli 2012 zu bezahlen. Überdies wurde der Beklagte verurteilt, der Klägerin CHF 73.00 Zahlungsbefehlskosten in Betreuung Nr. 000, CHF 103.00 Zahlungsbefehlskosten in Betreuung Nr. 001 und CHF 73.00 Zahlungsbefehlskosten in Betreuung Nr. 002, alle Betreibungen des Betreibungs- und Konkursamtes Basel-Landschaft, Abteilung Betreibungen, zu bezahlen (Ziff. 1). Für die Mehrforderung wurde die Klage abgewiesen (Ziff. 2) und auf die Verrechnungsforderung bezüglich des Altgoldes nicht eingetreten (Ziff. 3). Die Präsidentin hielt fest, die Betreibungen Nr. 000, Nr. 001 und Nr. 002, alle Betreibungen des Betreibungs- und Konkursamtes Basel-Landschaft, Abteilung Betreibungen, könnten in dem unter Ziff. 1 genannten Umfang fortgesetzt werden (Ziff. 4). Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 400.00 und die Gerichtsgebühr von CHF 4'500.00 wurden dem Beklagten zu je 4/5 und der Klägerin zu je 1/5 auferlegt. Im Weiteren wurde festgelegt, dass der Beklagte der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'050.60 (inkl. Auslagen und MWST von CHF 596.35) zu bezahlen habe und die übrigen ausserordentlichen Kosten wettgeschlagen würden. Auf die ausführliche Entscheidbegründung wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

B. Mit Eingabe vom 12. Juni 2015 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, erklärte Dr. B.____ (Beklagter oder Berufungskläger) die Berufung gegen den Entscheid der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 23. April 2015. Er beantragte, der vorinstanzliche Entscheid sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Die erstinstanzlichen Kosten sowie die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien zudem der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Auf die Ausführungen in der Berufung wird in den Erwägungen eingegangen.

C. Mit Berufungsantwort vom 31. August 2015 begehrte die Berufungsbeklagte, es sei die Berufung in Bestätigung des Entscheides des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 23. April 2015 abzuweisen. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten sowohl des erstinstanzlichen wie auch des Berufungsverfahrens seien dem Berufungskläger aufzuerlegen. Auf die Begründung der Berufungsantwort wird in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO Berufung erhoben werden, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Fall ist der Streitwert erreicht. Der begründete Entscheid der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 23. April 2015 wurde dem Beklagten am 20. Mai 2015 zugestellt. Durch die Postaufgabe der Berufung am 16. Juni 2015 ist die Frist eingehalten. Da auch die weiteren Formalien erfüllt sind und der Kostenvorschuss geleistet wurde, ist auf die Berufung einzutreten. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. c EG ZPO ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Zivilkreisgerichte sachlich zuständig, sofern diese nicht in die Zuständigkeit des Präsidiums des Kantonsgerichts fallen. Da vorliegend kein summarisches Verfahren Anwendung findet, für welches das Präsidium des Kantonsgerichts zuständig wäre (§ 5 lit. a EG ZPO), ist der Berufungsentscheid durch die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts zu fällen.

2. Einigkeit besteht zwischen den Parteien, dass die von der Berufungsbeklagten ausgeführten Arbeiten im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden Werkvertrages ausgeführt und ordnungsgemäss abgeliefert wurden und demzufolge die Werkvergütung gemäss Art. 372 OR bei Ablieferung des Werkes grundsätzlich geschuldet wäre.

2.1.1 Der Berufungskläger macht jedoch geltend, die Auffassung der Vorinstanz, wonach die von ihm geltend gemachten Schadenersatzansprüche der klägerischen Forderung nicht zur Verrechnung entgegengestellt werden könnten, sei nicht haltbar.

Hinsichtlich der Patientin C.____ sei die Mängelrüge absolut rechtzeitig gegenüber der Berufungsbeklagten erfolgt. Anlass dazu habe der Berufungskläger erst dann gehabt, als für ihn mit Sicherheit erkennbar gewesen sei, dass seine Arbeit bzw. jene der Berufungsbeklagten mangelbehaftet war. Dies sei weder mit Reklamation der Patientin der Fall gewesen, noch als er das von deren Advokatin beigelegte Schreiben des Dr. med. dent. D.____ vom 8. April 2011 erhalten habe. Dieses stelle lediglich eine Parteiaussage des von der Patientin zugezogenen Zahnarztes dar, welcher selber in erster Linie daran interessiert gewesen sei, die verlangten Korrekturen selbst auszuführen. Die Reklamation eines Patienten veranlasse den betroffenen Zahnarzt sicher nicht, unverzüglich den Zahntechniker zu informieren und ihm gegenüber ebenfalls eine Mängelrüge zu erheben. Der Berufungskläger habe erstmals durch Zustellung des unabhängigen Gutachtens von Dr. E.____ vom 28. Oktober 2012 Anlass zur Annahme gehabt, dass tatsächlich ein Mangel, der von ihm resp. der Berufungsbeklagten zu verantworten war, vorliege. Da der Berufungskläger schon im Sommer 2012 mündlich von Dr. E.____ über den Inhalt des Gutachtens informiert worden sei, erweise sich die Ende Juni 2012 erhobene Mängelrüge als rechtzeitig.

2.1.2 Die Berufungsbeklagte entgegnet, mit dem Schreiben der Rechtsvertreterin der Patientin C.____ vom 19. April 2011 müsse für den Berufungskläger zweifelsfrei festgestanden haben, dass die eingesetzte Prothese einen Mangel aufweise. Dies gehe auch aus dem Schreiben des Berufungsklägers vom 29. Juni 2012 an die Berufungsbeklagte hervor. Darin habe der Berufungskläger mit Verweis auf das Gutachten von Dr. D.____ festgehalten, dass die Arbeit der Berufungsbeklagten als absolut unterdurchschnittlich beurteilt worden sei, womit der Berufungskläger die Bestätigung liefere, die Mangelhaftigkeit anhand des zahnärztlichen Berichts ohne Weiteres erkannt zu haben. Unerheblich sei, dass der Bericht von Dr. D.____ die Parteiaussage einer Patientin darstelle. Ausserdem handle es sich bei Dr. med. dent. D.____ um einen seriösen Zahnarzt, welcher nicht darauf angewiesen sei, sich in solcher Weise Patienten zu beschaffen. Dass eine Patientenreklamation keinen Anlass dazu gebe, den Zahntechniker zu informieren, stelle eine Schutzbehauptung dar. Überdies setze eine Mängelrüge einzig die Kenntnis eines Mangels voraus, nicht dessen Verursachers. Im Übrigen sei es nicht die Patientin, sondern deren Rechtsvertreterin gewesen, die sich an den Berufungskläger gewandt und ihre Reklamation mit einem zahnärztlichen Bericht, der die Prothese als klar mangelhaft qualifiziere, untermauert habe. Sogar für einen Laien gehe daraus klarerweise hervor, dass die Arbeit nicht einwandfrei gewesen sei. Demnach habe der Berufungskläger nach der Lektüre erst Recht von der Mangelhaftigkeit des Werkes ausgehen müssen. Ferner führt die Berufungsbeklagte aus, dass die angeblichen Verrechnungsforderungen zu keinem Zeitpunkt rechtsgenügend behauptet und bewiesen worden seien.

2.1.3 Zur Begründung des Entscheids vom 23. April 2015 hielt das Zivilkreisgerichtspräsidium fest, dass die Rechtsvertreterin der Patientin den Berufungskläger mit Schreiben vom 19. April 2011 darüber orientiert habe, dass die eingesetzte Prothese die durchschnittlichen Anforderungen nicht erfülle und neu angefertigt werden müsse. Aufgrund dieses Schreibens, dem der Bericht von Dr. D.____ vom 8. April 2011 beigelegt war, habe der Berufungskläger mit Sicherheit um den Mangel bezüglich der Oberkieferprothese wissen müssen, zumal er als Fachmann anhand des ärztlichen Berichts habe beurteilen können, inwiefern dieser Mangel auf die Arbeit des zahntechnischen Labors zurückzuführen gewesen sei. Dies anerkenne der Berufungskläger insofern, als er in der Klageantwort ausgeführt habe, es ergebe sich aus dem Bericht von Dr. D.____, dass es insbesondere die von der Berufungsbeklagten erbrachten Arbeiten gewesen seien, die Anlass zur Beanstandung gegeben hätten. Bereits im April 2012 habe der Berufungskläger eine Rechnung der Berufungsbeklagten über CHF 13'113.45 wegen dieses Mangels ausbuchen müssen, wodurch der Schaden bereits im April 2012 entstanden sei. Anhand des Berichtes von Dr. D.____ sei der Mangel für den Berufungskläger im April 2011 zweifelsfrei feststell- und erkennbar gewesen, weshalb zu diesem Zeitpunkt die kurze Mängelrügefrist zu laufen begonnen habe. Indem der Berufungskläger den Mangel erstmals Ende Juni 2012 bei der Berufungsbeklagten gerügt habe, sei die Frist bei Weitem überschritten worden. Das Werk gelte daher hinsichtlich seiner Mängel als genehmigt. Demnach könnten die entsprechenden Schadenersatzansprüche der Forderung der Berufungsbeklagten nicht zur Verrechnung entgegengestellt werden.

2.1.4 Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller nach Ablieferung des Werkes, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, dessen Beschaffenheit zu prüfen und den Unter-

nehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Treten die Mängel erst später zu Tage, so muss die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk nach Art. 370 Abs. 3 OR auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt. Die Meinungen in Bezug auf die Anforderungen an die Unverzüglichkeit der Mängelrüge sind uneinheitlich. Es ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen, insbesondere auf die Art der Mängel, wobei eine Frist von sieben bis zehn Tagen als üblich bezeichnet werden kann. Bei im Nachhinein auftretenden Werkmängeln darf der Besteller Gewissheit oder mindestens eine hohe Wahrscheinlichkeit bezüglich deren Vorliegen voraussetzen, was unter Umständen eine Befragung von Sachverständigen nötig machen kann (GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, Basler Kommentar OR I, 5. Aufl. 2011, Art. 370 N 16 f.). Der Besteller hat nach den allgemeinen Regeln des Art. 8 ZGB die Rechtzeitigkeit der Rüge darzutun, sofern er aus Art. 370 Abs. 3 OR Rechte ableiten will (THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, Werkvertrag, 3. Aufl. 1998, Art. 370 N 51).

Im Jahr 2008 befand sich C._____ beim Berufungskläger in zahnärztlicher Behandlung. Mit Schreiben vom 19. April 2011 teilte die Rechtsvertreterin der Patientin dem Berufungskläger mit, dass die von ihm eingesetzte Prothese die durchschnittlichen Anforderungen nicht erfülle und neu angefertigt werden müsse. Im Weiteren machte sie den Berufungskläger auf weitere zahlreiche Mängel aufmerksam und setzte ihn darüber in Kenntnis, dass sie nach ihrer Ansicht seine Honorarforderung vom 25. August 2009 nicht zu bezahlen habe. Dem Schreiben beigelegt war ein zahnärztlicher Bericht von Dr. med. dent. D._____ vom 8. April 2011. Diesem ist insbesondere zu entnehmen, dass die Qualität der zahntechnischen Ausführung unterdurchschnittlich sei. Die Intervention der Rechtsvertreterin von C._____ erfolgte substantiiert, so dass der Berufungskläger nach Erhalt des Schreibens vom 19. April 2011 aufgrund des angefügten Berichts von der Mangelhaftigkeit des Werkes hat ausgehen bzw. darum wissen müssen. Wie er selbst in der Klageantwort vom 2. Mai 2014 auf Seite 7 ausführte, hat sich für ihn aus dem besagten Bericht ergeben, dass die von der Berufungsbeklagten erbrachten Arbeiten Anlass zu Beanstandungen gaben. Insofern erscheint es zumindest höchst wahrscheinlich, dass für den Berufungskläger das Vorliegen von Mängeln an der durch die Berufungsbeklagte hergestellten Prothese ersichtlich war. Die Mängelrügefrist hat daher zu diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen, weshalb die erst Ende Juni 2012 erhobene Mängelrüge klarerweise verspätet erfolgt ist und das Werk demnach als genehmigt gilt. Ohnehin erweisen sich die Ausführungen des Berufungsklägers als wenig schlüssig, soweit er sich darauf beruft, über den Inhalt des Gutachtens von Dr. E._____ und dadurch über die Mangelhaftigkeit im Sommer 2012 informiert worden zu sein, jedoch auch anführt, gestützt auf dieses Gutachten um seine Haftung insbesondere aufgrund der ungenügenden zahntechnischen Arbeiten der Berufungsbeklagten gewusst und deshalb bereits im April 2012 die C._____ gestellte Rechnung vom 29. April 2011 ausgebucht zu haben (vgl. Klageantwort vom 2. Mai 2014 Seite 9). Der vorinstanzliche Entscheid ist somit in diesem Punkt nicht zu beanstanden und die Berufung entsprechend abzuweisen.

2.2.1 Bezüglich des Patienten F._____ bringt der Berufungskläger vor, dieser habe ihn mit Schreiben vom 30. März 2014 schriftlich über den Bruch seiner dreigliedrigen Brücke informiert. Da der Berufungskläger anfangs April ferienabwesend gewesen sei, habe er das besagte Schreiben erst nach seiner Rückkehr in die Praxis nach Ostern 2014, mithin am Osterdienstag, 22. April 2014, zur Kenntnis genommen. Daraufhin habe er den Patienten in seine Praxis be-

stellt um sich ein Bild des Schadens machen zu können. Dabei habe er festgestellt, dass die Brücke tatsächlich gebrochen gewesen sei, was immer auf einen Fehler des Zahntechnikers zurückzuführen sei. Vor diesem Hintergrund müsse die mit Klageantwort vom 2. Mai 2014 erhobene Mängelrüge als absolut rechtzeitig erfolgt gelten.

2.2.2 Die Berufungsbeklagte erwidert, dass es der Berufungskläger versäumt habe, die Mängelrüge rechtzeitig zu erheben. Seine Behauptung, ferienabwesend gewesen zu sein, sei neu und deshalb nicht zu hören, zumal auch keine Beweise dafür vorliegen würden. Ausserdem sei auch die angebliche Verrechnungsforderung zu keinem Zeitpunkt substantiiert dargelegt und bewiesen worden.

2.2.3 Die Vorinstanz führt aus, dass dem Berufungskläger mit Schreiben von F.____ vom 30. März 2014 der Bruch der dreigliedrigen Brücke mitgeteilt worden sei. Mit der Zustellung habe er mit Sicherheit um die Mangelhaftigkeit des Werkes wissen müssen, da der Berufungskläger selbst ausgeführt habe, dass ein derartiger Gerüstbruch nur auf einen Konstruktionsfehler des Technikers zurückzuführen sei. Mit Erhebung der Mängelrüge mehr als einen Monat später, nämlich in der Klageantwort vom 2. Mai 2014, habe der Berufungskläger die tolerierbare Frist überschritten, weshalb das Werk als genehmigt gelte.

2.2.4 In seiner Berufung vom 12. Juni 2015 behauptet der Berufungskläger eine Ferienabwesenheit, weshalb er das Schreiben von F.____ vom 30. März 2014 erst am 22. April 2014 zur Kenntnis genommen habe. Diese Tatsachenbehauptung wurde vom Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht. Es liegt somit ein unechtes Novum vor, handelt es sich doch um die Behauptung einer neuen Tatsache, die sich schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben soll (vgl. PETER REETZ/SARAH HILBER, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 317 N 58 ff.; KARL SPÜHLER, Basler Kommentar ZPO, 2010, Art. 317 N 3). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel in der Berufung nur noch berücksichtigt, wenn sie (a.) ohne Verzug vorgebracht werden und (b.) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Vorliegend sind keinerlei Gründe ersichtlich, weshalb die nun geäusserte Behauptung der Ferienabwesenheit des Berufungsklägers nicht schon im vorinstanzlichen Verfahren von diesem hätte vorgebracht werden können. Bei Aufwendung zumutbarer Sorgfalt wäre es ihm fraglos möglich gewesen, diese Tatsachenbehauptung schon vor dem Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West anzuführen. Somit liegt ein unerlaubtes Novum vor, das von der Rechtsmittelinstanz nicht zu hören ist.

Mit Schreiben vom 30. März 2014 informierte F.____ den Berufungskläger über den Bruch seiner 2009 eingesetzten, dreigliedrigen Brücke. Zumal der Berufungskläger ausführt, dass ein derartiger Gerüstbruch immer auf einen Konstruktionsfehler des Technikers zurückzuführen sei (vgl. Klageantwort vom 2. Mai 2014 S. 13), muss er mit Zustellung des erwähnten Schreibens offensichtlich um den Mangel der dreigliedrigen Brücke gewusst haben. Wie in Erwägung 2.1.4 dargelegt, obliegt es demnach dem Berufungskläger unverzüglich den Mangel anzuzeigen, will er verhindern, dass das Werk als genehmigt gilt. Indem der Berufungskläger den Mangel allerdings erst in der Klageantwort vom 2. Mai 2014, also rund vier Wochen später, gerügt hat, ist die kurze Frist zur Mängelerhebung nicht eingehalten worden. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich somit auch in diesem Punkt als zutreffend, weshalb im Ergebnis die Verrechnungs-

einreden bezüglich der vom Berufungskläger geltend gemachten Schadensfälle respektive die Berufung abzuweisen sind.

2.3.1 Im Weiteren trägt der Berufungskläger vor, er habe gegenüber der Berufungsbeklagten eine Forderung in der Höhe von mindestens CHF 35'949.10 zur Verrechnung gegenübergestellt für Altgold, welches sein Eigentum darstelle, ihm von der Berufungsbeklagten aber ungerechtfertigterweise nicht zurückgegeben worden sei. Die Auffassung der Vorinstanz, diesen Verrechnungsanspruch nicht zuzulassen, sei nicht haltbar, da die Vorinstanz Argumente in den Prozess eingeführt habe, die von der Berufungsbeklagten nicht einmal geltend gemacht worden seien. So habe sich die Berufungsbeklagte zu keinem Zeitpunkt darauf berufen, dass der Berufungskläger den Verzicht auf die Primärleistung nie erklärt habe und damit die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges gemäss Art. 107 Abs. 2 OR nicht erfüllt seien. Vielmehr habe sich die Berufungsbeklagte auf den Standpunkt gestellt, dass für Altgold kein Umrechnungskurs existiere, weshalb es an der Gleichartigkeit der Forderungen fehle. Nachdem die Rechtsschutzversicherung G.____ im Namen des Berufungsklägers mit Schreiben vom 13. August 2012 die Berufungsbeklagte aufgefordert habe, das Altgold unverzüglich auszuhändigen, habe diese nicht reagiert resp. sei sie auch im Rahmen der Schlichtungsverhandlung nicht bereit gewesen, das Altgold herauszugeben. Der Berufungskläger habe deshalb mit Stellungnahme vom 25. Februar 2013 den Verzicht auf die Rückerstattung des Altgoldes und die Verrechnung erklärt, was einen Verzicht auf den Herausgabeanspruch darstelle. Hinzu komme, dass gemäss Art. 108 OR eine Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung nicht nötig sei, wenn sich aus dem Verhalten des Schuldners ergeben würde, dass sich eine solche als unnütz erweise. Aufgrund der stetigen Weigerung der Berufungsbeklagten, das Altgold herauszugeben, sei dies der Fall. Im Weiteren habe der Berufungskläger im erstinstanzlichen Verfahren nachgewiesen, wie viele Altgoldentnahmen stattgefunden hätten und das entsprechende Gewicht angegeben. Dass sich der Wert des bei der Berufungsbeklagten befindlichen Altgoldes auf mindestens CHF 35'949.10 belaufe, sei somit belegt. Zudem habe er den Nachweis erbracht, dass es für Altgold einen Umrechnungskurs gäbe, womit sich gleichartige Forderungen zur Verrechnung gegenüber ständen.

2.3.2 Die Berufungsbeklagte hält fest, die neue Behauptung des Berufungsklägers, auf die Primärleistung verzichtet zu haben, sei nicht zu hören. Der Verzicht sei nicht unverzüglich mitgeteilt worden, zumal zwischen dem Schreiben der G.____ und der Stellungnahme mehr als sechs Monate verstrichen seien. Ausserdem liege keine ausdrückliche Verzichtserklärung vor, da die blosser Geltendmachung einer Verrechnungsforderung nicht als Verzichtserklärung zu interpretieren sei. Im Übrigen sei nicht bewiesen, wie viel Altgold der Berufungskläger der Berufungsbeklagten übergeben habe und welchen Wert die extrahierten Edelmetalle aufweisen würden.

2.3.3 Die Vorinstanz führte aus, der Berufungskläger habe der Berufungsbeklagten regelmässig goldhaltige alte Brücken und Einzel-VMK zum Absäuern überlassen. Das danach verbleibende Altgold habe der Berufungskläger zurückerhalten und seinerseits weiterverkauft. Einigkeit bestehe zwischen den Parteien, dass das gewonnene Altgold Eigentum des Berufungsklägers sei und dieser diesbezüglich über einen Herausgabeanspruch verfüge. Weil die Berufungsbeklagte das Altgold seit Januar 2010 nicht mehr retourniert habe, verrechne der Berufungskläger dessen Wert, welcher sich auf mindestens CHF 35'949.10 belaufe, mit der Klagfor-

derung. Die Vorinstanz zog in Erwägung, dass der Gläubiger bei Vorliegen eines Schuldnerverzugs insbesondere auf die Erfüllung verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne (Art. 107 Abs. 2 OR). Dies erfordere, dass nach unbenutztem Ablauf der angesetzten Frist zur nachträglichen Erfüllung, der Gläubiger dem Schuldner unverzüglich mitzuteilen habe, dass er auf die nachträgliche Leistungserbringung verzichte. Im Namen des Berufungsklägers habe die G._____ die Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 13. August 2012 zur Rückgabe des Altgoldes aufgefordert. Obwohl die Berufungsbeklagte dem nicht nachgekommen sei, habe der Berufungskläger keine Reaktion darauf gezeigt. Erst in seiner Stellungnahme vom 25. Februar 2013 habe er geltend gemacht, dass das zurückbehaltene Altgold sein Eigentum darstelle und ihm auszuhändigen sei resp. er den Wert des Altgoldes mit der klägerischen Forderung verrechne. Da der Berufungskläger nie den unverzüglichen Verzicht auf die Primärleistung nach vorausgehender Nachfristsetzung verlangt habe und daher eine Ablösung des Schadenersatzanspruches gegenüber dem Primäranspruch nicht stattgefunden habe, sei die Verrechenbarkeit mit der klägerischen Forderung mangels Gleichartigkeit der Ansprüche nicht gegeben.

2.3.4 Unbestrittenermassen hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten in der Vergangenheit goldhaltige Brücken und Einzel-VMK zum Absäuern überlassen. Das dadurch verbleibende Altgold erhielt der Berufungskläger zurück und verkaufte es weiter. Grundsätzlich verfügt der Berufungskläger bezüglich des Altgoldes über einen Herausgabeanspruch gegenüber der Berufungsbeklagten. Da die Berufungsbeklagte seit Januar 2010 das Altgold dem Berufungskläger nicht mehr zurückgegeben hat, macht dieser die Verrechnung von dessen Wert mit der Klagforderung geltend. Der Berufungskläger beruft sich in diesem Zusammenhang auf Art. 108 Ziff. 1 OR, wonach die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung nicht erforderlich ist, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde.

Art. 108 OR stellt eine Ausnahme von Art. 107 OR lediglich in Bezug auf das Erfordernis der Fristansetzung (Art. 107 Abs. 1 OR) dar; im Übrigen gilt aber Art. 107 Abs. 2 OR auch beim Vorgehen nach Art. 108 OR. Der Gläubiger ist im Fall von Art. 108 OR zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet, von der Ansetzung einer Nachfrist abzusehen; setzt er eine Nachfrist, so kann er mit der Wahlerklärung nach Art. 107 Abs. 2 OR bis zu ihrem unbenutzten Ablauf zuwarten (TARKAN GÖKSU, Präjudizienbuch OR, 8. Aufl. 2012, Art. 108 N 1). Selbst wenn ein Fall von Art. 108 OR vorliegen würde, muss der Gläubiger daher sein Wahlrecht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ausüben. Möchte der Gläubiger (nach Ablauf der Nachfrist) auf die verspätete Leistungserbringung verzichten, hat er dies dem Schuldner mitzuteilen und zwar unverzüglich. Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich aufgrund der Beurteilung der konkreten Vertragslage und der Parteiinteressen (WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar OR I, 5. Aufl. 2011, Art. 107 N 14).

Im Namen des Berufungsklägers forderte die Rechtsschutzversicherung G._____ die Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 13. August 2012 zur Rückgabe des restlichen Altgoldes innert zehn Tagen auf. Nachdem die Berufungsbeklagte dem nicht nachgekommen war, zeigte der Berufungskläger keine Reaktion. Erst in seiner Eingabe vom 25. Februar 2013 an das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West hielt er einerseits fest, dass die Berufungsbeklagte ihm sein Altgold auszuhändigen habe, andererseits, dass er die Verrechnung erkläre. Da ein Verzicht auf die Primärleistung unverzüglich erfolgen muss, zwischen dem Schreiben der G._____ und der Stel-

lungnahme des Berufungsbeklagten aber über ein halbes Jahr vergangen ist, fehlt es eindeutig an einer rechtzeitigen Verzichtserklärung. Zudem hat es der Berufungskläger unterlassen, explizit auf die Herausgabe des Altgoldes zu verzichten.

Wie aus den Eingaben der Berufungsbeklagten hervorgeht, hat diese festgehalten, dass der Berufungskläger betreffend das Altgold höchstens über einen Herausgabeanspruch, jedoch nicht über einen Verrechnungsanspruch verfüge (vgl. Klagebegründung vom 17. Februar 2014, S. 18; Replik vom 18. August 2014, S. 11). Die Einwände des Berufungsbeklagten, die Vorinstanz habe von sich aus Argumente in den Prozess eingeführt, erweisen sich daher als nicht zutreffend, zumal den Ausführungen der Berufungsbeklagten zu entnehmen ist, dass keine Verrechnungslage herbeigeführt wurde. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass der Primäranspruch des Berufungsklägers auf Herausgabe des Altgoldes weiterhin besteht und die Voraussetzungen für eine Verrechnung gemäss Art. 120 Abs. 1 OR mangels Gleichartigkeit der Forderungen nicht erfüllt sind. Dementsprechend ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen.

3. Abschliessend ist über die Verlegung der Prozesskosten für das vorinstanzliche Verfahren und für das Rechtsmittelverfahren zu entscheiden.

3.1 Der Berufungskläger beanstandet den erstinstanzlichen Kostenentscheid insbesondere bezüglich der Verteilung der ausserordentlichen Kosten. Zwar habe die Berufungsbeklagte zu 4/5 obsiegt, weshalb der Berufungskläger verpflichtet worden sei, der Berufungsbeklagten ihre Parteikosten zu 4/5 zu ersetzen. Die Vorinstanz hätte dementsprechend die Berufungsbeklagte verpflichten müssen, dem Berufungskläger eine Parteientschädigung in Höhe von 1/5 seiner ausserordentlichen Kosten zu bezahlen. Stattdessen sei er verpflichtet worden, diese selbst zu übernehmen. Ausgehend von dem in Rechnung gestellten Honorar von CHF 10'063.25 sei dem Berufungskläger deshalb ein Honorar von CHF 2'143.75 inkl. MWST zuzusprechen. Demgegenüber führt die Berufungsbeklagte aus, die vorinstanzliche Kostenverteilung gebe keinen Anlass zur Beanstandung.

3.2 Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Im erstinstanzlichen Verfahren hat die Berufungsbeklagte zu 4/5 obsiegt resp. ist zu 1/5 unterlegen. Aufgrund dessen ist es gerechtfertigt, dass der Berufungskläger einen Anteil von 4/5 an die Parteikosten der Berufungsbeklagten zu bezahlen hat, im Gegenzug aber entsprechend auch 1/5 seiner Parteikosten von der Berufungsbeklagten ersetzt erhält. Die Rüge des Berufungsklägers erweist sich demnach als begründet. Die Vorinstanz befand lediglich über das Honorar der Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten und erachtete dieses als zu hoch. Die entsprechende Kürzung des auf dem Streitwert basierenden Honorars wurde von den Parteien nicht moniert, weshalb es angemessen ist, das gekürzte Honorar auch auf den Rechtsvertreter des Berufungsklägers anzuwenden. Die Mehrwertsteuer von CHF 596.35 ist jedoch nicht zu berücksichtigen, weil die mehrwertsteuerpflichtige Berufungsbeklagte die an ihre für geschäftlich begründete Zwecke beauftragte Anwältin geleisteten Mehrwertsteuern als Vorsteuern von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung abziehen kann (vgl. Art. 28 ff. MWSTG; Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, MWST-Branchen-Info 19,

Gemeinwesen, 2010, Rz. 80; BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 95 N 39). Eine solche Partei erleidet mithin durch die Mehrwertsteuer keinen zu entschädigenden Schaden, da sie mit deren Bezahlung gleichzeitig (bzw. in der gleichen Periode) einen gleich hohen geldwerten, liquiden und sicheren Anspruch gegenüber der Mehrwertsteuerverwaltung erwirbt. Die Abrechnungsmethode der Partei, der eine Prozessentschädigung zuzusprechen ist, ist dabei ohne Einfluss und nicht zu berücksichtigen (OGer ZH vom 19. Juli 2005, ZR 2005, N 76, E. III.2; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 9. Mai 2011, Nr. 410 2011 38, E. 4.5, publiziert im Internet). Wie vorstehend ausgeführt, muss die Berufungsbeklagte 1/5 an die Anwaltskosten des Berufungsklägers und der Berufungskläger 4/5 an die Anwaltskosten der Berufungsbeklagten bezahlen. Nach gegenseitiger Verrechnung hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten 3/5 von deren Anwaltskosten zu begleichen. Bei einem reduzierten Honorar von CHF 8'813.40 zuzüglich Auslagen von CHF 504.40, was CHF 9'317.80 (exkl. MWST) entspricht, ergibt dies CHF 5'590.70 inkl. Auslagen, die der Berufungskläger als Parteientschädigung zu entrichten hat. Die Berufung ist somit insoweit gutzuheissen und Ziff. 5 Abs. 2 des vorinstanzlichen Entscheids entsprechend zu ändern.

3.3 Im zweitinstanzlichen Verfahren hat der Berufungskläger teilweise obsiegt. Dies betrifft jedoch lediglich den Kostenpunkt, welcher insgesamt nicht ins Gewicht fällt, weshalb dem Berufungskläger die Gerichtskosten vollständig aufzuerlegen sind. Die Gerichtsgebühr ist gemäss § 8 Abs. 1 lit. f und § 9 Abs. 1 GebT auf CHF 2'300.00 festzulegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Im Weiteren hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu entrichten. Da die Berufungsbeklagte keine Honorarnote einreichte, ist die Parteientschädigung nach § 18 Abs. 1 TO ermessensweise festzusetzen, wobei vorliegend in Anwendung von § 7 Abs. 1 i.V.m. § 10 TO ein streitwertabhängiges Honorar von CHF 5'000.00 angemessen ist. Der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten somit eine Parteientschädigung von CHF 5'000.00 inkl. Auslagen zu bezahlen.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und Ziffer 5 Abs. 2 des Entscheids der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 23. April 2015 wie folgt geändert:

„Der Beklagte hat der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 5'590.70 (inkl. Auslagen, exkl. MWST) zu bezahlen.“

Im Übrigen wird der vorinstanzliche Entscheid bestätigt.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 2'300.00 wird dem Berufungskläger auferlegt. Der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von pauschal CHF 5'000.00 (inkl. Auslagen, exkl. MWST) zu bezahlen.

Präsident

Gerichtsschreiberin i.V.

Thomas Bauer

Stéphanie Baumgartner