

# ZH\_HANDELSGERICHT HG190127 vom 20. Juli 2021

Zh Handelsgericht, 2021-07-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG190127](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG190127)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG190127 du 20 juillet 2021

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG190127 del 20 luglio 2021

## Erwägungen

### E. 1

Rechtliches

#### E. 1.1

W/m<sup>2</sup>K und verrechnete der Beklagten nur den Preis für die günstigeren Fenster, müsste die Beklagte die Mehrkosten, die sie hätte tragen müssen, wenn die Klägerin von Anfang an die teureren Fenster mit einem U-Wert von 1.1 W/m<sup>2</sup>K w geliefert und verrechnet hätte, als Ohnehinkosten selber tragen.

#### E. 1.2

Die Verrechnung ist eine Einrede, die Verrechnungserklärung die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Die Verrechnung wirkt bei gegeben Voraussetzungen eo ipso, ohne dass sie klageweise geltend gemacht werden müsste. Ihre Aufnahme im Rechtsbegehren ist obsolet. Besteht die Verrechnungsforderung und ist die Verrechnung zulässig, führt dies zur Abweisung der Klage im Umfang der Verrechnung (vgl. DROESE, Res iudicata ius facit [...], Bern 2015, S. 409 f.). Daher ist der Entscheid über die Verrechnungsforderung auch nicht im Dispositiv aufzunehmen, selbst wenn die Einrede in Form eines Rechtsbegehrens geltend gemacht wird. 2. Kosten für den Gläsertausch (CHF 47'088.– und CHF 45'000.–)

#### E. 1.3

Der Gläubiger kann die Beseitigung des Rechtsvorschlags auch im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens verlangen, wenn er für seine Forderung über einen Rechtsöffnungstitel verfügt (Art. 80 ff. SchKG). Nicht möglich ist indes die Erteilung der Rechtsöffnung innerhalb des ordentlichen oder vereinfachten Verfahrens im

- 7 - Sinne von Art. 79 SchKG. Ein Rechtsöffnungsentscheid wird im summarischen Verfahren getroffen (Art. 251 lit. a ZPO). Eine objektive Klagehäufung im ordentlichen Verfahren setzt aber voraus, dass auf die gehäuften Ansprüche die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (Art. 90 lit. b ZPO; vgl. dazu auch ZR 90/1991 Nr. 80).

### E. 2

Würdigung

#### E. 2.1

Die Beklagte führt in der Klageantwort zunächst aus, die bezahlte Forderung der K. \_\_\_\_\_ GmbH in Höhe von CHF 47'088.– zur Verrechnung zu bringen (act. 13 Rz. 114). Später erklärt die Beklagte, die Kosten für den Gläsertausch über CHF 47'088.– zur Verrechnung zu bringen (act. 13 Rz. 215, 217). In der Duplik erläutert die Beklagte, die Rechnung der K. \_\_\_\_\_ GmbH betreffe nicht den Austausch von 111 Fenstergläsern – dies habe die L. \_\_\_\_\_ GmbH gemacht – sondern die Schlussmontagearbeiten (inkl. Ersatz dreier

gebrochener Gläser), die die Klägerin nicht ausgeführt habe (act. 26 Rz. 144, 149, 218). Die Kosten des Glasaustausches, der aufgrund der mangelhaften Ausführung des Werks durch die Klägerin notwendig geworden sei, würden CHF 45'000.– betragen und würden zusätzlich zur Verrechnung gestellt (act. 26 Rz. 217 f).

- 59 -

### **E. 2.2**

Die Forderungen erweisen sich ohne Weiteres als unbegründet. Bei den geltend gemachten CHF 47'088.– handelt es sich im Wesentlichen um Mehrkosten, die der Beklagten als Folge der Ausführung der Schlussmontagearbeiten durch die K.\_\_\_\_\_ GmbH entstanden sind. Die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme waren vorliegend aber nicht erfüllt (vgl. Art. 366 Abs. 2 OR und oben, Erw. D.7.2, S. 48). Infolgedessen war die Beklagte auch nicht berechtigt, der Klägerin unter Berufung auf eine angeblich mangelhafte Werkerstellung die noch ausstehenden Vertragsarbeiten zu entziehen und durch die K.\_\_\_\_\_ GmbH ausführen zu lassen. Mangels Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR fehlt es an einer Rechtsgrundlage, die der Beklagten die Überwälzung der Mehrkosten auf die Klägerin erlauben würde. Die Beklagte hat daher die ihr infolge der rechtswidrigen Weitervergabe der Schlussmontagearbeiten entstandenen Mehrkosten selbst zu tragen.

### **E. 2.3**

Eine Überwälzung der durch die Vergabe der Schlussmontagearbeiten an die K.\_\_\_\_\_ GmbH entstandenen Mehrkosten ist im Übrigen auch nicht infolge Verzugs möglich. Zwar ist auch unter Art. 366 Abs. 1 OR eine Ersatzvornahme und die Verrechnung dieser Kosten möglich: Gerät der Unternehmer mit der Ablieferung in Verzug, kann der Besteller nämlich nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist durch unverzügliche Erklärung auf die noch offene Leistung verzichten und die Kosten einer Ersatzvornahme als Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR, positives Interesse). Die Klägerin war indessen vorliegend mit den Schlussmontagearbeiten nicht in Verzug. Sie hat der Beklagten mehrfach angeboten, die Schlussmontagearbeiten durchzuführen (act. 1 Rz. 93; act. 22 Rz. 147, 157, 166, 172, 174, 205, 212, 236; vgl. act. 3/44). Dies bestreitet die Beklagte nicht (act. 13 Rz. 145; act. 26 Rz. 144, 152, 154, f., 161 ff., 169 f., 190, 195 ff., 213 ff.). Indem die Beklagte der Klägerin keinen Termin für die Durchführung der Schlussmontagearbeiten nannte (sondern die K.\_\_\_\_\_ GmbH damit beauftragte), kam sie in Annahmeverzug (Art. 91 OR). Ein Verzug der Klägerin ist dadurch ausgeschlossen (BGE 45 II 250 E. 2 S. 256). Mangels Verzug kann die Beklagte die durch die Ausführung der Schlussmontagearbeiten durch die K.\_\_\_\_\_ GmbH entstandenen Mehrkosten

- 60 - auch nicht als Nichterfüllungsschaden gestützt auf Art. 366 Abs. 1 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 geltend machen.

### **E. 2.4**

Ähnlich verhält es sich mit den von der Beklagten geltend gemachten Kosten von CHF 45'000.–, die ihr deshalb erwachsen sein sollen, weil die L.\_\_\_\_\_ GmbH Isoliergläser ausgetauscht haben soll. Dass ein g-Wert 51% vorliegend nicht ausreicht, um den Minergie-P-Standard zu erfüllen, und die Beklagte daher gewisse Isoliergläser austauschen musste, hat die Klägerin nicht zu verantworten. Es lag vielmehr in der Verantwortung der

Beklagten, sich zu vergewissern, dass ein g-Wert 51% für die Zertifizierung der Gebäude ausreichen würde (vgl. oben, Erw. D.4.5.3.1, S. 24). Nachdem die Beklagte dies nicht (bzw. nicht rechtzeitig) tat und infolgedessen keine Vertragsanpassung erwirkte, bleibt es bei der Feststellung, dass die Klägerin mit der Lieferung und Montage der Fenster mit einem Fensterglas, dessen g-Wert 51% beträgt, ein vertragsgemässes Werk erstellt hat. In diesem Punkt ist das Werk also mangelfrei, womit die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 2 OR nicht erfüllt sind. Ein ersatzweiser Austausch der Isoliergläser auf Kosten der Klägerin bzw. die Verrechnung der entsprechenden Kosten entfällt daher. 3. Rechnung der C.\_\_\_\_\_ GmbH (CHF 1'058.40)

### **E. 3**

Rechtliches

#### **E. 3.1**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, es sei nie vereinbart worden, dass die in der Ausschreibung klar dargelegten U- und g-Werte verändert würden. Einzig die Schlechtlieferung der Klägerin habe zur Notwendigkeit einer neuerlichen Berechnung und Erstellung des energetischen Nachweises geführt. Die Kosten der Neuberechnung würden CHF 1'058.40 betragen (act. 13 Rz. 164 ff.). Die Klägerin hält dem entgegen, es handle sich bei den Kosten der Neuberechnung um Ohnehinkosten im Sinne von Art. 170 Abs. 2 SIA-Norm 118, auf deren Ersatz die Beklagte keinen Anspruch habe (act. 1 Rz. 104; act. 22 Rz. 180).

#### **E. 3.2**

Ohnehinkosten (oder Sowiesokosten) sind Kosten der Nachbesserung, die auch bei ursprünglich mangelfreier Ausführung entstanden und dann zu Lasten des Bestellers gegangen wären (Art. 170 Abs. 2 SIA-Norm 118; GAUCH, a.a.O. N 1728). Hätte die Klägerin beispielsweise Fenster mit einem U -Wert von 0.9 w

- 61 - W/m<sup>2</sup>K liefern müssen, lieferte sie aber günstigere Fenster mit einem U -Wert von w

##### **E. 3.2.1**

Die Klägerin macht zunächst geltend, die Parteien hätten sich in Abweichung der Ausschreibung anlässlich dieser Besprechungen auf einen tieferen g- Wert von 51% geeinigt, um die Kosten zu senken. Auf Grundlage dieser Einigung habe sie die Offerten Nr. 481817/2 und Nr. 481817/3 erstellt (act. 1 Rz. 24 ff., 57, 132).

##### **E. 3.2.2**

Die Beklagte bestreitet dies; die Parteien hätten nie über eine Veränderung der bauphysikalischen Werte gesprochen und diesbezüglich nie eine Vereinbarung abgeschlossen (act. 13 Rz. 23, 30, 36, 185).

#### **E. 3.3**

Bei den Kosten, die aufgrund einer Neuberechnung des energetischen Nachweises entstanden sind, handelt es sich nicht um Ohnehinkosten im eigentlichen Sinne. Schliesslich hat die Klägerin kein mangelhaftes Werk erstellt, dessen Mangelbehebung Kosten verursachte, die die Beklagte schon von Anfang an hätte tragen müssen. Das Werk der Klägerin ist bezüglich der energetischen Werte mangelfrei. Infolgedessen ist keine Rechtsgrundlage ersichtlich, die die Verrechnung dieser Kosten erlauben würde. Es würde sich im Übrigen auch nicht anders verhalten, hätte die Klägerin ein mangelhaftes Werk

erstellt. Hätte die Klägerin Fenster mit einem Glas, dessen g-Wert 62% beträgt, liefern müssen und trotzdem nur ein Glas mit  $g=51\%$  verbaut, könnten der Klägerin die Kosten der Neuberechnung dennoch nicht verrechnet werden. In diesem Fall hätte die Beklagte die Klägerin nämlich ohne Weiteres berechtigterweise zur Mangelbehebung anhalten können und hätte diese nötigenfalls auch mittels Ersatzvornahme durchsetzen können. Eine Neuberechnung des energetischen Nachweises wäre hierfür aber nicht erforderlich gewesen. Es wäre nämlich bereits mit der Mangelbehebung gewiss gewesen, dass die ursprüngliche Berechnung eingehalten würde. Die Kosten der Neuberechnung erweisen sich somit als unnütze Aufwendung der Beklagten. Als solche ist sie von ihr selbst zu tragen und kann nicht zur Verrechnung gebracht werden.

### E. 3.4

Inwieweit die Vermutung der Klägerin zutrifft, wonach die Beklagte bzw. die D.\_\_\_\_\_ GmbH aufgrund der gewünschten Materialänderungen ohnehin vor Vertragsschluss hätten überprüfen müssen, ob mit den offerierten Fenstern mit  $g = 51\%$  und  $U = 0.87 \text{ W/m}^2\text{K}$  der gewünschte Minergie-P-Standard eingehalten werden kann und die Kosten der Neuberechnung somit ohnehin angefallen wären (vgl. act. 1 Rz. 104; act. 22 Rz. 111), kann dahingestellt bleiben. Was die Beklagte oder die D.\_\_\_\_\_ GmbH wann tun müssen, um ihre gegenseitigen Pflichten

- 62 - oder die Pflichten gegenüber der lokalen Bauverwaltung zu erfüllen, interessiert im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht. 4. Mehraufwand D.\_\_\_\_\_ GmbH (CHF 10'000.–) Die Beklagte macht geltend, ihr bzw. der D.\_\_\_\_\_ GmbH seien Begleitkosten von CHF 10'000.– entstanden (act. 13 Rz. 172). Die Klägerin bestreitet den Bestand und den Umfang dieser Forderung (act. 1 Rz. 110 ff.). Weitere Ausführungen macht die Beklagte nicht. Damit erfüllt sie die Substantiierungsanforderungen nicht. Eine gehörige Substantiierung der vorliegenden Verrechnungsforderung bedingte, dass die Beklagte insbesondere Ausführungen zu jenen Tatsachen gemacht hätte, aufgrund derer auf die Existenz und die Fälligkeit der Verrechnungsforderung geschlossen werden könnte (vgl. Art. 120 Abs. 1 OR). Die Beklagte hätte also namentlich zu den Tatsachen, die zum behaupteten Mehraufwand geführt haben, zu den durch die D.\_\_\_\_\_ GmbH erledigten Arbeiten und zur Zahlung von CHF 10'000.– an die D.\_\_\_\_\_ GmbH detaillierte Angaben machen müssen. Nachdem sie dies unterlassen hat, ist der Bestand dieser Verrechnungsforderung unbewiesen und ihr ist die Verrechnung zu versagen. 5.

Mietzinsausfall und -reduktion (CHF 17'445.– und CHF 6'978.–) 5.1. Parteistandpunkte 5.1.1. Die Beklagte bringt vor, P.\_\_\_\_\_ habe für die Klägerin mit G.\_\_\_\_\_ für die Beklagte mündlich abgemacht, dass die Lieferung in der ersten Augustwoche erfolge und dass die Montage bis am 31. August 2016 abgeschlossen sei (act. 13 Rz. 41 ff., 48, 51). Nachdem die Klägerin am 15. August 2016 die Lieferung und Montage auf den September angekündigt habe, habe G.\_\_\_\_\_ gleichentags telefonisch interveniert und auf die Verspätung hingewiesen (act. 26 Rz. 90). Schliesslich habe G.\_\_\_\_\_ Ende August festgestellt, dass die Lieferung und Montage wider die Vereinbarung noch nicht stattgefunden habe, weshalb er die Klägerin mit E-Mail vom 30. August 2016 erneut mit der Verspätung konfrontiert habe (act. 26 Rz. 29). Die Lieferung und Montage der Fenster sei letztlich erst am 15. September 2016 mit einer Verspätung von rund zwei Wochen erfolgt. Dies habe G.\_\_\_\_\_ in den E-Mails vom 6. September 2016 und vom 13. September 2016

- 63 - festgehalten (act. 13 Rz. 41 ff., 51). Die verspätete Lieferung sei kausal für die Verzögerung der Fertigstellung der Häuser gewesen (act. 13 Rz. 49). Bei Netto- mieteinnahmen von CHF 418'680.– pro Jahr betrage der Mietzinsausfall aufgrund der verspäteten Lieferung CHF 17'445.– (act. 13 Rz. 51). Ferner macht die Be- klagte geltend, sie habe weitere Mietzinsausfälle aufgrund von Mietzinsreduktio- nen von CHF 6'978.– erlitten (act. 13 Rz. 177; act. 26 Rz. 175). 5.1.2. Die Klägerin bestreitet die mündliche Vereinbarung eines Liefertermins per Ende August und die verspätete Lieferung (act. 22 Rz. 80, 91). Sie führt aus, sie habe mit E-Mail vom 15. August 2016 die Lieferung und Montage der Fenster auf die Wochen 36 und 37 angekündigt (act. 1 Rz. 36). Dies entspreche der Auftrags- bestätigung vom 20. Juli 2016, worauf der Liefertermin mit "Anfangs September 2016" angegeben sei (act. 1 Rz. 41, 44; act. 22 Rz. 88). 5.2. Rechtliches Bauherr und Unternehmer haften gegenseitig für Schäden aus Fristüberschrei- tungen, die sie verschuldet haben (Art. 97 Abs. 1 SIA-Norm 118). Die Vorausset- zungen für den Schadenersatzanspruch ergeben sich aus Art. 97 OR und sind folgende: Vertragsverletzung (Fristüberschreitung), Schaden, Kausalzusammen- hang zwischen Fristüberschreitung und Schaden sowie Verschulden. Die drei erstgenannten Voraussetzungen hat die anspruchstellende Partei – vorliegend die Beklagte – zu beweisen. Das Verschulden wird vermutet, wobei der Gegenpartei – hier der Klägerin – der Exkulpationsbeweis offensteht (SPIESS/HUSER, Stämpfli Handkommentar zur Norm SIA 118, Bern 2014, Art. 97 N 6; REETZ in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 97 N 1.3 ff.). 5.3. Würdigung 5.3.1. Nachdem die Klägerin den Bestand einer mündlichen Vereinbarung bestrei- tet (act. 22 Rz. 80), obliegt es der Beklagten substantiiert zu behaupten, dass die Parteien den 31. August 2016 als Liefertermin vereinbart haben. Dies gelingt ihr nicht. Sie beschränkt sich auf die pauschale Behauptung, der Liefertermin sei mündlich vereinbart worden. Ein substantiiertes Behaupten hätte erfordert, dass

- 64 - die Beklagte dartut, wann, wo und unter welchen Umständen sie mit der Klägerin eine Vereinbarung getroffen haben will. Gegen eine Vereinbarung spricht ferner, dass die Klägerin die Lieferung und Montage mit E-Mail vom 15. August 2016 auf Anfang September 2016 ankündigte, die Beklagte die Klägerin dazumal aber nicht abmahnte. Die Beklagte behauptet wohl, sie habe gleichentags interveniert (act. 26 Rz. 90). Mit wem die Beklagte damals gesprochen haben will, was Ge- genstand des Gespräches war und wie die Parteien in der Folge verblieben sind, erklärt die Beklagte aber nicht. Auch das E-Mail vom 30. August 2016, in dem die Beklagte die Klägerin auf die Verspätung hingewiesen haben will, liegt nicht im Recht. Aktenkundig sind einzig E-Mails vom 6. September 2016 und vom 13. September 2016 (act. 15/13-14). Der Umstand, dass sich G.\_\_\_\_\_ im Nachhinein per E-Mail einseitig auf eine Vereinbarung beruft, vermag substantiierte Behauptun- gen zu den Umständen der Vereinbarung aber nicht zu ersetzen. Mangels sub- stantiiertes Behauptungen gelingt es der Beklagten somit nicht, die Vereinbarung eines Ablieferungstermins vom 31. August 2016 rechtsgenügend darzutun. Daher liegt in der Lieferung und Montage der Fenster durch die Klägerin anfangs Sep- tember 2016 keine Fristüberschreitung, und es liegt keine Vertragsverletzung vor. 5.3.2. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass einer Verrechnung von Mietzinsausfällen über CHF 17'445.– als Verspätungsschaden selbst dann nicht stattzugeben wäre, hätte die Beklagte die verspätete Lieferung und Montage bewiesen. Die Beklagte stellt nämlich auch hinsichtlich des Schadens sowie des Kausalzusammenhangs keine genügenden Behauptungen auf. So legt sie nicht dar, welche Wohnungen von welcher Liegenschaft, aufgrund welcher

Mietverträge (mit welchem Inhalt) vermietet gewesen sein sollen bzw. nicht hätten vermietet werden können, welcher Mietzins ihr für welche Zeitperiode entgangen sein soll und weshalb eine Vermietung ebendieser Mietobjekte für welche Zeitdauer zufolge von Handlungen der Klägerin nicht möglich gewesen sein soll. Die Beklagte legt nicht einmal dar, wann die Liegenschaften ursprünglich insgesamt hätten fertiggestellt sein sollen und auf wann die Erstvermietung geplant war. Ein Schadenersatzanspruch über CHF 17'445.– infolge verspäteter Lieferung ist daher auch

- 65 - mangels substantiiert behaupteten Schadens und Kausalzusammenhangs zu verneinen. 5.3.3. Substantiierte Behauptungen fehlen im Übrigen auch betreffend die Mietzinsreduktion von CHF 6'978.–, die die Beklagte gewährt haben will. Die Beklagte tut nicht dar, welches Verhalten der Klägerin dazu geführt hat, dass sie bestimmten Mietern eine Mietzinsreduktion gewähren musste. Infolgedessen fehlt es auch diesbezüglich an einer Vertragsverletzung, aufgrund derer die Klägerin zu Schadenersatz verpflichtet werden könnte. Weiterungen im Zusammenhang mit der angeblich gewährten Mietzinsreduktion erübrigen sich damit. 6. Zwischenfazit Die von der Beklagten zur Verrechnung gestellten Forderungen sind nicht ausgewiesen. Unter diesen Umständen bedarf es keiner weiteren Ausführungen zur Forderung der Klägerin über CHF 8'000.– aus Regiearbeiten, die Letztere für den Fall, dass sich eine Verrechnungsforderung der Beklagten als berechtigt erwiesen hätte, zur Gegenverrechnung stellt (vgl. act. 22 Rz. 101). G. Zusammenfassung und Fazit Ob die Richtpreis-Offertvariante V1 zu Offerte Nr. 481817 oder die Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 die massgebende Vertragsgrundlage ist, kann offenbleiben. Der vereinbarte Energiedurchlassgrad des Fensterglases der bestellten Fenster beträgt so oder anders 51%. Indem die Klägerin Fenster mit einem entsprechenden g-Wert lieferte und montierte, hat sie ein vertragsgemässes Werk erstellt. Infolgedessen war eine mangelhafte Erstellung des Werkes nicht bestimmt voraussehbar, womit die Ersatzvornahme nicht statthaft war. Indem die Beklagte das Werk dennoch von der K. \_\_\_\_\_ GmbH vollenden liess, verunmöglichte sie der Klägerin die vertragsgemässe Erfüllung. Die Beklagte hat die Klägerin daher für das ausgeführte Teilwerk ohne Abzüge zu entschädigen. Nachdem die Verrechnungsforderungen der Beklagten nicht bestehen, ist sie unter Berücksichtigung der Einsparungen der Klägerin für die nicht selbst ausgeführten Schlussmontagearbeiten zusammenfassend zu verpflichten, der Klägerin den bislang unbezahlten Werklohn im Umfang von CHF 162'757.75 zzgl. Zins zu 5% auf

- 66 - CHF 154'700.– seit 1. November 2016 sowie auf CHF 8'057.75 seit 19. September 2017 zu bezahlen. Im Mehrbetrag (CHF 1'228.40 zzgl. Zins zu seit 19. September 2017) ist die Klage abzuweisen. H. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt; Zinsen, Kosten und allfällige Eventualbegehren sind nicht hinzuzurechnen (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Er beläuft sich vorliegend auf CHF 163'986.15 (act. 1 S. 2). Die Betreuungskosten von CHF 203.30 sind in der Streitwertberechnung nicht zu berücksichtigen. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr beträgt damit CHF 11'300.–. Die Komplexität und der Aufwand des Falles rechtfertigen eine Erhöhung der Gerichtsgebühr um einen Drittel auf rund CHF 15'000.– (§ 2 Abs. 1 lit. b und lit. c und Art. 4 Abs. 2 GebV OG). Da die Klägerin nur sehr geringfügig unterliegt, sind die Kosten

vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen, wofür ihr das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist (Art. 111 Abs. 2 ZPO). 2. Infolge des Obsiegens der Klägerin ist ihr zudem eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Deren Höhe richtet sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG ZH) und damit in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 14'640.-. Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um rund 40 % zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die Beklagte hat der Klägerin daher eine Parteientschädigung von CHF 20'500.- zu entrichten.

- 67 - Das Handelsgericht beschliesst:

#### **E. 3.4.1**

Die Klägerin trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass sich die Parteien anlässlich einer Besprechung auf einen g-Wert von 51% geeinigt haben (Art. 8 ZGB). Diesen Obliegenheiten kommt die Klägerin nicht rechtsgenügend nach; ihr Vortrag ist nicht schlüssig. Während die Klägerin an der einen Stelle behauptet, die Parteien hätten sich auf einen tieferen g-Wert geeinigt (act. 1 Rz. 24 ff., 57, 132), bringt sie an anderer Stelle vor, die Herabsetzung habe auf einer Annahme ihrer Mitarbeiter beruht (act. 22 Rz. 53). Ob die Klägerin nun gestützt auf eine Vereinbarung oder aufgrund einer Annahme gehandelt hat, erschliesst sich nicht. Weiter behauptet die Klägerin, die Beklagte bzw. G.\_\_\_\_\_ habe die Offerten ohne ihr Einverständnis abgeändert und "insbesondere einen Rabatt von 23% anstatt der offerierten 20% verlangt" (vgl. act. 22 Rz. 15). Andernorts konzidiert die Klägerin, dass der vereinbarte Rabatt 23% betragen habe (vgl. act. 1 Rz. 4, 79). Damit bleibt unklar, ob die Preisdiskussion nur über den Rabatt geführt wurde, oder ob auch der g-Wert des Fensterglases zur Preissenkung verändert werden sollte. Infolge dieser Widersprüchlichkeiten dringt die Klägerin mit ihrer Behauptung, die Parteien hätten einen g-Wert von 51% an einer Besprechung vereinbart, nicht durch.

#### **E. 3.4.2**

Selbst wenn die Klägerin die Vereinbarung eines g-Werts von 51% schlüssig behauptet hätte, vermöchte sie damit nicht durchzudringen. Zwar bestehen Indizien für eine derartige Vereinbarung. So ist unbestritten, dass die Parteien Preisgespräche führten (act. 1 Rz. 24, 132; act. 13 Rz. 23). Zudem deutet die Angabe des g-Werts von 51% in den späteren Offerten Nr. 481817/2 und Nr. 481817/3 (vgl. act. 3/20-21; act. 15/4-5) und in der Auftragsbestätigung (vgl. act. 3/27-28) darauf hin, dass der g-Wert Gegenstand der Gespräche war. Dies, da nicht ohne Weiteres anzunehmen ist, die Klägerin würde von sich aus und ohne Anlass von den

- 18 - Anforderungen der Ausschreibung abweichen. Der Umstand, dass der g-Wert diskutiert wurde, vermag aber die Vereinbarung des g-Werts von 51% nicht zu beweisen. Dies hätte substantiierte Behauptungen dazu, wann, wo, in welcher Form und mit welchem Inhalt die Klägerin eine Vereinbarung mit der Beklagten abgeschlossen haben will, erfordert. Solche Behauptungen fehlen. Die Klägerin unterlässt es indes gänzlich, den Verlauf der Preisgespräche in nachvollziehbarer Art darzulegen.

#### **E. 3.5**

Zwischenfazit Zusammenfassend legt die Klägerin nicht schlüssig und substantiiert dar, dass sich die Parteien anlässlich eines Gespräches auf einen g-Wert von 51% geeinigt haben. Nachdem nicht bekannt ist, was die Parteien genau erklärt haben sollen, kann auch keine Auslegung ihrer Erklärungen vorgenommen werden.

#### **E. 4**

Die Richtpreis-Offertvariante

##### **E. 4.1**

Die Klägerin konnte das geschuldete Werk vorliegend nicht selbst fertigstellen, weil die Beklagte die Schlussmontage- und Vollendungsarbeiten ersatzweise von der K. \_\_\_\_\_ GmbH ausführen liess. Soweit das Werk aber von der Klägerin erstellt wurde, ist die Beklagte hierfür entschädigungspflichtig. Da die Beklagte in-

- 53 - folge vertragsgemässer Lieferung der Fenster der Klägerin nicht zur Ersatzvornahme berechtigt war, wurde der Klägerin die vertragsgemässe Vollendung des Werks zu Unrecht verunmöglicht (Unmöglichkeit infolge Erfüllung durch Dritten). Die Unmöglichkeit ist nicht zufällig eingetreten, sondern Folge der Beauftragung der K. \_\_\_\_\_ GmbH durch die Beklagte. Die Beklagte hat daher die Unmöglichkeit zu vertreten. Infolgedessen richtet sich die Vergütung der Klägerin – da die Parteien die SIA-Norm 118 vereinbart haben – nach Art. 185 SIA-Norm 118.

##### **E. 4.1.1**

Am 29. September 2015 schrieb die Planerin der Beklagten, die D. \_\_\_\_\_ GmbH, die Herstellung, Lieferung und Montage von Fenstern aus (act. 1 Rz. 16; act. 13 Rz. 19; act. 3/2). Die Fenster sollten in Kunststoff ausgeführt werden und Minergie-zertifiziert sein. Der g-Wert sollte 62% betragen (act. 1 Rz. 17; act. 13 Rz. 19). In Beantwortung der Ausschreibung füllte die Klägerin das der Ausschreibung beigegefügte, leere Leistungsverzeichnis handschriftlich aus und brachte auf der ersten Seite die Nummer "481817" an (act. 3/2; act. 15/2a). Sodann liegt eine Offerte Nr. 481817/1 vom 4. November 2015 im Recht (act. 3/19). Sie entspricht im Wesentlichen dem handschriftlichen Angebot auf der Ausschreibung. Der Bruttopreis beträgt CHF 150'507.86 für eine Ausführung in Kunststoff und mit einem Glas, das einen g-Wert von 62% aufweist (act. 3/19; act. 1 Rz. 23, 131; act. 13 Rz. 22, 184). Im Nachgang zu diesen ersten Offerten kam es zu Gesprächen zwischen den Parteien. Gegenstand der Gespräche war einerseits eine Preissenkung, andererseits eine Variante mit Hebe-/Schiebetüren (anstelle von Flügeltüren) sowie die Ausführung mit Kunststoff-Aluminiumrahmen (anstelle von

- 19 - Kunststoffrahmen; act. 1 Rz. 24, 132; act. 13 Rz. 23; act. 22 Rz. 28; act. 26 Rz. 21).

##### **E. 4.1.2**

Die nächsten Offerten Nr. 481817/2 und Nr. 481817/3 datieren vom 21. Juni 2016 (act. 3/20-21; act. 15/4-5). Die Materialart ist nach wie vor Kunststoff. Im Unterschied zu den ersten Offerten ist jedoch ein Glas mit einem g-Wert von 51% eingesetzt. Die Offerte Nr. 481817/3 sieht zudem Hebe-/Schiebetüren anstelle von Glasflügeltüren vor (vgl. act. 3/20-21; act. 15/4-5; act. 1 Rz. 24, 26; act. 13 Rz. 23 ff., act. 26 Rz. 43, 49). Ausserdem notierte die Klägerin auf deren ersten Seite handschriftlich: "Variante KS Alu = 201616.– [...]" (act. 3/21; act. 15/5; act. 1 Rz. 26; act. 22 Rz. 14; act. 26 Rz. 21 ff.). Einen Tag später, am 22. Juni 2016, erstellte die Klägerin zwei Offertvarianten. Beide Varianten tragen den Titel "Richtpreis-Offertvariante V1 zu Offerte Nr. 481817" (act. 15/3; act. 15/6). Diese

sehen analog zu den Offerten Nr. 481817/2 und Nr. 481817/3 eine Ausführung ohne (act. 15/6) bzw. mit Hebe-/Schiebtüren vor (act. 15/3). Im Unterschied zu den Vortagsofferten wird aber eine Ausführung in Kunststoff/Aluminium angeboten. Zudem enthalten die Varianten keine Angabe zum g-Wert. Ihnen ist anders als bei den Vortagsofferten keine Konstruktionsbeschreibung angeheftet (vgl. act. 3/20-21; act. 15/3; act. 15/6).

#### **E. 4.1.3**

Schliesslich teilte die D.\_\_\_\_\_ GmbH der Klägerin mit, sie habe sich für die Variante mit Hebe-/Schiebetüren und Kunststoff-Aluminiumrahmen entschieden (act. 1 Rz. 33; vgl. act. 13 Rz. 38 f.). Am 13. Juli 2016 teilte die D.\_\_\_\_\_ GmbH der Klägerin den Farbton für die Aluminiumfenster mit. Am 13. und am 15. Juli 2016 tauschten sich die Parteien bezüglich Planungenauigkeiten aus (act. 1 Rz. 27-29; act. 13 Rz. 27). Mit E-Mail vom 15. Juli 2016 verlangte G.\_\_\_\_\_ die Zustellung der Datenblätter der Fenster und des Zertifikates mit den U-Werten zwecks Ablieferung derselben an den Bauphysiker. Er hielt fest, die Gebäude würden im Minergie-P-Standard erstellt. Am 18. Juli 2016 sandte die Klägerin die Minergie-Zertifikate an G.\_\_\_\_\_. Am 19. Juli 2016 sandte die D.\_\_\_\_\_ GmbH (N.\_\_\_\_\_) ein E-Mail an die Klägerin und verlangte eine Bestätigung der U- und g-Werte gemäss Ausschreibung vom 29. September 2015. Gleichentags antwortete die Klägerin, der g-Wert betrage 51% (act. 1 Rz. 30 f.; act. 13 Rz. 32). Hierauf liess sich

- 20 - die Beklagte bis nach der Fertigstellung und Montage der Fenster nicht mehr vernehmen (act. 1 Rz. 32; act. 13 Rz. 33).

#### **E. 4.1.4**

Am 20. Juli 2016 um 9.00 Uhr bestätigte M.\_\_\_\_\_ (bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH angestellter Bauzeichner) die Fensterausmasse und Öffnungsrichtungen (act. 13 Rz. 14; act. 22 Rz. 15; act. 26 Rz. 24). Hierauf sandte die Klägerin der D.\_\_\_\_\_ GmbH die definitive Auftragsbestätigung Nr. 1516600 vom 20. Juli 2016. Darin ist ein Glas-g-Wert von 51% ausgewiesen (vgl. act. 3/27-28). Gleichentags retournierte M.\_\_\_\_\_ die erste Seite der definitiven Auftragsbestätigung (act. 1 Rz. 33 f.; vgl. act. 13 Rz. 14, 38 f.; act. 22 Rz. 227; act. 26 Rz. 204, 207). Hierauf stellte die Klägerin Kunststoff/Aluminium-Fenster und Hebe-/Schiebetüren entsprechend der Auftragsbestätigung mit einem Glas-g-Wert von 51% her, lieferte diese zwischen

#### **E. 4.2**

Der Vergütungsanspruch der Klägerin richtet sich nach Massgabe des Vertrages. Ihre Vergütung kann errechnet werden, indem entweder sämtliche erbrachten Leistungen addiert werden oder indem vom vereinbarten Werklohn jene Leistungen subtrahiert werden, die von der Klägerin noch geschuldet waren. Da vorliegend das von der Klägerin geschuldete Werk bis auf die Schlussmontagearbeiten vollendet war, rechtfertigt es sich, ausgehend vom Werklohn Letztere abzuziehen.

#### **E. 4.2.1**

Die Beklagte macht geltend, der Werkvertrag basiere auf der zweiten Richtpreis-Offertvariante V1 zu Offerte Nr. 481817 vom 22. Juni 2016 (act. 15/3) in Verbindung mit der Ausschreibung. Diese sei massgebend, weil es sich hierbei um die letzte, anlässlich einer Sitzung beiderseits akzeptierte Offerte handle (act. 13 Rz. 6 f., 24 f., 190 f.; act. 26 Rz. 13, 16, 21 f., 40, 50). Dass die zweite Richtpreis-Offertvariante auf der Ausschreibung basiere, ergebe sich aus der Referenzierung. Der in der Ausschreibung

vorgeschriebene g-Wert von 62% sei daher massgebend (act. 13 Rz. 6, 25; act. 26, Rz. 13, 15 f., 21, 40, 50, 66 f.). Die D. \_\_\_\_\_ GmbH habe die Klägerin zudem mehrfach darauf hingewiesen, dass die Anforderungen der Ausschreibung einzuhalten seien, da die Gebäude im Miner- gie-P-Standard gebaut würden. Die Klägerin habe mit E-Mail vom 18. Juli 2016 um 6.01 Uhr und telefonisch G. \_\_\_\_\_ gegenüber bestätigt, dass die Gläser die Anforderungen der Ausschreibung erfüllen würden (act. 13 Rz. 8 ff., 23, 30 ff., 34, 36, 185; act. 26 Rz. 19, 47). Die Beklagte habe deshalb einen g-Wert von 62% als verbindlich erachtet (act. 13 Rz. 23, 30, 36). Die zweite und die dritte Offerte habe sie dagegen aufgrund des tieferen g-Werts von 51% abgelehnt (act. 26 Rz. 192).

- 21 -

#### **E. 4.2.2**

Die Klägerin behauptet, die zweite Richtpreis-Offertvariante basiere auf der Offerte Nr. 481817/3, die auf den Seiten 2 und 4 einen g-Wert von 51% ausweise (act. 22 Rz. 11, 31, 59, 132). Massgebend sei jedoch ohnehin die Auftragsbetäti- gung (act. 1 Rz. 35; act. 22 Rz. 10, 37). Die offerierten Preise seien nämlich bis zur definitiven Bestätigung der Fensterausmasse und Öffnungsrichtungen unver- bindlich gewesen. Diese Bestätigung sei erst am 20. Juli 2016 erfolgt (act. 22 Rz. 15). Sie habe die Beklagte zudem mehrfach auf den g-Wert von 51% hingewiesen (act. 1 Rz. 140, 144; act. 22 Rz. 32, 54). Es sei nicht ihre Aufgabe gewesen, ab- zuklären, ob ein Glas mit  $g = 51\%$  ausreiche, damit die Gesamtbauten Minergie- P-zertifiziert werden könnten (act.1 Rz. 135; act. 22 Rz. 32 f., 52, 54, 73).

#### **E. 4.3**

Der vereinbarte Werklohn betrug CHF 206'646.39. In Abzug zu bringen sind zunächst die Kosten der Griffe und Rosetten, die die Klägerin anderweitig ver- wenden konnte. Die Beklagte bestreitet nicht substantiiert, dass ihr die günstige- ren Griffe Glutz 50001/51001 zur Reduktion des Werkpreises offeriert wurden. Zur behaupteten Stückzahl (143 Stück) und zum behaupteten Preis (CHF 17.50 pro Stück) machte sie keine Ausführungen. Es ist daher auf die Angaben der Klägerin abzustellen. Demnach beträgt die Werklohnminderung für die Griffe und Rosetten CHF 2'502.50. Ein höherer Abzug für teurere Fenstergriffe rechtfertigt sich vorlie- gend nicht. Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe ihr solche versprochen, ist nicht schlüssig dargetan und zudem unsubstantiiert. Die Beklagte führt zwar aus, sie habe mit "der Klägerin" eine mündliche Vereinbarung getroffen (vgl. act.

#### **E. 4.4**

Zu den ersparten Kosten im Zusammenhang mit den Handhebeln, der aus- gebliebenen Montage der Griffe, Hebel, Flachblechen und Wetterschenkeln und den Justierungsarbeiten äussert sich die Beklagte nicht (vgl. act. 13 Rz. 120, 154, 163). Es ist daher auf die Ausführungen der Klägerin abzustellen, wonach die Minderkosten hierfür (inkl. den Kosten für die Griffe und Rosetten "Glutz") CHF 9'390.– betragen (vgl. act. 1 Rz. 79). Der Umstand, dass die Wetterschenkel zum heutigen Zeitpunkt für die Beklagte keinen Wert mehr haben (vgl. act. 13 Rz. 160, 123), ist nicht ausschlaggebend. In Erfüllung des Werkvertrags hergestellte Elemente des Werks sind auch dann zu vergüten, wenn sie nicht eingebaut wur- den.

#### **E. 4.4.1**

Das Zustandekommen eines Vertrages erfordert übereinstimmende gegen- seitige Willensäusserungen der Vertragsparteien (Konsens; Art. 1 Abs. 1 OR). Ob die Willenserklärungen der Parteien übereinstimmen, ist durch Auslegung der Er- klärungen zu ermitteln (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allge- meiner Teil, 7. Aufl. 2016, N 29.01; vgl. ZK OR-JÄGGI, Art. 1 N 242). Massgebend

- 22 - ist zunächst der tatsächliche Wille (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; subjektive Auslegung). Das Vorliegen eines tatsächlichen Willens ist eine Tatfrage. Derjenige, der sich auf einen bestimmten wirklichen Willen beruft, hat diesen zu beweisen (Art. 8 ZGB). Weil der wirkliche Wille eine innere Tatsache ist, kann er nicht direkt be- wiesen werden. Er ist anhand von Indizien zu ergründen. Indiz ist nicht nur der Wortlaut der Erklärung. Zu berücksichtigen sind namentlich auch die Begleitum- stände, die Beweggründe, das Verhalten und die Erklärungen der Parteien vor und nach Vertragsschluss (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 142 III 239 E. 5.2.1.; BGer 5A\_927/2017 vom 8. März 2018 E. 5.1). Zeigt die subjektive Auslegung, dass je- de Partei die von der anderen Partei abgegebene Willensäusserung tatsächlich richtig verstanden hat und stimmen die so verstandenen Erklärungsinhalte über- ein, ist ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens gegeben.

#### **E. 4.4.2**

Hat eine der Parteien die Willensäusserung der anderen nicht richtig ver- standen, ist der objektiv-konkrete Sinn der subjektiv nicht (richtig) erkannten Wil- lensäusserung gemäss dem Vertrauensprinzip zu ermitteln (BGE 144 III 93 E. 5.2.1 S. 97 f.; 137 III 145 E. 3.2.1 S. 148). Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden wer- den durften und mussten. Es ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, wo- bei dieser aus dem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen ist (BGE 144 III 93 E. 5.2.2 S. 98 f.; 140 III 391 E. 2.3 S. 398). Massgebend ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen ver- stehen durfte und musste (BGE 144 III 93 E. 5.2.1 S. 98; 140 III 391 E. 2.3 S. 398; BGer K 70/01 vom 9. Oktober 2007 E. 3b). Führt die Auslegung zu einem Erklärungssinn, der mit jenem der Gegenerklärung übereinstimmt, so liegt ein normativer (rechtlicher) Konsens und damit ein Vertrag mit dem objektiv-konkret ermittelten Sinn vor (BGE 133 III 406 E. 2.3 S. 409; 123 III 35 E. 2b S. 39 f., MÜL- LER in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemei- ner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, 2018 [zit BK OR], Art. 1 N 202, 205).

- 23 -

#### **E. 4.4.3**

Trotz des Vorrangs des übereinstimmenden tatsächlichen Vertragswillens ist praxisgemäss zunächst eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzu- nehmen (vgl. HGer ZH HG960184 vom 22. November 1999; HG090086 vom

#### **E. 4.5**

Die Behauptung der Klägerin, wonach zwei Gläser geborsten seien (Haus B, 1. OG, Position 86 und DG, Position 96) und dass der Ersatz, inklusive Arbeit hierfür circa CHF 1'000.– gekostet habe (vgl. act. 1 Rz. 99), bestreitet die Beklag- te nicht substantiiert (vgl. act. 13 Rz. 156). Die Beklagte macht zwar geltend, dass noch ein drittes Glas gebrochen sein soll. Sie zeigt aber weder substantiiert auf, an welchem Fenster (Planposition) dies

geschehen sein soll, noch untermauert sie ihre Behauptung mit Angaben zur Reparatur. Die Rechnung der K. \_\_\_\_\_ GmbH enthält ebenfalls keine Einzelheiten dazu (vgl. act. 15/15c, Position 4, CHF 6'490.–). Dies anerkennt auch die Beklagte (vgl. act. 13 Rz. 157). Damit bleibt ungewiss, welche Reparaturkosten auf welches Fenster entfallen. Mangels detaillierter Ausführungen der Beklagten muss daher davon ausgegangen werden, dass auf die Reparatur der Gläser, deren Bruch die Klägerin anerkennt, nicht mehr als die anerkannten CHF 1'000.– entfielen. Der Werklohn ist daher um diesen Betrag zu kürzen.

#### **E. 4.5.1**

Während die von der Beklagten als massgebend erachtete zweite Richtpreis-Offertvariante keine Angabe zum g-Wert enthält (vgl. act. 15/3), ist gemäss Ziffer 48.420 der Ausschreibung ein g-Wert von 62% erforderlich (vgl. act. 3/2; act. 15/2; act. 15/2a). Damit dieser g-Wert für die Offertvariante verbindlich sein kann, muss ein klarer Bezug zwischen diesen zwei Urkunden bestehen. Weder der Wortlaut der Richtpreis-Offertvariante noch jener der Ausschreibung nehmen aber klar aufeinander Bezug. Insgesamt liegen sechs Offert-Versionen im Recht. Das handschriftliche Angebot auf der Ausschreibung mit der darauf notierten Nummer 481817 (act. 3/2; act. 15/2a), die Offerten Nr. 481817/1, 481817/2 und 481817/3 (act. 3/19-21; act. 15/4-5) sowie zwei "Richtpreis-Offertvariante[n] V1 zu Offerte-Nr. 481817" (act. 15/3; act. 15/6). Für die Auffassung der Beklagten spricht, dass die Richtpreis-Offertvarianten laut deren Titel "zu Offerte-Nr. 481817" ausgestellt sind und nicht zu Offerte-Nr. 481817/1, Nr. 481817/2 oder Nr. 481817/3 (vgl. act. 15/3; act. 15/6). Dass die Klägerin damit aber auf die handschriftliche Offerte auf der Ausschreibung verweisen wollte, ergibt sich daraus nicht zweifelsfrei. Zum einen könnte der Titel als Verweis auf das offerierte Werk insgesamt verstanden werden, ohne dass eine bestimmte Offerte gemeint war. Zu berücksichtigen ist sodann, dass nicht nur das handschriftliche Angebot, sondern auch beide Richtpreis-Offertvarianten vom 22. Juni 2016 als "Offerte-Nr.: 481817" bezeichnet werden (act. 15/3; act. 15/6, je oben links). Ob die eine Richtpreis-Offertvariante nun auf die andere Richtpreis-Offertvariante oder eben doch auf - 24 - das handschriftliche Angebot verweist, ist ungewiss. Das handschriftliche Angebot enthält seinerseits keinen Verweis auf eine spätere Offerte (vgl. act. 3/2; act. 15/2a). Infolge dieser Unklarheit durfte G. \_\_\_\_\_ bzw. die Beklagte nicht alleine aufgrund des Titels der zweiten Richtpreis-Offertvariante von einer Verknüpfung derselben mit dem handschriftlichen Angebot ausgehen.

#### **E. 4.5.2**

Dagegen ergibt es sich aus dem Wortlaut der Offerte Nr. 481817/3, dass die zweite Richtpreis-Offertvariante auf ihr basiert: Auf der Offerte Nr. 481817/3 (Ausführung in Kunststoff, mit Option Hebe-/Schiebetüren) ist eine handschriftliche Notiz angebracht, wonach eine Ausführung in "KS Alu", also in Kunststoff/Aluminium, CHF 201'616.– kosten würde. Die zweite Richtpreis-Offertvariante sieht eine ebensolche Ausführung zum Bruttopreis von CHF 201'616.12 vor. Die zweite Richtpreis-Offertvariante entspricht somit der handschriftlichen Notiz auf der Offerte Nr. 481817/3. Daraus folgt, dass die zweite Richtpreis-Offertvariante tatsächlich auf der Offerte Nr. 481817/3 basiert, der ein Fensterglas mit einem g-Wert von 51% zugrunde liegt (vgl. act. 3/21; act. 15/3; act. 15/5). Dass dem so ist, bestätigte die Klägerin auch sinngemäss bereits mit E-Mail vom 19. Juli 2016 (act. 3/22).

#### **E. 4.5.3**

Ungeachtet des eindeutigen Zusammenhangs zwischen der Offerte Nr. 481817/3 und der zweiten Richtpreis-Offertvariante vom 22. Juni 2016 gab die Beklagte zunächst an, sie habe vor dem 19. Juli 2016 nicht gewusst, dass der g-Wert 51% betrage (act. 26 Rz. 47). Sie sei stets von 62% ausgegangen (act. 13 Rz. 23, 30, 36). An anderer Stelle räumt die Beklagte ein, sie habe gewusst, dass die Offerte Nr. 481817/3 einen g-Wert von 51% vorgesehen habe (act. 26 Rz. 192). Was die Beklagte wann gewusst haben will, ist damit unklar. Im Rahmen einer objektivierten Auslegung ist ihr Wissen aber ohnehin nicht ausschlaggebend. Ausschlaggebend ist, dass die Beklagte aufgrund der Notiz auf der Offerte Nr. 481817/3 bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass auch der zweite Richtpreis-Offertvariante einen g-Wert von 51% zugrunde lag:

#### **E. 4.5.3.1**

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass es in den Grenzen der zumutbaren Sorgfalt der Beklagten oblag, sich darum zu bemühen, die zweite

- 25 - Richtpreis-Offertvariante der Klägerin richtig zu verstehen. Es kann nämlich von einer redlich handelnden Bauherrin nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie die ihr unterbreiteten Angebote hinsichtlich der wesentlichen Punkte prüft. Die bauphysikalischen Werte von Fenstern und damit auch der g-Wert des Fensterglases sind solche wesentliche Punkte, wenn ein Gebäude nach einem bestimmten Minergie-Standard errichtet werden soll. Grund hierfür ist, dass die zur Einhaltung des Standards erforderliche rechnerische Gesamtbeurteilung die Kenntnis der energetischen Werte aller relevanten Bauteile der Gebäudehülle voraussetzt. Da Wertabweichungen einzelner Bauteile kompensiert werden können, kann nur die Bauherrin bzw. die Beklagte (bzw. ein von ihr beauftragter Bauphysiker) beurteilen, ob die energetischen Werte der offerierten Fenster ausreichen, um den angestrebten Standard einzuhalten. Ein Fensterbauer wie die Klägerin hat diesen Überblick nicht. Dies anerkennt auch die Beklagte (act. 13 Rz. 64). Verläuft eine solche Prüfung ergebnislos, obliegt es daher grundsätzlich der Beklagten, sich bei der Klägerin zu erkundigen (vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 152).

#### **E. 4.5.3.2**

Die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben trifft aber die Parteien im Vertragsverhandlungsverhältnis gleichermaßen (Art. 2 ZGB). So besteht während Vertragsverhandlungen eine Aufklärungspflicht mit Bezug auf (erhebliche) Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und auch nicht zu kennen verpflichtet ist, die ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (BGE 106 II 346 E. 4a S. 351; 105 II 75 E. 2a S. 80; BGer 4C.26/2000 vom 6. September 2000 E. 2a/bb; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 11. Aufl. 2020, 216, 947 f., 958 f. mit Hinweisen.). Infolgedessen würde die Klägerin eine Aufklärungspflicht treffen, wenn die Beklagte eine Laiin wäre und sie die Relevanz des g-Werts deshalb gar nicht erkennen könnte, oder wenn die Klägerin erkannt hätte, dass sich die Beklagte offensichtlich und erkennbar über den massgebenden Wert geirrt hätte.

#### **E. 4.5.3.3**

Gemäss Ausschreibung sollten die Fenster Minergie-zertifiziert sein (vgl. act. 3/2; act. 15/2; act. 15/2a). Gemäss E-Mail von G.\_\_\_\_\_ vom 15. Juli 2016 sollte das Gebäude dagegen "in Minergie-P erstellt" werden (act. 3/22 S. 3). Die Be-

- 26 - klagte wollte also einen Minergie-Standard einhalten. Daher war sie gehalten, die zweite Richtpreis-Offertvariante hinsichtlich des ihr zugrundeliegenden g-Werts zu prüfen. Sollte ihr trotz der Notiz auf der Offerte Nr. 481817/3 unklar gewesen sein, welcher g-Wert einschlägig ist, hätte sie sich diesbezüglich bei der Klägerin erkundigen müssen. Genau dies will die Beklagte getan haben. Sie behauptet, die Klägerin habe mit E-Mail vom 18. Juli 2016 und telefonisch bestätigt, dass die Gläser die Anforderungen der Ausschreibung erfüllen würden (act. 13 Rz. 10, 23, 31, 36, 61 f., 66, 74, 77, 108, 136, 145, 213; act. 26 Rz. 19, 48, 64, 70, 115, 121). a. Die Klägerin bestreitet, einen g-Wert von 62% telefonisch bestätigt zu haben (act. 30 Rz. 17). Da die Beklagte es unterlassen hat, die genauen Umstände dieses Telefonats darzulegen, – sie macht namentlich keine substantiierten Ausführungen dazu, wann dieses Telefonat stattgefunden haben soll und was genau Gegenstand des Gespräches gewesen sein soll –, braucht ihre Behauptung keiner eingehenderen Beleuchtung. Was die angebliche Bestätigung im E-Mail von O.\_\_\_\_\_ vom 18. Juli 2016 betrifft, ergibt sich aus der Chronologie Folgendes: b. Die Ausschreibung hält unter Ziffer 048.420 fest: "Der Lieferant muss nachweisen, dass die Fenster folgenden U-wert erreichen: U-Wert Glas: 0.6 W(m2K) U-Wert Rahmen 1.0 W(m2K) Scheibenrandverbund: 0.045 W(m2K) g-Wert: 0.62, und Minergie Modul nach FFF-Qualitätssignet besitzen." (act. 3/2; act. 15/2; act. 15/2a). Am 15. Juli 2016 schrieb G.\_\_\_\_\_ an O.\_\_\_\_\_ per E-Mail: "[...] Bitte das Datenblatt der Fenster: Zertifikat mit den U- Werten uns zusenden, damit wir diese an den Bauphysiker abliefern können. Das Gebäude wird in Minergie-P erstellt. [...]" (act. 3/22; act. 15/7-8). Hierauf antwortete O.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 18. Juli 2016: "[...] Im Anhang sende ich Ihnen die gewünschten Zertifikate. Die Fenster sind jedoch ein Minergie und kein Minergie-P Fenster. Dies entspricht den Anforderungen gemäss Ausschreibung." (act. 3/22; act. 15/8). c. Mit seinem E-Mail vom 18. Juli 2016 hat O.\_\_\_\_\_ zunächst bestätigt, dass die Fenster Minergie-Fenster seien. Mit dem Hinweis, wonach "[d]ies [...] den Anforderungen" der Ausschreibung entsprechen würde, erklärt er zudem, dass mit Minergie-Fenstern die in der Ausschreibung gemachten Anforderungen erfüllt würden. Dies folgt aus dem Umstand, dass "dies" ein Demonstrativpronomen ist, das auf den Gesprächsgegenstand hinweist. Gesprächsgegenstand war das Zertifikat

- 27 - mit den U-Werten bzw. die Minergie-Zertifizierung der Fenster. Daher erweist sich die Aussage von O.\_\_\_\_\_ als richtig: Fenster werden alleine aufgrund des U- Werts zertifiziert (vgl. Erw. D.1, S. 14). Der U-Wert eines Fensters (U ) muss  $\leq 1$  w W/m2K sein, damit es Minergie-zertifiziert wird. Für eine "Minergie-P"- Zertifizierung müsste der U -Wert  $\leq 0.8$  W/m2K betragen (act. 22 Rz. 49; act. 26 w Rz. 60). Die offerierten Fenster haben gemäss E-Mail von O.\_\_\_\_\_ vom 19. Juli 2016 einen U -Wert von 0.87 (act. 3/22 S. 1). Bei den offerierten Fenstern handelt es sich somit um Minergie-Fenster (vgl. ferner act. 3/12 f.). Der g-Wert war dem- gegenüber nicht Gegenstand der Anfrage von G.\_\_\_\_\_ und damit auch nicht Gegenstand der Bestätigung von O.\_\_\_\_\_. Entsprechend hat O.\_\_\_\_\_ nicht bestätigt, dass der g-Wert 62% betragen würde. Gegenteiliges kann aus dem E-Mail vom 18. Juli 2016 nicht abgeleitet werden. Da lediglich der U-Wert bzw. die Minergie-Zertifizierung Gegenstand der Bestätigung war, konnte die Beklagte somit auch nicht in guten Treuen davon ausgehen, O.\_\_\_\_\_ würde damit etwas Anderes, nämlich einen nicht ausdrücklich erwähnten g-Wert, bestätigen. Schliesslich scheint nicht einmal die Beklagte am 18. Juli 2016 davon überzeugt gewesen zu sein, dass O.\_\_\_\_\_ mit seiner Nachricht einen g-Wert von 62% bestätigte. Andernfalls hätte sie keine Veranlassung gehabt, sich am Tag nach der Zustellung der Zertifikate bei der Klägerin danach zu

erkundigen, ob die Fenster die Anforderungen der Ausschreibung einhalten würden (vgl. act. 3/22 S. 2). d. Damit ergibt sich, dass sich die Beklagte bei der Klägerin erst am 19. Juli 2016 nach dem massgebenden g-Wert erkundigt hat. Dies ist knapp einen Monat nach der Ausstellung der zweiten Richtpreis-Offertvariante. Sodann hat sich gezeigt, dass die Klägerin nie nachweislich einen g-Wert von 62% bestätigt hat.

#### **E. 4.5.3.4**

Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass die Beklagte in der Ausschreibung vom 29. September 2015 ein Fensterglas mit einem g-Wert von 62% verlangte. Soweit man dafürhalten will, die Beklagte habe deshalb erwarten können, sie würde über einen abweichenden g-Wert aufgeklärt, ist dreierlei festzuhalten: Erstens handelt es sich beim Vertreter der Beklagten (G.\_\_\_\_\_) um einen ausgebildeten Architekten. Er ist kein Laie, weshalb die Klägerin keine Aufklärungspflicht traf. Zweitens hat die Klägerin ungeachtet der fehlenden Aufklä-

- 28 - rungspflicht mehrfach auf den g-Wert hingewiesen: Einerseits ist der g-Wert von 51% in der Offerte Nr. 481817/3 ausgewiesen (vgl. act. 3/21 S. 2 und S. 4). Andererseits hat die Klägerin mit E-Mail vom 19. Juli 2016 die Beklagte ein weiteres Mal ausdrücklich auf den g-Wert von 51% aufmerksam gemacht (act. 3/22). Und drittens hatte die Klägerin aufgrund der ausgebliebenen Nachfrage der Beklagten bzw. mangels entsprechender Mitteilung, sie gehe von einem g-Wert von 62% aus, keinen Anlass, um sie zuvor (erneut) aufzuklären. a. Soweit die Beklagte insinuiert, ihr sei das Wissen um den g-Wert von 51%, das N.\_\_\_\_\_ durch das E-Mail vom 19. Juli 2016 erlangt habe, nicht zuzurechnen (vgl. act. 13 Rz. 134), kann ihr nicht gefolgt werden. Einer juristischen Person ist das Wissen aller mit der betreffenden Angelegenheit befassten Organperson zuzurechnen sowie das Wissen, das pflichtwidrig, insbesondere wegen eines Organisationsmangels, von diesen nicht eingeholt oder diesen nicht mitgeteilt worden ist (vgl. BGer 4C.335/1999 vom 25. August 2000 E. 5a f.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N 513; HONSELL und HUGUENIN/REITZE in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl. 2018, Art. 3 ZGB N 49 bzw. Art. 54/55 ZGB N 19; RIEMER, Berner Kommentar, Artikel 52-59 ZGB, 1993, Art. 54/55 N 49; VON DER CRONE/REICHMUTH, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 2018 S. 406 ff., 411). b. Vorliegend war G.\_\_\_\_\_ als einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrates der Beklagten (sowie als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ GmbH) an den Vertragsverhandlungen beteiligt (vgl. act. 1 Rz. 24; act. 13 Rz. 23). Als beteiligte Organperson ist sein Wissen der Beklagten zuzurechnen. Zum Wissen von G.\_\_\_\_\_ und damit zum Wissen der Beklagten gehört auch das Wissen jener Personen, die sich an Stelle von G.\_\_\_\_\_ mit seinem Geschäft befassten. Setzt G.\_\_\_\_\_ nämlich Dritte ein, obliegt es ihm, sich über deren Wissen ein Bild zu machen. Vorliegend hat G.\_\_\_\_\_ einen Teil der Kommunikation hinsichtlich des strittigen Werkvertrages N.\_\_\_\_\_ überlassen (vgl. act. 22 Rz. 227; act. 26 Rz. 207). Das Wissen um den g-Wert von 51%, das N.\_\_\_\_\_ durch die E-Mail der Klägerin vom 19. Juli 2016 erlangte, ist damit G.\_\_\_\_\_ und deshalb auch der Beklagten zuzurechnen. Ob

- 29 - G.\_\_\_\_\_ tatsächlich von dieser Aufklärung wusste, ist irrelevant. Bei pflichtgemässer Organisation hätte er vom E-Mail vom 19. Juli 2016 Kenntnis haben können und müssen. c. Darüber hinaus kann auch dafürgehalten werden, dass das Wissen von N.\_\_\_\_\_ der Beklagten direkt zugerechnet werden kann. Dass eine Hilfsperson für den Geschäftsherrn zeichnungsberechtigt ist, ist für eine Wissenszurechnung nicht zwingend

notwendig. Unter Umständen ist einer juristischen Person auch das Wissen von qualifizierten Hilfspersonen und Abschlussgehilfen zuzurechnen. Dies trifft namentlich dann zu, wenn die vollmachtlose Hilfsperson seinen Geschäftsherren in den Vertragsverhandlungen vertritt (vgl. BGE 109 II 338 E. 2b S. 342 f.; BGer 4C.26/2000 vom 6. September 2000, E. 2c.aa; SIEGER, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung, Diss. 1979, S. 113; VON DER CRONE/REICHMUTH, a.a.O. S. 412; WATTER, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. "Missbrauch der Vertretungsmacht", Diss. 1985 S. 213). d. Es ist unbestritten, dass N.\_\_\_\_\_ der Klägerin am 13. Juli 2016 den Farbton für die Aluminiumfenster durchgab und dass sie sich am 13. und am 15. Juli 2016 bezüglich Planungenauigkeiten austauschten (act. 1 Rz. 27-29; act. 13 Rz. 27). Dass N.\_\_\_\_\_ zur Abgabe dieser Erklärungen nicht befugt gewesen sein soll, macht die Beklagte nicht geltend. Es ist daher davon auszugehen, dass N.\_\_\_\_\_ mit seinen Erklärungen zum Farbton und zu den Planungenauigkeiten direkt den Willen der Beklagten vertrat. Insofern ist er eine qualifizierte Hilfsperson der Beklagten bzw. ein Abschlussgehilfe, dessen Wissen der Beklagten zuzurechnen ist. Dass er formell hierzu nicht bevollmächtigt gewesen sein soll (vgl. act. 26 Rz. 208), ändert daran nichts.

#### **E. 4.5.3.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte aufgrund des Wortlauts der Notiz auf der Offerte Nr. 481817/3 in Verbindung mit der zweiten Richtpreis-Offertvariante bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen, dass letzterer ein g-Wert von 51% zugrunde liegt. Ob die Beklagte den g-Wert tatsächlich kannte, ist irrelevant. Kannte sie ihn nicht, so hätte sie die-

- 30 - se Unkenntnis ihrer eigenen Unachtsamkeit zuzuschreiben. Sie unterliess es, sich bei der Klägerin vor dem 19. Juli 2016 nach dem g-Wert zu erkundigen. Die Beklagte hat sich nicht einmal nach der Aufklärung vom 19. Juli 2016 bemüht, ein allfälliges Missverständnis zu klären. Sie räumte ein, auf das E-Mail der Klägerin vom 19. Juli 2016 nicht reagiert zu haben (vgl. act. 1 Rz. 32; act. 13 Rz. 33). Die Klägerin traf schliesslich auch keine Pflicht, die Beklagte aufzuklären. Und selbst wenn dem so gewesen wäre: Die Klägerin hat die Beklagte in genügendem Masse aufgeklärt.

#### **E. 4.5.4**

Nebst dem Wortlaut spricht auch der Ablauf der Verhandlungen dagegen, dass der zweiten Richtpreis-Offertvariante ein g-Wert von 62% zugrunde liegt. Die Ausschreibung datiert vom 29. September 2015 (act. 15/2). Gestützt darauf wurde zunächst das handschriftliche Angebot auf der Ausschreibung abgegeben und dieses in der Folge mit Offerte Nr. 481817/1 vom 4. November 2015 ins Reine geschrieben (vgl. act. 3/2; act. 15/2a; act. 3/19). Die nächsten Offerten (Nr. 481817/2 und Nr. 481817/3) datieren vom 21. Juni 2016 (act. 3/20-21; act. 15/4- 5). Am 22. Juni 2016 fertigte die Klägerin die zwei Richtpreis-Offertvarianten aus (vgl. act. 15/3; act. 15/6). Während zwischen dem ersten Angebot im Herbst 2015 und den nächsten Offerten vom 21. Juni 2016 über ein halbes Jahr liegt, liegt zwischen Letzteren und den Offertvarianten vom 22. Juni 2016 nur gerade ein Tag. Bei diesen zeitlichen Verhältnissen kann ohne gegenteilige Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden, dass die Offerten vom 22. Juni 2016 auf Dokumenten, die vor über einem halben Jahr Verhandlungsgegenstand waren, basieren würden. In längerdauernden

Vertragsverhandlungen ist viel eher ein kontinuierlicher Fortschritt zu erwarten. Ein Rückgriff auf Parameter, wie sie in älteren Verhandlungsdokumenten wiedergegeben werden, erscheint dagegen ungewöhnlich. Die Beklagte musste daher auch deshalb davon ausgehen, dass die Klägerin ihre Richtpreis-Angebote auf Grundlage ihrer Offerten vom Vortag (Offerten Nr. 481817/2 und Nr. 481817/3), die einen Glas-g-Wert von 51% zum Gegenstand haben, aufbauen würde.

#### **E. 4.5.5**

Insgesamt konnte die Beklagte nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass der zweiten Richtpreis-Offertvariante ein g-Wert von 62% zugrunde liegt.

- 31 - Damit ist kein normativer Konsens hinsichtlich eines g-Werts von 62% gegeben. Ob unter der Hypothese des Zustandekommens des Werkvertrags gestützt auf die zweite Richtpreis-Offertvariante ein g-Wert von 51% vereinbart wurde, ist damit aber noch nicht erstellt. Die Klägerin geht zwar davon aus, die Parteien hätten sich bereits zu einem früheren Zeitpunkt auf einen g-Wert von 51% verständigt. Andernfalls hätte sie weder eine entsprechende Vereinbarung im E-Mail vom 19. Juli 2016 erwähnt (vgl. act. 3/22) noch eine entsprechende Auftragsbestätigung ausgefertigt (vgl. act. 3/27-28). Das Zustandekommen einer derartigen Vereinbarung vermochte die Klägerin zwar nicht zu beweisen (vgl. oben, Erw. D.3, S. 16 ff.). Dennoch ist sie in ihrem Vertrauen zu schützen, sofern sie aufgrund anderer Umstände davon ausgehen durfte, dass die Beklagte bereits vor Bestätigung des Auftrags am 20. Juli 2016 dem g-Wert von 51% zugestimmt hatte, was nachfolgend zu prüfen ist.

#### **E. 4.5.6**

Abgesehen von der umstrittenen Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 liegt keine ausdrückliche Erklärung der Beklagten im Recht, wonach sich ihre Zustimmung zu einem g-Wert von 51% direkt aus einer Urkunde ableiten liesse. Die Beklagte bestätigte den g-Wert von 51% auch nicht ausdrücklich, nachdem die Klägerin die Beklagte mit E-Mail vom 19. Juli 2016 explizit auf diesen aufmerksam gemacht hatte. Damit ein g-Wert von 51% als vereinbart gelten könnte, müsste die Klägerin aufgrund der übrigen Umstände und Verhaltens der Beklagten auf ihre Zustimmung zu demselben geschlossen haben dürfen.

##### **E. 4.5.6.1**

Wie bereits ausgeführt, stellte die Klägerin am 21. Juni 2016 die Offerten Nr. 481817/2 und Nr. 481817/3 aus und tags darauf die zwei Richtpreis-Offertvarianten. Die Beklagte hat zwar nicht ausdrücklich einem g-Wert von 51% zugestimmt. Dass sie aber die Offerten abgelehnt hat, behauptet die Beklagte auch nicht substantiiert. Die Beklagte bringt zwar vor, sie habe die zweite und die dritte Offerte aufgrund des tieferen g-Werts von 51% abgelehnt (vgl. act. 26 Rz. 192). Substantiierte Ausführungen dazu, wie und wann sie der Klägerin die Ablehnung bzw. der Grund hierfür ausdrücklich oder konkludent mitgeteilt haben soll, unterlässt die Beklagte indes. Mangels substantiierter Behauptungen kann

- 32 - nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin diese Ablehnung erkennen konnte.

##### **E. 4.5.6.2**

Die Entwicklung der Offerten zeigt zudem auf, dass die Beklagte die Parameter der Ausschreibung nicht als unveränderbar erachtete. Dies betrifft auch die bauphysikalischen Werte. So hat die Beklagte in Abweichung der Ausschreibung einer Ausführung der

Fenster in Kunststoff/Aluminium zugestimmt (act. 1 Rz. 33; vgl. act. 13 Rz. 38 f.). Eine Änderung des Rahmenmaterials zieht aber auch eine Änderung des U -Wertes nach sich, der seinerseits einen Teil der Gesamtbeurteilung der Gebäudehülle bildet (vgl. act. 3/18). Die Änderung des Rahmenmaterials hat damit ebenso einen Einfluss auf die energetische Gesamtbeurteilung der Gebäudehülle, wie dies eine Änderung des g-Werts des Fensterglases haben kann. Konnte der U -Wert ohne Weiteres verändert werden, durfte die Klägerin aber auch davon ausgehen, dass g-Wert-Anpassungen möglich sein würden. Mangels entsprechender Hinweise musste sie jedenfalls nicht annehmen, dass die Beklagte eine Unterschreitung des g-Werts unter 62% bestimmt ablehnen würde.

#### **E. 4.5.6.3**

Eine konkrete Reaktion der Beklagten blieb jedoch nicht nur unmittelbar nach Ausstellung der Offerten im Juni 2016 aus. Nach Ausfertigung derselben korrespondierten die Parteien unter anderem betreffend den Farbton der Fenster und über Planungenauigkeiten. Da sich die Beklagte bzw. die D.\_\_\_\_\_ GmbH mit einzelnen technischen Details vertieft befasste und Änderungswünsche anbrachte, durfte die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte auch den g-Wert prüfen und einen ungenügenden Wert beanstanden würde. Diese Erwartung durfte die Klägerin umso mehr haben, nachdem G.\_\_\_\_\_ am 15. Juni 2016 die Zertifikate der Fenster mit den U-Werten verlangte, "damit [er] diese an den Bauphysiker abliefern könne [...]" bzw. nachdem N.\_\_\_\_\_ am 19. Juli 2016 sich ausdrücklich nach den bauphysikalischen Werten erkundigte (vgl. act. 3/22). Damit demonstrierte G.\_\_\_\_\_ bzw. die D.\_\_\_\_\_ GmbH (je in Vertretung der Beklagten) nicht nur, dass sie sich der Relevanz der energetischen Werte der Fenster bewusst waren. Aufgrund der in Aussicht gestellten Zustellung der Zertifikate an den Bauphysiker

- 33 - durfte die Klägerin zudem verstärkt erwarten, dass die Beklagte sofort bei ihr intervenieren würde, sollten die mitgeteilten Werte ungenügend sein.

#### **E. 4.5.6.4**

Eine Intervention der Beklagten vor Produktion, Lieferung und Montage der Fenster und Hebe-/Schiebetüren blieb jedoch gänzlich aus. Die Beklagte liess die Klägerin demgegenüber vielmehr in ihrem Glauben, die Parteien hätten ein Fensterglas mit einem g-Wert von 51% vereinbart, gewähren. Ob die Beklagte dies bewusst oder unbewusst tat, ist nicht ausschlaggebend, da es einzig auf den Verständnishorizont des Erklärungsempfängers ankommt.

#### **E. 4.5.6.5**

Da die Beklagte den g-Wert von 51% nie ausdrücklich oder konkludent ablehnte, obschon hierzu mehrfach Gelegenheit bestand, durfte ein gutgläubiger, vernünftiger Verhandlungspartner davon ausgehen, dass die Beklagte mit dem g-Wert von 51% einverstanden war. Dies stimmt mit dem Willen der Klägerin überein. Daraus folgt, dass unter der Hypothese des Zustandekommens des Werkvertrages gestützt auf die zweite Richtpreis-Offertvariante vom 22. Juni 2016 eine normative Auslegung derselben zu einem Konsens hinsichtlich eines g-Werts von 51% führt.

#### **E. 4.6**

Zusammenfassend ist der vereinbarte Werklohn von CHF 206'646.39 infolge nicht ausgeführter Arbeiten um CHF 10'930.- (Minderkosten für ausgebliebene Schlussmontage [CHF 9'390.-] und Mangelbehebung [Glasbruch, CHF 1'000.-]) zu kürzen. Vor Rabatt und

Mehrwertsteuer beträgt der geschuldete Werklohn so-

- 55 - mit CHF 195'716.39. Abzüglich Rabatt (23%, CHF 45'014.77) und zuzüglich Mehrwertsteuer (8%, CHF 12'056.13) beträgt der Werklohn CHF 162'757.75. In diesem Umfang ist die Beklagte vergütungspflichtig. Im Mehrbetrag (CHF 1'228.40; eingeklagter Werklohn von CHF 163'968.15 abzüglich geschuldeter Werklohn von CHF 162'757.75) ist die Klage abzuweisen. 5. Verzugszins 5.1. Parteistandpunkte 5.1.1. Die Klägerin macht geltend, sie habe nach Erbringung der werkvertraglichen Leistungen der Beklagten am 23. September 2016 eine Teilrechnung über CHF 154'700.– zugestellt. Diese sei gemäss eingeräumter Zahlungsfrist innert 10 Tagen zu bezahlen gewesen. Nachdem die Zahlung ausgeblieben sei, habe sie die Beklagte mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 gemahnt (act. 1 Rz. 75, 151 ff.). Am 6. Dezember 2016 habe sie von der Beklagten die mit deren AGB vertraglich vereinbarte Teilzahlung erneut eingefordert (act. 1 Rz. 48). Nachdem keine Einigung betreffend den Glasaustausch erzielt werden können, habe sie der Beklagten am 15. Juni 2017 den vollen Werklohn von CHF 171'794.85 in Rechnung gestellt. Diese sei bis zum 13. September 2017 zu bezahlen gewesen. Nachdem die Beklagte auch diese Rechnung nicht bezahlt habe, habe sie diese am 18. September 2017 gemahnt. Entsprechend habe sie Anspruch auf einen Verzugszins von 5% auf CHF 154'700.– seit 1. November 2016 sowie auf CHF 9'286.15 seit 19. September 2017 (act. 1 Rz. 75 ff., 151 ff.). 5.1.2. Die Beklagte bestreitet die Zinsforderung (act. 13 Rz. 210). In der Klageantwort behauptet die Beklagte, es treffe zwar zu, dass die von der Klägerin geforderte Teilzahlung vertraglich vereinbart gewesen sei. Jedoch sei diese Zahlung nur bei mängelfreier Erfüllung vorgesehen gewesen. Eine solche liege nicht vor, zumal der Lieferungszeitraum nicht eingehalten worden sei und die gelieferten Fenster mangelhaft gewesen seien (act. 13 Rz. 57). In der Duplik behauptet die Beklagte dagegen, die Teilzahlung sei nicht geschuldet, soweit die Klägerin diese gestützt auf die Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 fordere (act. 26 Rz. 152, 167).

- 56 - 5.2. Rechtliches Ist die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, so kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden (Art. 75 OR). Unter der SIA-Norm 118 ist der Bauherr verpflichtet, fällige Zahlungen innert 30 Tagen zu begleichen, sofern vertraglich keine andere Zahlungsfrist vereinbart wurde. Nach Ablauf dieser Frist kann der Unternehmer den Bauherrn durch Mahnung in Verzug setzen (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118; Art. 102 Abs. 1 OR). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszinse zu bezahlen. Massgebend ist der am Zahlungsort übliche Zinssatz für bankmässige Kontokorrent-Kredite an Unternehmer (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118). Soweit dieser Zinssatz den gesetzlichen Satz von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) übersteigt, ist er vom Unternehmer zu behaupten und zu beweisen. 5.3. Würdigung 5.3.1. Die Werklohnforderung der Beklagten wurde zwar spätestens am 31. Mai 2017 zur Zahlung fällig (vgl. oben, Erw. B.4.2, S. 11). Es ist indes unbestritten, dass die Klägerin bereits zuvor gestützt auf die AGB der Beklagten einen Anspruch auf eine Teilzahlung hatte (act. 1 Rz. 48; act. 13 Rz. 57, vgl. act. 3/2 S. 8 Ziff. 15). Ob auch ein Anspruch auf eine Teilzahlung gestützt auf die Auftragsbestätigung bestanden hätte, kann damit offenbleiben. Die Höhe der Teilzahlung (CHF 154'700.–) bestreitet die Beklagte nicht (act. 13 Rz. 119) bzw. nicht substantiiert (act. 13 Rz. 210). Mangels anderslautender Abrede war die Teilzahlung sofort fällig (Art. 75 OR) und innert 30 Tagen zu bezahlen (Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118). Warum die Klägerin der Beklagten eine Zahlungsfrist von lediglich 10 Tagen ansetzte (vgl. act. 3/65), erläutert die Klägerin

nicht. Damit bleibt Zahlungsfrist gemäss Art. 190 SIA-Norm 118 massgebend. Der Einwand der Beklagten, die Teilzahlung sei infolge Mangelhaftigkeit der Erfüllung nicht fällig (vgl. act. 13 Rz. 57), verfängt nicht. Einerseits wurde bereits festgestellt, dass die Klägerin ein vertragskonformes Werk ablieferte (vgl. Erw. D.7.2, S. 48). Andererseits vermöchte auch ein Lieferungsverzug, wäre ein solcher denn bewiesen, die Fälligkeit der Teilzahlung nicht zu verhindern. Die verspätete Lieferung (Späterfüllung) ist zwar, wie die mangelhafte Lieferung (Schlechterfüllung), eine Leistungsstörung. Durch

- 57 - eine Verspätung wird eine Lieferung indes in der Regel nicht mangelhaft. Zwar wäre es im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig, den Anspruch auf eine Teilzahlung auch von der rechtzeitigen Erfüllung abhängig zu machen. Dass die Parteien eine derartige Vereinbarung getroffen haben, macht die Beklagte aber nicht geltend. Aus dem Gesagten folgt, dass die Teilforderung gemäss Rechnung vom 23. September 2016 über CHF 154'700.– sofort fällig wurde und innert 30 Tagen, d.h. bis am 24. Oktober 2016, zu begleichen war (vgl. Art. 77 OR). Nachdem die Klägerin die Teilzahlung aber auch nach Ablauf dieser 30 Tage nicht bezahlt hatte, geriet sie durch die Mahnung der Klägerin vom 31. Oktober 2016 (act. 3/66) ohne Weiteres in Verzug, weshalb die Teilforderung von CHF 154'700.– seit 1. November 2016 zu verzinsen ist. 5.3.2. Im Umfang von CHF 8'057.75 (geschuldeter Werklohn von CHF 162'757.75 abzgl. CHF 154'700.–) wurde der Werklohn spätestens am 31. Mai 2017 fällig (vgl. oben, Erw. B.4.2, S. 11). Die Rechnung über den Betrag von CHF 171'794.85 datiert vom 15. Juni 2017 (act. 3/3). Die Mahnung datiert vom 18. September 2017 (act. 3/68). Da die Mahnung nach Ablauf der dreissigtägigen Zahlungsfrist von Art. 190 Abs. 1 SIA-Norm 118 erfolgte, ist die Beklagte mit der Zahlung des Restwerklohns seit dem 19. September 2017 in Verzug, weshalb er ab diesem Datum zu verzinsen ist. Daran ändert der Umstand, dass mit Rechnung vom 15. Juni 2017 ein höherer Betrag (CHF 171'794.85) geltend gemacht wurde, nichts. 5.3.3. Zur Höhe des üblichen Zinssatzes für bankmässige Kontokorrent-Kredite an Unternehmer macht die Klägerin keine Angaben, weshalb der gesetzliche Verzugszins von 5% massgebend ist (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin einen Verzugszins von 5% auf CHF 154'700.– seit 1. November 2016 und auf CHF 8'057.75 seit 19. September 2017 zu bezahlen. 6. Zwischenfazit Die Beklagte ist vorbehaltlich der nachfolgend zu prüfenden Verrechnungsforderungen zu verpflichten, der Klägerin für die Herstellung, Lieferung und Montage von Fenstern und Hebe-/Schiebetüren mit Kunststoff/Aluminiumrahmen für zwei Mehrfamilienhäuser an der H.\_\_\_\_-Strasse ... in I.\_\_\_\_ einen Werklohn von

- 58 - CHF 162'757.75 zzgl. Zins zu 5% auf CHF 154'700.– seit 1. November 2016 sowie auf CHF 8'057.75 seit 19. September 2017 zu bezahlen. F. Verrechnungsforderungen 1. Keine Widerklage

#### **E. 4.6.1**

Die Parteien sind, soweit sie einen vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden, tatsächlichen Vertragswillen geltend machen wollen, behauptungs- und beweisbelastet (vgl. Erw. D.4.4.3, S. 22). Die Beklagte hat es jedoch unterlassen, konkret zu behaupten, dass die Vertragsparteien bei Vertragsschluss – bzw. bei Unterzeichnung der zweiten Richtpreis-Offertvariante – einen bestimmten, übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillen gehabt hätten. Daher bleibt der durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ermittelte, mutmassliche Vertragswille massgeblich, wonach die Parteien einen g-Wert von 51% vereinbart haben.

#### **E. 4.6.2**

Ergänzend ist einzig festzuhalten, dass aufgrund des Verhaltens der Klägerin Anhaltspunkte vorliegen, die gegen einen tatsächlichen Konsens hinsichtlich eines g-Werts von 62% sprechen. Hätte sich die Klägerin mit der Beklagten nämlich tatsächlich auf einen g-Wert von 62% geeinigt, ist nicht einzusehen, weshalb

- 34 - die Klägerin mit E-Mail vom 19. Juli 2016 bestätigen sollte, dass bei den Fenstergläsern ein g-Wert von 51% einkalkuliert wurde (vgl. act. 3/22 S. 1), weshalb sie diesen Wert in der Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 wiedergab (act. 3/27), und weshalb sie in der Folge solche Fenster herstellte (vgl. act. 1 Rz. 42; act. 13 Rz. 46).

#### **E. 4.7**

Zwischenfazit

##### **E. 4.7.1**

Selbst wenn die zweite Richtpreis-Offertvariante vom 22. Juni 2016 die massgebende Vertragsgrundlage wäre, steht aufgrund der Auslegung derselben fest, dass die Klägerin gestützt darauf Fenster herstellen, liefern und montieren musste, deren Gläser einen g-Wert von 51% haben. Dies entspricht dem g-Wert der Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016. Daher ist hinsichtlich des g-Werts irrelevant, ob die zweite Richtpreis-Offertvariante oder die Auftragsbestätigung das massgebende Vertragsdokument ist. Die Urkunden unterscheiden sich in diesem Punkt nicht. Unter diesen Umständen muss nicht untersucht werden, ob die zweite Richtpreis-Offertvariante tatsächlich von beiden Parteien anlässlich einer Sitzung unterschrieben wurde. Entsprechende Beweisabnahmen können unterbleiben.

##### **E. 4.7.2**

Selbst wenn man entgegen des Ausgeführten dafürhalten will, ein normativer Konsens betreffend den g-Wert von 51% sei vorderhand nicht gegeben, wäre jedoch auch aufgrund der beiderseits unterzeichneten Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 ein g-Wert von 51% massgebend, wie sogleich aufzuzeigen ist. 5. Alternativbegründung: Die Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 5.1. Unbestrittener Sachverhalt Die Parteien vereinbarten die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/1991). Die Beklagte beauftragte die D.\_\_\_\_\_ GmbH mit der Planung, mit der Ausschreibung der werkvertraglichen Leistungen und mit der Bauleitung beim streitgegenständlichen

- 35 - Bauprojekt (act. 1 Rz. 14, 130; act. 13 Rz. 19, 183). Mit E-Mail vom 20. Juli 2016 um 9.00 Uhr bestätigte M.\_\_\_\_\_ (bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH angestellter Bauzeichner ohne Zeichnungsberechtigung) die Fensterausmasse und Öffnungsrichtungen (act. 22 Rz. 15; act. 26 Rz. 24). Diesem E-Mail war die Auftragsbestätigung vom 19. Juli 2016 angehängt. Sie enthält den aufgestempelten Vermerk "KONTROLLIERT 20. Juli 2016", gefolgt von der Unterschrift von M.\_\_\_\_\_ (act. 15/9; vgl. act. 22 Rz. 41; act. 26 Rz. 53 ff., 204). Am 20. Juli 2016 um 10.33 Uhr liess die Klägerin (O.\_\_\_\_\_ ) der D.\_\_\_\_\_ GmbH die definitive, auf die Beklagte ausgestellte Auftragsbestätigung Nr. 1516600 vom 20. Juli 2016 zukommen. Mit E-Mail vom 20. Juli 2016 um 14.26 Uhr schrieb M.\_\_\_\_\_: "In der Beilage erhalten Sie die gewünschte Auftragsbestätigung". Dieser E-Mail hängte er die erste Seite der Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2020 an. Diese erste Seite trägt ebenfalls den aufgestempelten Vermerk "KONTROLLIERT 20. Juli 2016", gefolgt von der Unterschrift von M.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 33 f.; vgl. act. 13 Rz. 14, 38 f.; act. 22 Rz. 227; act. 26 Rz. 204,

207). Die Unterschrift wurde jeweils nicht im Feld, wo der Besteller hätte unterschreiben müssen, eingetragen (act. 13 Rz. 11, vgl. act. 22 Rz. 40 f.). 5.2. Parteistandpunkte 5.2.1. Die Klägerin behauptet, Vertragsgrundlage sei die definitive Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 (act. 1 Rz. 35, act. 22 Rz. 10, 37). Die Beklagte habe letztere im Wissen darum, dass das offerierte Glas einen g-Wert von 51% habe, unterzeichnet und akzeptiert (act. 1 Rz. 135; act. 22 Rz. 31, 60; vgl. auch act. 22 Rz. 11, 15 ff., 26, 40, 42, 44). Daran ändere der Umstand, dass die Auftragsbestätigung einzig M.\_\_\_\_\_ im nicht dafür vorgesehenen Unterschriftenfeld unterzeichnet habe, nichts (vgl. act. 22 Rz. 44, 76). Die Beklagte sei von G.\_\_\_\_\_ bzw. von der D.\_\_\_\_\_ GmbH vertreten worden. Die D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. G.\_\_\_\_\_ habe sich ihrerseits von den Mitarbeitern der D.\_\_\_\_\_ GmbH vertreten lassen (vgl. act. 1 Rz. 25, 33, 44, 52, 60, 67; act. 22 Rz. 227; 229). Sowohl N.\_\_\_\_\_ als auch M.\_\_\_\_\_ seien bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH bevollmächtigt gewesen, im Zusammenhang mit dem Werkvertrag verbindlich zu kommunizieren (act. 22 Rz. 227). Sie, die Klägerin, habe zumindest von einer solchen Bevollmächtigung ausgehen können (vgl. act. 22 Rz. 17, 26, 44).

- 36 - 5.2.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, sie habe weder die Auftragsbestätigung vom 19. Juli 2016 noch jene vom 20. Juli 2016 im dafür vorgesehenen Unterschriftenfeld unterschrieben (act. 26 Rz. 10, 24, 51 f., 75 ff.). Die D.\_\_\_\_\_ GmbH habe als Bauleiterin einzig die Unternehmer zu kontrollieren gehabt (act. 13 Rz. 4; act. 26 Rz. 12). Letztere sei von der Beklagten nicht bevollmächtigt gewesen, "verbindliche Dokumente zu unterschreiben" (act. 13 Rz. 81; act. 26 Rz. 38). Entsprechend seien weder M.\_\_\_\_\_ noch N.\_\_\_\_\_ befugt gewesen, hinsichtlich des Inhalts des Vertrags verbindlich zu kommunizieren (act. 26 Rz. 208). Daran ändere die regelmässige Kommunikation zwischen M.\_\_\_\_\_ und der Klägerin nichts. M.\_\_\_\_\_ sei ein Mitarbeiter der D.\_\_\_\_\_ GmbH, nicht aber der Beklagten (act. 26 Rz. 207). M.\_\_\_\_\_ habe die Auftragsbestätigungen nur mit Blick auf die Öffnungsrichtungen und die Fenstermasse überprüft (act. 13 Rz. 11; act. 26 Rz. 10, 12, 51). Er sei einzig hierzu beauftragt gewesen (act. 26 Rz. 25). Insoweit handle es sich bei der Auftragsbestätigung nur um eine "Kontrollbestätigung" (act. 26 Rz. 11, 20, 25, 80). Dies verdeutliche das E-Mail vom 20. Juli 2016 um 9.00 Uhr, mit welchem M.\_\_\_\_\_ die kontrollierten Fensterpläne zurückgeschickt und darum gebeten habe, die Fehler zu korrigieren (act. 26 Rz. 12). Im Übrigen sei M.\_\_\_\_\_ Bauzeichner. Als solcher könne er die Einhaltung der U- und g-Werte nicht kontrollieren (act. 13 Rz. 13, 37). Die Auftragsbestätigung hätte er aber korrekt unterschrieben, hätte er denn einen Auftrag bestätigen wollen (act. 26 Rz. 78). Infolge der gesamten Umstände habe die Klägerin weder in guten Treuen von einer Bevollmächtigung M.\_\_\_\_\_s ausgehen können noch dessen Kontrollbestätigung als Zustimmung zum Abschluss eines Werkvertrages deuten dürfen (act. 26 Rz. 12, 39, 50, 75 ff., 104, 141, 204 ff.). 5.3. Rechtliches 5.3.1. Eine Bauherrin in der Form einer Aktiengesellschaft wird von ihrem Verwaltungsrat vertreten (Art. 718 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat kann die Vertretungsbefugnis auch einem oder mehreren seiner Mitglieder oder Dritten übertragen (Art. 718 Abs. 2 OR). Zudem kann er Prokuristen und andere Bevollmächtigte ernennen (Art. 721 OR). Andere Bevollmächtigte sind namentlich Handlungsbevollmächtigte (kaufmännische Stellvertretung; Art. 462 ff. OR). Eine Bauherrin

- 37 - kann aber auch durch einen zivilrechtlichen Stellvertreter vertreten werden (bürgerliche Stellvertretung; Art. 32 ff. OR; vgl. BGE 146 III 37 E. 5 S. 41 ff.). Schliesst ein zivilrechtlicher Stellvertreter oder ein Handlungsbevollmächtigter im Namen einer

Bauherrin einen Vertrag ab, wird Letztere verpflichtet, wenn der Vertreter hierfür ermächtigt war (Art. 32 Abs. 1 OR; Art. 462 Abs. 1 OR). Ist die Ermächtigung durch Rechtsgeschäft eingeräumt, beurteilt sich ihr Umfang nach dessen Inhalt (Art. 33 Abs. 2 OR). Teilt die Bauherrin ihrer künftigen Vertragspartnerin mit, ein bestimmter Vertreter sei zur Vertretung befugt (externe Vollmachtsgabe), so bestimmt sich der Umfang der Ermächtigung nach Massgabe der Kundgabe (Art. 33 Abs. 3 OR). 5.3.2. Handelt der Vertreter ohne Vollmacht, wird die Bauherrin trotzdem verpflichtet, wenn (1) der gutgläubige Dritte auf einen von der Aktiengesellschaft zu vertretenden Rechtsschein vertraut hat, wonach der Vertreter bevollmächtigt wurde (Art. 33 Abs. 3 OR) oder, wenn (2) die Aktiengesellschaft den Vertrag genehmigt (Art. 38 Abs. 1 OR; BGE 146 III 37 E. 7.1 S. 45; BERNET/VON DER CRONE, Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft, SZW 2020 S. 84 ff., S. 90 f.). 5.3.3. Damit ein Vertrag gestützt auf eine externe Rechtsscheinvollmacht zustande kommt, ist (1) erforderlich, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt, ohne dass er hierfür intern ermächtigt wurde. Der Vertreter muss ausdrücklich oder konkludent zu erkennen geben, dass er nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Vollmachtgebers handelt. Ein Vertretungsverhältnis wird angenommen, wenn der Dritte aufgrund des Verhaltens des Vertreters in guten Treuen hiervon ausgehen durfte. Es kommt nicht auf den inneren tatsächlichen, sondern auf den nach aussen kundgegebenen und vertrauensrechtlich sowie tatsächlich verstandenen Vertretungswillen an (BGE 146 III 121 E. 3.2.1 S. 129; 120 II 197 E. 2b.aa. S. 200). Das Handeln des Vertreters in fremdem Namen vermag allerdings für sich allein eine Haftung des Vertretenen nie zu begründen. Aus erwecktem Rechtsschein ist nur gebunden, wer diesen objektiv zu vertreten hat. Daher ist (2) erforderlich, dass der Vertretene dem Dritten ausdrücklich oder konkludent eine Vollmacht kundgibt, die er intern dem Vertreter nicht oder nicht im

- 38 - kundgegebenen Umfang erteilt hat. Eine konkludente Vollmachtsgabe kann darin bestehen, dass dem Vertreter eine Stellung eingeräumt wird, mit der nach der Verkehrsübung üblicherweise eine Ermächtigung einhergeht. Entscheidend ist im Einzelfall, ob das Verhalten des Vertretenen nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen lässt. Dieses Verhalten kann sowohl in einem Tun als auch in einem bewussten oder normativ zurechenbaren Unterlassen oder Dulden bestehen. Hat der Vertretene Kenntnis vom Auftreten des Vertreters, schreitet aber dagegen nicht ein, wird ihm eine Duldungsvollmacht unterstellt. Kennt er das Verhalten des Vertreters nicht, könnte er es aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit kennen und verhindern, liegt eine externe Anscheinsvollmacht vor. Solch passives Verhalten gilt aber nur dann als Kundgabe, wenn der Dritte aufgrund zusätzlicher objektiver Anhaltspunkte auf das Vorliegen einer Vollmacht schliessen konnte (BGE 120 II 197 E. 2b.bb. S. 200 f., E. 3b S. 204; BGer 4A\_562/2019 vom

## **E. 6**

September 2016 und 15. September 2016, und montierte sie anschliessend (act. 1 Rz. 42; act. 13 Rz. 46).

## **E. 10**

Juli 2020 E. 6.3.1; 4A\_76/2019 vom 15. Juli 2020 E. 5.4.3.1; WATTER in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2019, Art. 33 N 31). Schliesslich kann die Vertretungswirkung trotz fehlender Vollmacht nur eintreten,

wenn (3) der Dritte gutgläubig auf das Vorhandensein der Vollmacht vertraute (BGE 120 II 197 E. 2b.cc. S. 202). Der gute Glaube des Dritten wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Es steht dem Vertretenen aber der Nachweis offen, dass der Dritte bösgläubig war, oder, dass er nicht die nach den Umständen erforderliche Aufmerksamkeit aufbrachte, um sich auf den guten Glauben zu berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB; BGer 4A\_562/2019 vom 10. Juli 2020 E. 6.3.2). 5.3.4. Hat der Vertretene keine Vollmacht kundgegeben oder war der Dritte nicht gutgläubig, hängt das Zustandekommen des mit dem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Geschäfts von der Genehmigung des Vertretenen ab (vgl. Art 38 Abs. 1 OR). Die Genehmigung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie ist an keine Form gebunden. Stillschweigen bedeutet zwar grundsätzlich Nicht-Genehmigung. War aber (1) ein Widerspruch möglich und zumutbar, weil der Vertretene das fragliche Geschäft kannte oder er es hätte kennen müssen und (2) konnte der Dritte in guten Treuen davon ausgehen, der Vertretene werde bei fehlendem Einverständnis widersprechen, kann auch ein Still-

- 39 - schweigen des Vertretenen genügen (BGE 124 III 355 E. 5a S. 361; BGer 9C\_495/2015 vom 17. Juni 2016 E. 5.2.4, E. 5.2.6; WATTER, a.a.O., Art. 38 N 6). 5.4. Würdigung 5.4.1. Damit zwischen den Parteien ein Werkvertrag gestützt auf die Auftragsbestätigung zustande kommen konnte, muss das Visum von M.\_\_\_\_\_ auf der definitiven Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 der Beklagten als Willenserklärung zugerechnet werden können. Die Klägerin macht nicht geltend, M.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte direkt vertreten. Nachfolgend ist daher zu untersuchen, ob (1) die D.\_\_\_\_\_ GmbH befugt war, die Beklagte beim Vertragsschluss zu vertreten und (2), ob M.\_\_\_\_\_ als Mitarbeiter der D.\_\_\_\_\_ GmbH deren allfällige Vertretungsbefugnis für die Beklagte wahrnahm (vgl. act. 22 Rz. 229). 5.4.2. Die Beklagte bestreitet zunächst nicht, die D.\_\_\_\_\_ GmbH mit der Planung, mit der Ausschreibung der werkvertraglichen Leistungen und mit der Bauleitung beauftragt zu haben (act. 1 Rz. 14; act. 13 Rz. 19). Andernorts behauptet sie, die Aufgabe der D.\_\_\_\_\_ GmbH habe sich in der Kontrolle der Unternehmer erschöpft (vgl. act. 13 Rz. 4; act. 26 Rz. 12). Letztere sei daher nicht bevollmächtigt gewesen, für die Beklagte "verbindliche Dokumente zu unterschreiben" (act. 13 Rz. 81; act. 26 Rz. 38). Selbst wenn die D.\_\_\_\_\_ GmbH nur Kontrollbefugnisse gehabt hätte, so ist im Kern unbestritten, dass sie nicht für sich, sondern für die Beklagte handelte. Schliesslich impliziert die Beklagte mehrfach selbst, dass ein Vertretungsverhältnis vorlag. Sie bestätigte insbesondere, dass das E-Mail von N.\_\_\_\_\_ vom 19. Juli 2016 – notabene einem Mitarbeiter der D.\_\_\_\_\_ GmbH und nicht der Beklagten – eine Mitteilung von ihr selbst sei, sowie, dass das E-Mail von O.\_\_\_\_\_ an die D.\_\_\_\_\_ GmbH vom 18. Juli 2016 gleichsam eine Mitteilung an sie selbst gewesen sei (act. 13 Rz. 39; vgl. act. 3/22; act. 15/8). Würde die Beklagte nicht von einem Vertretungsverhältnis ausgehen, würde sie die Nachrichten von und an die D.\_\_\_\_\_ GmbH nicht als Nachrichten von und an sich selbst qualifizieren. Strittig ist daher nicht das Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses, sondern der Umfang der Vertretungsmacht der D.\_\_\_\_\_ GmbH. Dieser bestimmt sich nach Massgabe der Kundgabe durch die Beklagte (Art. 33 Abs. 3 OR).

- 40 - 5.4.2.1. Da die Beklagte die D.\_\_\_\_\_ GmbH als Bauleiterin einsetzte und die Parteien im Übrigen die SIA-Norm 118 vereinbart haben, bestimmt sich der Umfang der Vertretungsmacht der D.\_\_\_\_\_ GmbH grundsätzlich nach Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118. Die Kundgabe dieser Vollmacht erfolgte mit der Ausschreibung. Darin gab die Beklagte an, dass die SIA-Norm 118 anwendbar sein würde (vgl. act. 15/2 S. 7). Demgemäss konnte die

D.\_\_\_\_\_ GmbH die Beklagte in allen Belangen vertreten. Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 hält ausdrücklich fest, dass alle Willensäusserungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, für den Bauherrn rechtsverbindlich sind, insbesondere auch Bestellungen. Vorbehältlich einschränkender, übergeordneter Abreden war die D.\_\_\_\_\_ GmbH damit berechtigt, mit der Klägerin einen Werkvertrag für die Beklagte abzuschliessen. Dass die Parteien einschränkende Abreden getroffen hätten, ist nicht ersichtlich. 5.4.2.2. Die Beklagte behauptet zwar, wie erwähnt, die Aufgabe der D.\_\_\_\_\_ GmbH habe sich in der Kontrolle der Unternehmer erschöpft (vgl. act. 13 Rz. 4; act. 26 Rz. 12). Inwieweit die Parteien aber eine Vereinbarung getroffen haben, die in Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 umschriebene Vollmacht zu beschränken, legt die Beklagte nicht substantiiert dar. Der Verweis auf ein Schema, das in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "Begriffe" (und insbesondere nicht unter dem Titel "Projektorganisation") widergegeben ist, vermag den Substantiiierungsanforderungen an das Vorliegen einer Vereinbarung nicht zu genügen (vgl. act. 3/2; act. 15/2; act. 15/2a, je Seite 3). Namentlich schliesst auch der Hinweis der Beklagten, wonach sie selbst Vertragspartnerin der Klägerin sei, eine Vertretung beim Vertragsschluss nicht aus (vgl. act. 26 Rz. 12). 5.4.2.3. Es kann aber dafürgehalten werden, dass die Anwendbarkeit von Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 den Abschluss eines Werkvertrages voraussetzt und insoweit keine Vorwirkungen zeigen kann (vgl. GAUCH, a.a.O., N 402). In diesem Fall muss die Vollmachtsgabe vor dem Vertragsschluss erfolgt sein. Vorliegend bestehen Anhaltspunkte, aufgrund derer die Klägerin von einer Bevollmächtigung der D.\_\_\_\_\_ GmbH ausgehen durfte. 5.4.2.4. Zieht bei bilateralen Vertragsverhandlungen zwischen einer Bauherrin und einer Unternehmerin erstere eine Drittgesellschaft als Architekten und Baulei-

- 41 - ter bei und werden sowohl die Bauherrin als auch die Drittgesellschaft von einer einzigen Person vertreten, die zugleich Organstellung bei beiden Gesellschaften innehat, kann die Unternehmerin grundsätzlich nicht wissen, für welche Gesellschaft der Vertreter jeweils gerade handelt. Es ist der Unternehmerin unter solchen Umständen auch nicht zumutbar, sich hinsichtlich jeder Äusserung des Vertreters zu vergewissern, für welche Gesellschaft eine Erklärung gerade abgegeben wurde und – soweit die Erklärung namens der Drittgesellschaft gemacht wird – inwieweit diese hierfür von der Bauherrin bevollmächtigt wurde. Gibt der Vertreter mehrfach Erklärungen für die Bauherrin ab, darf der gutgläubige Unternehmer daher davon ausgehen, dass die Erklärungen des Vertreters selbst dann für die Bauherrin verbindlich sein würden, wenn sie einmal im Namen der Drittgesellschaft erfolgen. Aufgrund der Organeigenschaft des Vertreters für beide Gesellschaften darf die Unternehmerin zudem in der Abgabe von Erklärungen namens der Drittgesellschaft für die Beklagte auf den Mitteilungswillen der Bauherrin schliessen, wonach die Drittgesellschaft zur Vertretung der Bauherrin bevollmächtigt sein würde. 5.4.2.5. Vorliegend hat die Beklagte die D.\_\_\_\_\_ GmbH als Architektin und Bauleiterin beigezogen. G.\_\_\_\_\_ war zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen sowohl einzelzeichnungsberechtigtes Organ der Beklagten als auch der D.\_\_\_\_\_ GmbH (vgl. act. 3/7 und act. 3/15). In den Vertragsverhandlungen mit der Klägerin ist er sowohl als Vertreter der Beklagten als auch der D.\_\_\_\_\_ GmbH aufgetreten (act. 1 Rz. 24; act. 13 Rz. 23). Im E-Mail-Verkehr trat er zwar regelmässig als Vertreter der D.\_\_\_\_\_ GmbH auf. Im Übrigen wies G.\_\_\_\_\_ aber nicht darauf hin, für welche Gesellschaft er gerade handelte (vgl. act. 22 Rz. 227; act. 26 Rz. 207). Die Klägerin konnte somit nicht erkennen, in welchem Umfang die D.\_\_\_\_\_ GmbH bevollmächtigt sein würde. Bei dieser Ausgangslage durfte die Klägerin grundsätzlich von einer konkludenten Vollmachtsgabe der

Beklagten an die D.\_\_\_\_\_ GmbH ausgehen. 5.4.2.6. Obschon die Umstände vor Vertragsschluss für den Bestand eines allfälligen Rechtsscheins ausschlaggebend sind, wird der Anschein einer Vertretungsbefugnis vorliegend durch das spätere Verhalten der D.\_\_\_\_\_ GmbH und der Beklagten bestätigt. So bezeichnet die Beklagte beispielsweise ein von G.\_\_\_\_\_

- 42 - namens der D.\_\_\_\_\_ GmbH an die Klägerin gesandtes E-Mail vom 13. Oktober 2016 als Mitteilung der Beklagten (act. 13 Rz. 127). Gegenstand dieses E-Mails sei eine Vereinbarung zwischen den Parteien sowie die Bitte von G.\_\_\_\_\_ um Bestätigung derselben (vgl. act. 13 Rz. 128, 151; act. 15/19). Diese namens der D.\_\_\_\_\_ GmbH ausgesprochene Bitte darf ein gutgläubiger Dritter als (weiteren) Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis zwischen der D.\_\_\_\_\_ GmbH als Vertreterin und der Beklagten als Vertretene verstehen. Ein solcher Hinweis ist auch im Umstand, dass die D.\_\_\_\_\_ GmbH sich für die Beklagte rechtswahrend einsetzte, zu erblicken. Es war die D.\_\_\_\_\_ GmbH, die zu Beginn der Auseinandersetzung zwischen den Parteien die Klägerin abmahnte und ihr die Ersatzvornahme androhte (act. 15/15d). 5.4.2.7. Insgesamt ergibt sich, dass insbesondere G.\_\_\_\_\_ namens der D.\_\_\_\_\_ GmbH Aufgaben für die Beklagte wahrnahm, die deutlich über eine Kontrolle der Unternehmer hinausgeht. Dadurch hat G.\_\_\_\_\_ konkludent eine umfassende, den Abschluss eines Werkvertrages einschliessende Vertretungsbefugnis der D.\_\_\_\_\_ GmbH im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR kundgetan. Infolge seiner Eigenschaft als einzelzeichnungsberechtigte Organperson der Beklagten, ist der Beklagten diese Kundgabe als ihre eigene anzurechnen. 5.4.2.8. Diesen Eindruck vermag die Beklagte nicht zu korrigieren. Sie spricht in ihren Eingaben wiederholt in einem Atemzug von "der Beklagten bzw. der D.\_\_\_\_\_ GmbH" (vgl. act. 13 Rz. 31, 32, 33, 36, 75, 80, 82, 176; act. 26 Rz. 162). Sie differenziert dabei nicht, welcher Gesellschaft welche Handlung zuzurechnen ist. Damit offenbart die Beklagte, dass sie sich über den Umfang der Vertretungsbefugnis der D.\_\_\_\_\_ GmbH selbst nicht im Klaren ist. Und wenn es nicht einmal der Beklagten gelingt, klar und schlüssig aufzuzeigen, inwieweit sie von der D.\_\_\_\_\_ GmbH vertreten wurde, umso weniger kann von der Klägerin verlangt werden, die Vertretungsverhältnisse gekannt zu haben. Die durch die personelle Verflechtung der Beklagten mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH entstandene Unmöglichkeit, Erklärungen und Handlungen der D.\_\_\_\_\_ GmbH oder der Beklagten zuzuordnen, kann jedenfalls der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen. Schliesslich hat nicht sie, sondern die Beklagte, diese Unmöglichkeit zu vertreten.

- 43 - 5.4.2.9. Die Handlungen der D.\_\_\_\_\_ GmbH können aber ungeachtet der Vollmachtskundgabe die Beklagte nur verpflichten, wenn die Klägerin gutgläubig war. Da die Gutgläubigkeit vermutet wird (Art. 3 ZGB), obliegt es der Beklagten, der Klägerin Bösgläubigkeit oder mangelnde Aufmerksamkeit nachzuweisen. Die Beklagte bestreitet zwar die Gutgläubigkeit der Klägerin (act. 26 Rz. 209). Dass die Klägerin bösgläubig war, oder die nach den Umständen erforderliche Aufmerksamkeit nicht aufbrachte, behauptet die Beklagte aber nicht substantiiert. Infolgedessen ist von der Gutgläubigkeit der Klägerin auszugehen. Zusammenfassend durfte die Klägerin daher von einer (konkludenten) Bevollmächtigung der D.\_\_\_\_\_ GmbH zur Vertretung der Beklagten durch dieselbe ausgehen. 5.4.3. Damit verbleibt die Frage zu beantworten, ob M.\_\_\_\_\_ trotz fehlender Zeichnungsberechtigung die Vertretungsbefugnis von G.\_\_\_\_\_ bzw. der D.\_\_\_\_\_ GmbH wahrnahm. Damit eine Vertretungswirkung eintreten konnte, muss (1) M.\_\_\_\_\_ im Namen der D.\_\_\_\_\_ GmbH gehandelt haben, (2) die D.\_\_\_\_\_ GmbH ihrerseits eine

Vollmacht für M.\_\_\_\_\_ kundgegeben haben und (3) die Klägerin guten Glaubens die visierte Auftragsbestätigung (vgl. act. 3/1) als Zustimmung zum Werkvertrag verstanden haben. 5.4.3.1. Mit E-Mail vom 20. Juli 2016 um 14.29 Uhr schrieb M.\_\_\_\_\_ an O.\_\_\_\_\_: "Sehr geehrter Herr O.\_\_\_\_\_ ¶ In der Beilage erhalten Sie die gewünschte Auftragsbestätigung. ¶ Besten Dank für das entgegengebrachte Vertrauen ¶ Freundliche Grüsse ¶ M.\_\_\_\_\_ ¶ Zeichner in F. Architektur ¶ D.\_\_\_\_\_ GMBH [...]" (vgl. act. 3/28 S. 1). Dieser E-Mail war die erste Seite der Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 angehängt. Letztere hält ferner fest, dass die Beklagte die Bauherrin sei und die D.\_\_\_\_\_ GmbH die Architektin. Oberhalb der Adresse der Beklagten befindet sich der aufgestempelte Vermerk "KONTROLLIERT 20. Juli 2016", gefolgt von der Unterschrift von M.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 3/1, act. 3/28; act. 1 Rz. 33 f.; vgl. act. 13 Rz. 14, 38 f.; act. 22 Rz. 40, 227; act. 26 Rz. 51 f. 204, 207). Indem M.\_\_\_\_\_ die Auftragsbestätigung unter Verwendung der Signatur der D.\_\_\_\_\_ GmbH versandte, handelte er im Namen der D.\_\_\_\_\_ GmbH. 5.4.3.2. Die Beklagte streitet einerseits ab, dass M.\_\_\_\_\_ befugt gewesen sei, hinsichtlich des Inhalts des Vertrages verbindlich zu kommunizieren (act. 26

- 44 - Rz. 208). Gleichzeitig räumt sie aber ein, M.\_\_\_\_\_ habe die Auftragsbestätigungen mit Blick auf die Öffnungsrichtungen und die Fenstermasse kontrolliert (act. 13 Rz. 11; act. 26 Rz. 10, 12, 51). Hierzu sei er beauftragt gewesen (act. 26 Rz. 25). Dies ist widersprüchlich. Entweder war es M.\_\_\_\_\_ erlaubt, für die D.\_\_\_\_\_ GmbH in Vertretung der Beklagten verbindliche Erklärungen abzugeben, oder eben nicht. Auch die Kontrolle bzw. die Bestätigung, alles sei korrekt, ist eine verbindliche Erklärung. Der Einwand der Beklagten, M.\_\_\_\_\_ habe nicht verbindlich kommunizieren dürfen, verfängt damit nicht. Indem M.\_\_\_\_\_ gestattet wurde, trotz fehlender Zeichnungsberechtigung verbindlich die Richtigkeit gewisser Angaben zu bestätigen, wurde konkludent seine Befugnis, verbindliche Erklärungen namens der D.\_\_\_\_\_ GmbH abzugeben, kundgetan. Werden keine Einschränkungen kommuniziert, so erstreckt sich die so kundgegebene Vertretungsbefugnis im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich auf alle Rechtshandlungen, die das betroffene Geschäft mit sich bringen kann (Art. 462 Abs. 1 OR). Dazu gehört auch der Vertragsschluss. Ob sich die Vertretungsbefugnis von M.\_\_\_\_\_ nur auf die Kontrolle der Fensterausmasse und Öffnungsrichtungen beschränkte, kann offenbleiben. Die Beklagte behauptet nicht, der Klägerin eine derartige Einschränkung mitgeteilt zu haben, womit die Klägerin eine entsprechende Einschränkung auch nicht kennen konnte. 5.4.3.3. Die Vollmachtsgabe liegt nach dem Gesagten in der Stellung, die M.\_\_\_\_\_ von der D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. von G.\_\_\_\_\_ eingeräumt wurde. Der Mitteilungs-wille der Beklagten ergibt sich aus den Umständen: Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte wusste, dass M.\_\_\_\_\_ am 20. Juli 2016 die visierte Auftragsbestätigung an die Klägerin sandte. Die Beklagte erklärt nämlich selbst, M.\_\_\_\_\_ sei zur Kontrolle der Auftragsbestätigung hinsichtlich der Öffnungsrichtungen und Ausmasse beauftragt gewesen (act. 26 Rz. 25). Die Beauftragung zur Kontrolle impliziert, dass die Beklagte von der Existenz der Auftragsbestätigung wusste. Indem die Beklagte in Kenntnis der Auftragsbestätigung diese von M.\_\_\_\_\_ kontrollieren liess, in der Folge aber keine Anstalten machte, diese selber zu unterzeichnen, duldet sie, dass die Bestätigung von M.\_\_\_\_\_ als ihre eigene Zustimmung gewertet werden könnte. Doch selbst wenn der Beklagten das Handeln von M.\_\_\_\_\_ nicht bekannt war, änderte dies nichts: Da G.\_\_\_\_\_ zu-

- 45 - gleich Organfunktion bei der D.\_\_\_\_\_ GmbH und bei der Beklagten hatte, hätte er (und damit auch die Beklagte) bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit die Handlungen von

M.\_\_\_\_\_ kennen müssen. 5.4.3.4. Unter diesen Umständen durfte die gutgläubige Klägerin von einer Bevollmächtigung M.\_\_\_\_\_s ausgehen, die Auftragsbestätigung namens der D.\_\_\_\_\_ GmbH zu visieren und zurückzusenden. Fraglich ist indes, ob sich die Klägerin überhaupt auf den guten Glauben berufen kann. Die Beklagte macht nämlich sinngemäss geltend, die Klägerin habe die Unterschrift von M.\_\_\_\_\_ auf der Auftragsbestätigung nicht in guten Treuen als Zustimmung der Beklagten zum Werkvertrag verstehen dürfen (act. 26 Rz. 12, 39, 50, 75 ff., 104, 141, 204 ff.). Ob dies zutrifft, ist nachfolgend zu untersuchen.

5.4.3.5. Auf der definitiven Auftragsbestätigung findet sich der aufgestempelte Vermerk "KONTROLLIERT 20. Juli 2016", gefolgt von der Unterschrift von M.\_\_\_\_\_ und einem Haken (act. 3/1; act. 3/28 S. 2). Da sich die Kontrolle nicht erkennbar auf bestimmte Teile beschränkte, darf ein vernünftiger Erklärungsempfänger ein derartiger Vermerk als Einverständniserklärung zu den in der Urkunde festgehaltenen Angaben verstehen. Gegenteiliges kann auch dem E-Mail von M.\_\_\_\_\_ vom 20. Juli 2016 um 14.29 Uhr nicht entnommen werden. Darin hält er einzig fest: "In der Beilage erhalten Sie die gewünschte Auftragsbestätigung" (act. 3/28). Im Gegenteil durfte die Klägerin mangels Hinweis, dass die Auftragsbestätigung fehlerhaft sei oder anderweitig nur eingeschränkt verbindlich sein soll, bereits gestützt auf diese E-Mail von einem vorbehaltlosen Akzept bzw. von einer vorbehaltlosen Bestätigung des Auftrags ausgehen. Der Wortlaut der Erklärung von M.\_\_\_\_\_ spricht nach dem Gesagten dafür, dass er die Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 für die D.\_\_\_\_\_ GmbH akzeptierte.

5.4.3.6. Der Umstand, dass M.\_\_\_\_\_ Bauzeichner ist, ändert daran nichts. Auch seine (umstrittene) Fähigkeit, die Einhaltung der U- und g-Werte zu kontrollieren, ist nicht ausschlaggebend. Es ist mit den Parteien ohne Weiteres davon auszugehen (vgl. act. 22. Rz. 42; act. 26 Rz. 78), dass ein Bauzeichner weiss, was eine Auftragsbestätigung ist und welche Bedeutung diese hat. Retourniert ein bei einer

- 46 - Architektin angestellter Bauzeichner eine Auftragsbestätigung vorbehaltlos mit dem Text "In der Beilage erhalten Sie die gewünschte Auftragsbestätigung", so darf diese grundsätzlich als Einverständnis der Architektin zum Auftrag gewertet werden.

5.4.3.7. Zutreffend ist der Einwand der Beklagten, dass M.\_\_\_\_\_ diese Unterschrift nicht im dafür vorgesehenen, auf der Auftragsbestätigung aufgedruckten Unterschriftenfeld leistete. Dies bedeutet aber entgegen der Auffassung der Beklagten nicht, dass die Auftragsbestätigung deswegen als nicht unterzeichnet zu gelten hätte (vgl. act. 26 Rz. 24, 36, 56, 68, 75, 87 f., 104, 118, 120, 141, 162, 209, 220, 281). Eine Unterschrift ist das Handzeichen einer Person, um damit einen bestimmten Anerkennungswillen zum Ausdruck zu bringen. Gewöhnlich wird eine Unterschrift unterhalb des Textes, der anerkannt werden soll, angebracht. Verweist aber der durch die Unterschrift gedeckte Text auf einen nachfolgenden Text, so wird letzterer durch die Unterschrift ebenfalls anerkannt (ZK OR-JÄGGI, Art. 13 N 38). Daraus folgt zunächst, dass M.\_\_\_\_\_ mit seiner Unterschrift auf der Auftragsbestätigung bestätigt, eine Kontrolle vorgenommen zu haben. Im aufgestempelten Vermerk "KONTROLLIERT 20. Juli 2016" liegt sodann der Verweis auf den nachfolgenden Text der Auftragsbestätigung. Da sich der Vermerk auf der ersten Seite der Auftragsbestätigung in der oberen linken Ecke befindet, kann sich die Erklärung nur auf den nachfolgenden Urkundeninhalt beziehen. Da der nachfolgende Urkundeninhalt den g-Wert von 51% erwähnt (vgl. act. 3/27-28), ist dieser folglich von der Unterschrift von M.\_\_\_\_\_ gedeckt. Daran ändert der Umstand, dass die Klägerin ein Unterschriftenfeld vordruckte, nichts. Aus dem Vordruck kann nicht abgeleitet werden, dass eine Bindungswirkung nur gerade dann eintreten soll, wenn auch in diesem Unterschriftenfeld gezeichnet wird.

5.4.3.8. Schliesslich ergeben sich auch aufgrund der übrigen Umstände keine Anhaltspunkte,

aufgrund derer die Klägerin von einer Ablehnung der Auftragsbestätigung durch die Beklagte ausgehen musste. Mit E-Mail vom 19. Juli 2016 sandte die Klägerin der D.\_\_\_\_\_ GmbH die Auftragsbestätigung zur Kontrolle und Unterzeichnung zu (act. 3/26). Die Klägerin bat um eine speditive Abwicklung und Rücksendung der unterzeichneten Auftragsbestätigung: "Bitte Unterlagen bis morgen

- 47 - Abend retournieren, damit Liefertermin eingehalten werden kann." (act. 3/26). Die Klägerin hat damit auch kundgetan, dass sie für das Zustandekommen des Werkvertrages eine unterzeichnete Auftragsbestätigung benötigte (act. 1 Rz. 33; act. 22 Rz. 43). Tags darauf, am 20. Juli 2016 um 9.00 Uhr, retournierte M.\_\_\_\_\_ die kontrollierten Fensterpläne und bat seinerseits um Korrektur der Fehler und um erneute Zustellung zur Kontrolle (act. 26 Rz. 12; act. 3/29). Dieser Bitte kam die Klägerin nach und stellte die definitive Auftragsbestätigung gleichentags um 10.47 Uhr zu (act. 3/27). Hierauf retournierte M.\_\_\_\_\_ der Klägerin um 14.29 Uhr die erste Seite der Auftragsbestätigung (act. 3/28). Indem die Klägerin um Kontrolle und Unterzeichnung bat, konnte sie in guten Treuen damit rechnen, dass die retournierte Auftragsbestätigung als akzeptiert gelten würde, solange anlässlich der Kontrolle keine Fehler zutage treten würden. Während in einem ersten Schritt noch Fehler zu korrigieren waren, war das nach Zustellung der definitiven Auftragsbestätigung am 20. Juli 2016 um 10.47 Uhr nicht mehr der Fall. Sie durfte aufgrund der kommentarlosen Rücksendung der Auftragsbestätigung durch M.\_\_\_\_\_ um 14.29 Uhr davon ausgehen, dass der Auftrag akzeptiert sein würde. Da die Klägerin um Kontrolle und Unterzeichnung der Auftragsbestätigung gebeten hatte, musste sie ohne gegenteilige Mitteilung auch nicht damit rechnen, dass M.\_\_\_\_\_ die Auftragsbestätigung nur eingeschränkt bestätigen würde. 5.4.3.9. Aus dem Gesagten folgt, dass die Klägerin das E-Mail von M.\_\_\_\_\_ vom 20. Juli 2016 um 14.29 Uhr in Verbindung mit der angehängten, unterschriebenen ersten Seite der Auftragsbestätigung nach Massgabe des Vertrauensprinzips als Akzept derselben durch die Beklagte verstehen durfte. Infolgedessen kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie hätte bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen, dass M.\_\_\_\_\_ zur Vertretung der D.\_\_\_\_\_ GmbH nicht befugt gewesen sein soll. 5.4.4. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass selbst dann von einer Zustimmung der Beklagten zur Auftragsbestätigung auszugehen wäre, würde man eine Vollmatskundgabe der Beklagten an die D.\_\_\_\_\_ GmbH bzw. an M.\_\_\_\_\_ verneinen. Dasselbe gilt, würde man zum Ergebnis gelangen, dass die Klägerin aufgrund der Umstände – namentlich aufgrund der fehlenden Unterschrift der Be-

- 48 - klagten im dafür vorgesehenen Unterschriftenfeld – nicht in guten Treuen vom Akzept der Auftragsbestätigung ausgehen durfte. Selbst dann würde die Auftragsbestätigung nämlich infolge stillschweigender Genehmigung derselben durch die Beklagte massgebend sein. Die Voraussetzungen hierfür sind erfüllt: Die Beklagte kannte die Auftragsbestätigung (vgl. oben, Erw. D.5.4.3.3, S. 43), womit ihr ein Widerspruch möglich und zumutbar war. Andererseits konnte die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen, die Beklagte würde bei fehlendem Einverständnis widersprechen (vgl. dazu im Einzelnen oben, Erw. D.4.5.6.3, S. 31). Indem sie dies nicht tat, hat sie die Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 stillschweigend genehmigt. 5.5. Zwischenfazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass M.\_\_\_\_\_ ermächtigt war, für die D.\_\_\_\_\_ GmbH in Vertretung der Beklagten die Auftragsbestätigung zu unterzeichnen. Im Weiteren durfte sie das E-Mail von M.\_\_\_\_\_ vom 20. Juli 2016 um 14.29 Uhr in Verbindung mit der angehängten, von ihm

unterschiedlichen ersten Seite der Auftragsbestätigung nach Massgabe des Vertrauensprinzips als Akzept derselben verstehen. Eventualiter ist von einer stillschweigenden Genehmigung der Auftragsbestätigung durch die Beklagte auszugehen. Würde man davon ausgehen, dass ein normativer Konsens nicht bereits vor Unterzeichnung der Auftragsbestätigung bestand, wäre der Werkvertrag zwischen den Parteien folglich gestützt auf die Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 zustande gekommen. Demgemäss wäre ein Fensterglas-g-Wert von 51% bestätigt bzw. vereinbart worden. 6. Ergebnis Folgt man der Auffassung der Beklagten insoweit, dass der Werkvertrag gestützt auf die Richtpreis-Offertvariante V1 zu Offerte Nr. 481817 zustande gekommen ist, ergibt eine Auslegung nach normativen Gesichtspunkten eine Einigung der Parteien auf einen Fensterglas-g-Wert von 51%. Doch selbst wenn man diesen normativen Konsens vor Unterzeichnung der Auftragsbestätigung am 20. Juli 2016 nicht bejahen könnte, so wäre davon auszugehen, dass der Werkvertrag

- 49 - gestützt auf Letztere zustande gekommen ist, wobei in dieser ein Fensterglas-g-Wert von 51% ausdrücklich festgehalten ist (act. 3/27 S. 4; act. 3/28). 7. Schlussfolgerungen 7.1. Die Ersatzvornahme setzt unter anderem voraus, dass sich während der Ausführung des Werks eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Erstellung des Werks durch Verschulden des Unternehmers bestimmen lässt (Art. 366 Abs. 2 OR). Eine mangelhafte Erstellung ist voraussehbar, wenn das vollendete Werk bei seiner Ablieferung voraussichtlich einen Werkmangel aufweisen wird. Ein Werkmangel liegt insbesondere vor, wenn das Werk eine zugesicherte oder sonst wie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist (Art. 116 Abs. 2 SIA-Norm 118). 7.2. Vorliegend haben die Parteien vereinbart, dass die Klägerin ein Fensterglas verbauen muss, das einen g-Wert von 51% hat. Die Klägerin lieferte und montierte derartige Fenster. Sie hat damit ein vertragsgemässes Werk geliefert. Infolgedessen liess sich aufgrund der entsprechenden Lieferung und Montage keine vertragswidrige Erstellung des Werks bestimmen voraussehen (vgl. Art. 366 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen für eine ersatzweise Vollendung des Werks durch die K. \_\_\_\_\_ GmbH war somit nicht gegeben und der Entzug der Arbeiten war unberechtigt. 7.3. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle noch auf Folgendes hinzuweisen: Die Beklagte drohte der Klägerin die Ersatzvornahme mit Mängelrüge vom 1. Februar 2017 an (vgl. act. 3/62). Gegenstand der Rüge war nicht nur die Lieferung von Fenstern mit einem ungenügenden U-Wert, bzw. mit einem Glas, das einen g-Wert von 51% anstatt 62% aufweist. Mit selbigem Schreiben beanstandete die Beklagte auch den U-Wert der Fensterrahmen (U) als ungenügend. f 7.3.1. Die Beklagte bringt vor, gemäss Ausschreibung und den Zertifikaten sei ein U-Wert von 1.0 W/m<sup>2</sup>K einzuhalten gewesen; geliefert worden seien jedoch f Fenster mit einem U-Wert von 1.1 W/m<sup>2</sup>K (act. 13 Rz. 58, 67). Unbestritten ist in- f des, dass in der Ausschreibung Kunststofffenster ausgeschrieben wurden (act. 1

- 50 - Rz. 17; act. 13 Rz. 19), die Beklagte sich jedoch später für Fenster mit Kunststoff/Aluminiumrahmen entschied (act. 1 Rz. 33; vgl. act. 13 Rz. 38 f.). Während sich die Beklagte in der Klageantwort noch auf den Standpunkt stellte, die Lieferung von Fenstern mit einem U-Wert von 1.1 W/m<sup>2</sup>K sei ungenügend gewesen f (act. 13 Rz. 58, 67), anerkannte sie in der Duplik, dass sich durch die Bestellungenänderung betreffend das Rahmen-Material auch der U-Wert ändern würde f (act. 26 Rz. 105). Welcher U-Wert nach der Bestellungenänderung massgebend f gewesen sein soll, zeigt die Beklagte indes nicht auf. Weder die Ausschreibung, noch die Richtpreis-Offertvariante V1 zu Offerte Nr. 481817, noch die Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 enthalten Angaben zum U-Wert

von Fenstern mit Kunststoff/Aluminiumrahmen. Auch die von der Klägerin ausgestellten Zertifikate (vgl. act. 3/12-13; act. 15/15) geben zum U-Wert keine Auskunft. Diese weisen f einzig einen U -Wert aus. Der U -Wert bezieht sich aber, entgegen dem U-Wert, w w f nicht nur auf den Rahmen, sondern auf das ganze Fenster (vgl. act. 3/18; act. 26 Rz. 109 f.). 7.3.2. Somit bleibt unbewiesen, welcher U-Wert die von der Klägerin gelieferten f Kunststoff/Aluminium-Fenster aufweisen mussten, um als vertragsgemäss zu gelten. Folglich kann nicht gesagt werden, die Lieferung von Fenstern mit einem U-Wert von 1.1 W/m<sup>2</sup>K sei mangelhaft. Eine Ersatzvornahme kann damit auch f nicht unter Berufung auf einen ungenügenden U-Wert gerechtfertigt werden. f E. Geschuldeter Werklohn 1. Unbestrittener Sachverhalt Der Bruttopreis für die Herstellung, Lieferung und Montage der streitgegenständlichen Fenster und Hebe-/Schiebetüren beträgt gemäss Richtpreis-Offertvariante V1 zu Offerte Nr.: 481817 vom 22. Juni 2016 CHF 201'616.12 (act. 15/3). Unbestrittene Projektanpassungen führten zu einem Mehrpreis von CHF 5'030.27 (act. 22 Rz. 15; act. 26 Rz. 21 ff.). Der vereinbarte Werkpreis beträgt somit brutto CHF 206'646.39 (CHF 201'616.12 + CHF 5'030.27). Dieser Bruttopreis entspricht auch der Auftragsbestätigung vom 20. Juli 2016 (vgl. act. 3/28). Unbestritten ist zudem der vereinbarte Rabatt von 23% (vgl. act. 1 Rz. 4; act. 13 Rz. 16). Die Klä-

- 51 - gerin stellte die Fenster und Türen in der Folge her, lieferte diese zwischen 6. September 2016 und 15. September 2016 und montierte sie anschliessend (act. 1 Rz. 42; act. 13 Rz. 46). Nach Fertigstellung der Montage fand am 27. September 2016 die Bauabnahme statt (act. 1 Rz. 47; act. 13 Rz. 56). Dann- zumal waren einzig noch Schlussmontagearbeiten offen – die Lieferung und Montage von Fenstergriffen, Wetterschenkeln und Flachblechen, Justierungsarbeiten sowie der Ersatz von beschädigten Gläsern (act. 1 Rz. 79 ff. 92; act. 13 Rz. 120 ff., 144). 2. Parteistandpunkte

### **E. 13**

Rz. 128, act. 26 Rz. 154 ff.). Mit wem sie gesprochen haben will und was genau Inhalt dieser Vereinbarung (Art, Zahl und Planposition der Griffe) gewesen sein soll, erklärt die Beklagte aber nicht. Klärende Hinweise ergeben sich auch nicht aus der von der Beklagten eingereichten Rechnung der K.\_\_\_\_\_ GmbH. Die Rechnung enthält zwei Positionen für Griffe (Position 1 und Position 8, vgl. act. 15/15c). Ob es sich bei den von der Klägerin nicht gelieferten 143 Griffen um jene

- 54 - gemäss Position 1 oder um jene gemäss Position 8 handelt, ergibt sich daraus ebenso wenig wie die Anzahl Griffe und die Orte, wo diese Griffe angeblich verbaut wurden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.