



Fall-Nr.:	BZ.2007.70
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	07.04.2008
Entscheiddatum:	07.04.2008

Entscheid Kantonsgericht, 07.04.2008

Art. 33 Abs. 3 OR (SR 220). Die Vertrauenshaftung nach Art. 33 Abs. 3 OR setzt voraus, dass der Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen handelt. Erforderlich ist daher entweder, dass der Vertreter den Vertretungswillen hat und der Dritte dies erkennt, oder aber, dass er zwar keinen Vertretungswillen hatte, der Dritte aber nach Treu und Glauben auf einen solchen schliessen durfte und tatsächlich auch schloss. Das Handeln des Vertreters allein vermag jedoch die Vertrauenshaftung des Vertretenen nicht zu begründen. Die objektive Mitteilung der Vollmacht muss vom Vertretenen ausgehen. Dessen Verhalten kann in einem positiven Tun, aber auch in einem passiven Verhalten, also einem bewussten oder normativ zurechenbaren Unterlassen oder Dulden bestehen (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 7. April 2008, BZ.2007.70). Das Kassationsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit Entscheid vom 10. September 2008 abgewiesen, soweit es darauf eintrat. Das Bundesgericht ist auf eine gegen diese beiden Entscheide erhobene Beschwerde nicht eingetreten (Urteil 4A_240/2008 neues Fenstervom 12. Dezember 2008).

Erwägungen

I.

1. Die Parteien haben am 21. März 2005 einen Werkvertrag über eine Pellets-Heizungsanlage abgeschlossen (kläg. act. 4). Der Werkvertrag basiert auf einer Offerte des Klägers, welche Vertragsbestandteil ist. Neben den Werkvertragsleistungen hat der Kläger weitere Arbeiten für die Beklagte erbracht. Die jeweiligen Regierapporte wurden



von Bb, einem Mitarbeiter der Beklagten, unterzeichnet. Die Beklagte weigerte sich, für die Regiearbeiten im Zusammenhang mit den Positionen "Sanierung und Umnutzung alte Heizungsanlage" (Fr. 36'048.-), "Behebung Kurzschluss" (Fr. 7'031.45) und "Zusatzarbeiten neue Heizungsanlage" (Fr. 4'265.-) zu bezahlen. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die zusätzlich fakturierten Leistungen seien teilweise bereits im Werkvertrag vom 21. März 2005 inbegriffen und demnach bezahlt worden. Jedenfalls aber habe sie dem Kläger neben dem Werkvertrag keinen Auftrag für weitere Arbeiten erteilt. Im Übrigen sei Bb, welcher die Regierapporte unterzeichnet habe, für die Gesellschaft der Beklagten nicht einzelzeichnungsberechtigt, weshalb die Rapporte weder als Auftragserteilung noch Auftragsbestätigung der Beklagten gelten könnten. Hinzu komme, dass die Pellets-Heizungsanlage Mängel habe, weshalb ihr ohnehin ein verrechenbarer Schadenersatzanspruch zustehe.

2. Mit Eingabe vom 4. Mai 2006 ersuchte der Kläger um (super)provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 43'971.20. Mit dringlicher Anordnung des Kreisgerichtspräsidiums vom 9. Mai 2006 wurde die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch vorgemerkt. In teilweiser Bestätigung dieser Anordnung wies der Kreisgerichtspräsident mit Entscheid vom 5. Juli 2006 das Grundbuchamt an, ein Bauhandwerkerpfandrecht in der Höhe von Fr. 4'265.- nebst Zins zu 5% seit 2. April 2006 zulasten des Grundstücks der Beklagten provisorisch vorzumerken. Im Übrigen wurde das Gesuch mangels Einhaltung der dreimonatigen Frist zur Eintragung abgewiesen.

3. Der Kläger reichte am 12. Oktober 2006 beim Kreisgericht fristgerecht Klage ein mit den eingangs erwähnten Begehren. Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zur Bezahlung von Fr. 11'296.45 nebst Zins zu 5% seit dem 13. April 2006 für die Forderungspositionen "Zusatzarbeiten neue Heizungsanlage" und "Behebung Kurzschluss" und wies das Grundbuchamt an, ein Bauhandwerkerpfandrecht in der Höhe von Fr. 4'265.- nebst Zins zu 5 % seit 2. April 2006 definitiv einzutragen. Die Forderung des Klägers für die Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage wies die Vorinstanz ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dem Kläger sei nicht gelungen, die Auftragserteilung durch die Beklagte für diese Zusatzleistung zu beweisen. Schliesslich wurde der Vollständigkeit halber festgehalten, die Mängelrüge der Beklagten sei verspätet



gewesen, weshalb keine Forderung der Beklagten gegen den Kläger zur Verrechnung vorgebracht werden könne.

4. Mit Eingabe vom 27. September 2007 liess der Kläger rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Begehren erheben. Die Beklagte reichte innert der gesetzlichen Frist keine Berufungsantwort ein. Anstelle einer mündlichen Verhandlung wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Art. 234 Abs. 2 lit. a ZPO). Während der Kläger auf eine weitere Eingabe verzichtete, machte die Beklagte mit Eingabe vom 21. Dezember 2007 geltend, das angefochtene Urteil sei nicht nur hinsichtlich des von der Vorinstanz abgewiesenen Begehrens des Klägers, sondern in seiner Gesamtheit neu zu diskutieren und beantragte entsprechend die Abweisung sämtlicher Forderungen des Klägers.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Eintretensvoraussetzungen (Art. 79 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind; auf die Berufung ist einzutreten.

2. Die Berufung ist ein vollkommenes Rechtsmittel. Sie bewirkt eine Neuurteilung der Streitsache. Der Neuurteilung unterliegen die angefochtenen Punkte; was nicht angefochten ist, wird teilrechtskräftig. Mit Berufung können alle Mängel des angefochtenen Entscheides und des Verfahrens, das zu ihm geführt hat, gerügt werden. Die Mängel des Entscheides können entweder in einer unrichtigen Rechtsanwendung oder in einer unrichtigen Tatsachenfeststellung bestehen.

Da die Vorinstanz im Urteilsdispositiv nicht zwischen den einzelnen Forderungspositionen unterschieden hat, verlangte der Kläger die (vollständige) Aufhebung von Ziffer 1 des Entscheides des Kreisgerichts vom 11. Juli 2007. Der Berufungsbegründung ist jedoch zu entnehmen, dass sich die Berufung ausdrücklich nur gegen die Abweisung der Forderung für die Sanierungs- und Umnutzungsarbeiten



an der alten Heizung richtet (vgl. Berufung, Ziff. III/1, letzter Absatz: "Die vorliegende Berufung richtet sich gegen die Abweisung der Zusatzforderung (3) [Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage] durch die Vorinstanz"). Die Beklagte hat keine Anschlussberufung erhoben. Demnach ist der Entscheid des Kreisgerichts vom 11. Juli 2007 hinsichtlich der Forderungspositionen "Zusatzarbeiten neue Heizungsanlage" (Fr. 4'265.-) und "Behebung Kurzschluss" (Fr. 7'031.-) mangels Anfechtung bereits in (Teil-)Rechtskraft erwachsen (vgl. Art. 226 ZPO). Soweit sich die Beklagte in der Eingabe vom 21. Dezember 2007 zu diesen Forderungspositionen äussert, ist sie nicht zu hören. Gegenstand des vorliegenden Entscheids ist einzig die Forderung des Klägers für die Sanierungs- und Umnutzungsarbeiten an der alten Heizung in der Höhe von Fr. 36'048.10.

3. Die Beklagte hat innert Frist keine Berufungsantwort eingereicht. Grundsätzlich kann im zweiten Schriftenwechsel nur zum Rechtlichen Stellung genommen werden. Neue Tatsachen und Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 234 ZPO). Somit sind sämtliche Vorbringen der Beklagten in der Eingabe vom 27. Dezember 2007, welche sich nicht ausschliesslich auf rechtliche Erwägungen betreffend die umstrittene Forderung des Klägers für die Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage beziehen, im vorliegenden Entscheid nicht zu berücksichtigen.

III.

1. a) Die Vorinstanz hat die Forderung des Klägers für die Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe die Auftragserteilung durch die Beklagte nicht bewiesen. Zwar sei von einer Anscheinsvollmacht des Mitarbeiters der Beklagten, Bb, welcher für diese Arbeiten die Regierapporte unterzeichnet hat, auszugehen. Jedoch seien die unterzeichneten Regierapporte als Auftragserteilung oder -bestätigung ungeeignet. Überdies sei unklar, ob die Arbeiten tatsächlich für die Beklagte erbracht worden seien, da auch auf dem benachbarten Areal diverse Arbeiten vorgenommen worden seien. Die Vorinstanz erachtete hingegen als erstellt, dass der Kläger Arbeiten im geltend gemachten Umfang tatsächlich erbracht hat; dies wurde auch von der Beklagten nicht bestritten.



b) Der Kläger bringt im Berufungsverfahren vor, die Beklagte habe sich erst im Zuge der Lieferung und Montage der neuen Pellets-Heizungsanlage (Werkvertrag vom 21. März 2005) entschieden, die alte Heizung umzunutzen. Die eigentlichen Hauptarbeiten für die Sanierung und Umnutzung seien zwar der C-AG übertragen worden, diese habe jedoch nicht alle Arbeitsschritte selbst ausführen können. Deshalb habe sich der zuständige Arbeiter der C-AG, Ca, jeweils an Bb, welcher auf Seiten der Beklagten für die Umbauarbeiten zuständig gewesen sei, gewandt und diesen auf notwendige Arbeiten hingewiesen. Damit nicht gravierende Bauverzögerungen entstehen, habe Bb die "bauseits" zu erbringenden Leistungen dem bereits auf der Baustelle beschäftigten Kläger übertragen. In der Folge seien unter anderem die alte Heizungsanlage vom Grundwasseranschluss getrennt und die entsprechenden Leitungen verschlossen worden. Dass ein Teil dieser Arbeiten auf dem Nachbargrundstück erbracht wurde, hänge damit zusammen, dass sich die Grundwasserpumpe auf diesem befinde. Im Übrigen habe die Beklagte zwei (Teil-) Rechnungen im Zusammenhang mit der Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage bezahlt (kläg. act. 7 und 8), was darauf schliessen lasse, dass die Beklagte um die Auftragserteilung wusste und diese als verbindlich erachtete.

c) Die Beklagte hielt der Sachverhaltsdarstellung des Klägers vor der Vorinstanz und auch im Berufungsverfahren zunächst entgegen, die zusätzlich fakturierten Leistungen seien bereits im Werkvertrag vom 21. März 2005 enthalten. Wie eingangs festgehalten, ist diese Einwendung nur für die im Berufungsverfahren strittige Rechnung für die Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage zu prüfen.

Den Regierapporten (Auftragserteilung 2. Juni 2005; Leistungserbringung 30./31.05.2005, 01.-03. und 06.06.2005), 1302 (Auftragserteilung 7. Juni 2005; Leistungserbringung 01. und 06.-09.06.2005), 1303 (Auftragserteilung 9. Juni 2005; Leistungserbringung 10./13. und 14.06.2005) und 1304 (Auftragserteilung 13. Juni 2005; Leistungserbringung 15.-17.06.2005; kläg. act. 10), ist zu entnehmen, dass die umstrittene Rechnung für die Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage vom 13. März 2006 (kläg. act. 9) folgende Arbeiten umfasst: Demontage Grundwasserleitungen inklusive Entsorgung der Rohre und Altmetall (Regierapport), Leitungsabänderung und Demontage (Regierapport), Montage der Notkühlung für die bestehenden Kühlanlagen (Regierapport) sowie weitere Demontage- und



Montagearbeiten (Regierapport). Diese Leistungen waren zweifelsohne nicht Gegenstand des Werkvertrages vom 21. März 2005 (kläg. act. 4), welcher nur die Lieferung der Pellets-Heizungsanlage sowie deren Montage und Inbetriebnahme umfasste. Insbesondere ist etwa aus der Position (Inbetriebnahme Funktionsmodul FM4xx) ersichtlich, dass die Anschlüsse dieses Moduls "bauseitig" zu erstellen sind, was gleichzeitig verdeutlicht, dass die Beklagte nicht davon ausgehen durfte, der Werkvertrag vom 21. März 2005 umfasse sämtliche Leistungen im Zusammenhang mit der neuen Heizungsanlage. Soweit die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren für die Feststellung des Inhalts des Werkvertrags vom 21. März 2005 und dem Verhältnis zwischen diesem Vertrag und weiteren Aufträgen die Einvernahme von Zeugen verlangte, ist diesem Begehren nicht zu folgen. Zum einen ist aufgrund der sich bei den Akten befindlichen Regierapporte und dem schriftlichen Werkvertrag vom 21. März 2005 deren Inhalt ohne Weiteres feststellbar. Zum andern hielt die Beklagte in ihren Rechtsschriften und anlässlich der mündlichen Verhandlung vor Kreisgericht selbst dafür, die Arbeiten würden in keinem Zusammenhang zum ursprünglich erteilten Auftrag stehen (vgl. vi act. 20 und 25). Ebenso ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Befragung des Geschäftsführers der Beklagten, Bc angezeigt wäre, hat die Beklagte ihren Standpunkt betreffend die Auftragserteilung doch bereits ausführlich dargelegt; der Antrag auf Parteibefragung ist abzuweisen. Demnach steht fest, dass es sich bei der strittigen Forderung nicht um einen Mehraufwand im Rahmen des bestehenden Werkvertrags, sondern um einen (zusätzlichen) selbständigen Auftrag handelt.

Betreffend die Arbeiten auf dem benachbarten Grundstück der Firma E ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die Beklagte selbst festhielt, die Vernetzung der Heizsysteme mit der Firma E sei aufzulösen, da sich namentlich die Grundwasserpumpe auf dem Nachbargrundstück befinde und sie daher nur über einen eingeschränkten Zugang verfüge (bekl. act. 20; vi act. 20, Ziffer III/1). Dass im Zusammenhang mit einer Trennung der Anlagen auch Arbeiten auf dem Nachbargrundstück erforderlich werden, erscheint als selbstverständlich. Die Ausführungen des Klägers sowie die Regierapporte sind plausibel und nachvollziehbar; daran vermögen die gegenteiligen, nicht weiter belegten Behauptungen der Beklagten nichts zu ändern (vgl. dazu im Übrigen auch nachfolgend Ziffer 4 lit. b zur Auftragserteilung für die fakturierten Leistungen).



Demnach ist festzuhalten, dass die Leistungen gemäss Rechnung vom 13. März 2006 (kläg. act. 9) nicht im Werkvertrag vom 21. März 2005 mit dem Kläger enthalten waren und folglich von einem selbständigen Werkvertrag auszugehen ist. Diese Arbeiten können vom Kläger folglich grundsätzlich zusätzlich in Rechnung gestellt werden.

4. Die Beklagte bringt jedoch vor, dem Kläger sei für die zusätzlich fakturierten Rechnungen nie ein Auftrag erteilt worden. Daran ändere auch die Unterzeichnung der Regierapporte durch Bb nichts, da dieser zum einen für die Beklagte nicht einzelzeichnungsberechtigt sei und zum andern die Unterschrift auf den Regierapporten ohnehin nur eine Bestätigung, dass Aufgaben erbracht wurden, nicht aber eine Bestätigung der Auftragserteilung an sich darstelle.

a) Die Unterzeichnung von Regierapporten kann nicht, wie die Beklagte vorbringt, mit der Quittierung eines Lieferscheins verglichen werden. So ist den Regierapporten zu entnehmen, dass Bb jeweils als "Auftraggeber" (vgl. unterste Zeile der Regierapporte) unterzeichnet hat. Zudem ist bei einem Vergleich der auf den Rapporten vermerkten Auftragsdaten mit den nachstehend aufgeführten Daten der Leistungserbringung davon auszugehen, dass die Regierapporte von Bb jeweils vor Arbeitsaufnahme, jedenfalls aber vor Abschluss der Arbeiten unterzeichnet wurden, was den Charakter der Unterschrift als blosse Bestätigung der tatsächlichen Leistungserbringung von vornherein ausschliesst.

b) Zu prüfen bleibt, ob die Beklagte durch die Auftragserteilung durch Bb gegenüber dem Kläger vertraglich gebunden ist. Dies ist dann der Fall, wenn Bb dazu bevollmächtigt war, oder wenn der Kläger aus seinem Verhalten in guten Treuen auf eine solche Vollmacht schliessen durfte.

Da die Beklagte bestreitet, eine Vollmacht erteilt zu haben, ist zu prüfen, ob von einer (externen) Duldungs- oder Anscheinsvollmacht auszugehen ist, also ob der gute Glaube des Klägers das Fehlen einer normativ zwar kundgegebenen, tatsächlich aber nicht erteilten Vollmacht heilt.

aa) Diese Vertrauenshaftung nach Art. 33 Abs. 3 OR setzt voraus, dass der Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen handelt. Erforderlich ist daher entweder,



dass der Vertreter den Vertretungswillen hat und der Dritte dies erkennt, oder aber, dass er zwar keinen Vertretungswillen hatte, der Kläger aber nach Treu und Glauben auf einen solchen schliessen durfte und tatsächlich auch schloss. Vorliegend ist auf den von Bb unterzeichneten Regierapporten in der Rubrik "Auftraggeber" die Beklagte aufgeführt. Selbst wenn Bb keinen Vertretungswillen hatte, durfte der Kläger unter diesen Umständen ohne Weiteres auf diesen schliessen. Nachdem die Frage nach dem tatsächlich vorhandenen Vertretungswillen also offen bleiben kann, ist auf eine diesbezügliche Befragung von Bb zu verzichten; der entsprechende Antrag der Beklagten ist abzuweisen.

bb) Das Handeln des Vertreters allein vermag jedoch die Vertrauenshaftung des Vertretenen nicht zu begründen. Die objektive Mitteilung der Vollmacht muss vom Vertretenen ausgehen. Dessen Verhalten kann in einem positiven Tun, aber auch in einem passiven Verhalten, also einem bewussten oder normativ zurechenbaren Unterlassen oder Dulden bestehen. Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn dem Vertretenen der Wille zur Vollmachtserteilung fehlt, er aber vom Auftreten eines anderen als seinem Vertreter Kenntnis hat und dagegen nicht einschreitet (vgl. BSK OR I-Watter, N 14 ff. zu Art. 33, m.w.H.). Die Anscheinsvollmacht unterscheidet sich von der Duldungsvollmacht insoweit, als dass hier der Vertretene keine Kenntnis vom Vertreterhandeln hatte, dieses bei pflichtgemässer Sorgfalt jedoch hätte erkennen müssen und verhindern können (BSK OR I-Watter, N 16 zu Art. 33). Der Vertretene kann einem gutgläubigen Dritten in beiden Fällen die mangelnde Vertretungsmacht des Vertreters nicht entgegenhalten, da namentlich im kaufmännischen Verkehr der Geschäftspartner nicht mit den für ihn undurchschaubaren Organisationsrisiken der Unternehmung belastet werden soll.

Vorliegend hat Bb insgesamt fünf Regierapporte sowie eine Auftragsbestätigung (kläg. act. 11) unterzeichnet. Diese Handlungen erstreckten sich über einen längeren Zeitraum. So wurde der erste Regierapporte am 2. Juni 2005, die Auftragsbestätigung am 27. September 2005 und der letzte Regierapport am 28. Februar 2006 unterzeichnet. Die Beklagte hat zu keinem Zeitpunkt gegen die Auftragserteilung durch Bb opponiert. Ob die Beklagte bzw. deren Geschäftsführer Bc von allen Auftragserteilungen durch Bb wusste, steht nicht fest. Zu prüfen ist deshalb, ob bereits das Wissen von Bb um die vorgenommenen Arbeiten des Klägers der Beklagten als



Wissen ihres Vertreters zugerechnet werden kann. Eine solche Wissenszurechnung setzt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht voraus, dass der handelnde Mitarbeiter Organanstellung hat. Nach der funktionellen Betrachtungsweise genügt es, wenn dieser an einem bestimmten Geschäft direkt beteiligt ist (Abegglen Sandro, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil., Bern 2004, S. 49, m.w.H.) und die Gesellschaft bei "ordnungsgemässer Wissensorganisation" von den Handlungen des Mitarbeiter hätte Kenntnis erlangen können bzw. das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation objektiv abrufbar war (BGerUrteil 5C.104/2001 vom 21. August 2001, E 4.c)bb); Abegglen, a.a.O, S. 129). Vorliegend war Bb offensichtlich mit dem Umbauprojekt der Beklagten betraut und hat zumindest mehrmals als Auftraggeber für die Beklagten gezeichnet; er war also am fraglichen Geschäft beteiligt. Ebenso wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, den Informationsfluss zwischen ihrem Mitarbeiter und dem Geschäftsführer, Bc, zu gewährleisten. Fraglich ist jedoch, ob die Kenntnis der Beklagten aus dem Wissen eines Mitarbeiters, welcher womöglich seine Vertretungsbefugnis überschritten hat, abgeleitet werden kann (vgl. BGer Urteil 4C.293/2006 E. 2.2.2). Dies kann letztlich aber offenbleiben, da das Verhalten der Beklagten ohnehin als Vollmachtenkundgabe zu werten ist. So konnte die Beklagte zweifelsohne vom Baufortschritt Kenntnis nehmen und hat auch eine Teilrechnung bezahlt (kläg. act. 8). Zudem enthält etwa die Rechnung vom 4. Oktober 2005 (kläg. act. 13) den Vermerk "Laut Herr Bb Pumpen auswechseln". Deshalb ist auch unerheblich, ob der Beklagten Durchschläge der Regierapporte ausgehändigt wurden. An dieser Feststellung ändert nichts, dass die Beklagte angeblich davon ausgegangen ist, diese Arbeiten seien im ursprünglichen Werkvertrag vom 21. März 2005 enthalten, da sie anhand der erbrachten Leistungen bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass es sich hierbei nicht um im ursprünglichen Werkvertrag aufgeführte Arbeiten handelt. Dass es sich beim Geschäftsführer der Beklagten um einen "Laien in Bausachen" handle (vgl. vi act. 26, S. 5), kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden, ist doch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab auszugehen. Folglich ist die Unterlassung der Beklagten, den Kläger nicht über die mangelnde Vertretungsbefugnis von Bb zu informieren oder sich zumindest über die Hintergründe der über den Werkvertrag



hinausgehenden Arbeiten und die Umstände der Auftragserteilung zu erkundigen, objektiv als Vollmachtsgabe zu werten (vgl. zum Ganzen BGE 120 II 197).

cc) Der Kläger kann sich aber bei Vollmachtsgabe durch passives Verhalten nur auf den Vertrauensschutz berufen, wenn objektive Umstände vorliegen, aus denen er auf die Bevollmächtigung des Vertreters zum Abschluss des in Frage stehenden Geschäfts schliessen durfte.

Vorliegend hat der Mitarbeiter der Beklagten, Bb, über einen Zeitraum von mehreren Monaten insgesamt sechs Mal in der strittigen Angelegenheit für die Beklagte gezeichnet (vgl. vorstehend unter lit. b/bb), ohne dass diese dagegen eingeschritten wäre. Vor diesem Hintergrund kann die (nicht weiter belegte) Behauptung der Beklagten, wonach sich Bb als Aussendienstmitarbeiter nur sporadisch im Betrieb aufgehalten habe und mit den Bauarbeiten in keiner Weise vertraut oder gar betraut gewesen sei, offensichtlich nicht zutreffend sein. Im Weiteren handelt es sich bei Bb um einen Mitarbeiter der Beklagten, welcher sogar im Handelsregister als Mitglied mit Kollektivprokura zu Zweien eingetragen ist. Die eingetragene Zeichnungsberechtigung kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden, da diese für die Frage, ob von einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorliegt, vorliegend unbeachtlich ist. Vielmehr durfte der Kläger gerade aus der Tatsache, dass Bb sogar im Handelsregister eingetragen ist, folgern, dass dieser aufgrund seiner betrieblichen Stellung bevollmächtigt war, einen Auftrag zu erteilen. Im Übrigen ist zu bemerken, dass der Geschäftsführer, Bc, welcher den Werkvertrag für die Pellets-Heizung vom 21. März 2005 unterzeichnete, gemäss Handelsregisterauszug (bekl. act. 16) ebenfalls nur über Kollektivunterschrift zu Zweien verfügt.

dd) Zu prüfen bleibt jedoch, ob der Kläger in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass Bb zur Erteilung sämtlicher Aufträge, namentlich für solche mit einem grossen Auftragsvolumen, befugt war. Der Kläger hat mit der Beklagten ursprünglich für ein Auftragsvolumen von rund Fr. 55'000.- einen schriftlichen Werkvertrag abgeschlossen. Der Kläger durfte also nicht ohne Weiteres annehmen, dass die Beklagte bei einem neuerlichen Auftragsvolumen von über Fr. 30'000.- keinen schriftlichen Werkvertrag verlangt. Erforderlich ist das Vorliegen weiterer (objektiver) Umstände, die den Kläger berechtigten, nicht an der Kompetenz von Bb zur verbindlichen Auftragserteilung zu



zweifeln. Entscheidende Bedeutung kommt hier insbesondere dem Werkvertrag zwischen der Beklagten und der C-AG zu.

Die Beklagte hatte im März 2005 sowohl dem Kläger, als auch der C-AG einen Auftrag erteilt. Während der Werkvertrag mit dem Kläger die Montage einer Pellets-Heizung enthielt, wurden der C-AG Arbeiten im Zusammenhang mit den Kühl- und Tiefkühlanlagen übertragen. Der Auftragsbestätigung der C-AG vom 4. März 2005 (bekl. act. 19) ist zu entnehmen, dass die bestehende Grundwasserinstallation demontiert werden soll, entsprechende Arbeiten aber nicht Gegenstand des Werkvertrags sind, sondern in Regie verrechnet werden. In der Folge wurden diese (notwendigen) Arbeiten aber offensichtlich nicht von der C-AG, sondern vom Kläger erbracht. Dies ergibt sich überdies auch aus der Rechnung der C-AG vom 12. Juli 2005 (bekl. act. 21). Der darin fakturierte Betrag entspricht dem Pauschalpreis gemäss Offerte vom 4. März 2005 (bekl. act. 19), wobei in diesem die Demontearbeiten eben gerade nicht enthalten sind. Damit ist vorab festzuhalten, dass es sich bei der Unterzeichnung der Regierapporte nicht um Erteilung eines neuen Auftrags durch Bb handelte, sondern lediglich um eine Abänderung eines von der Geschäftsleitung der Beklagten bereits erteilten Auftrags: Anstelle der (ursprünglich beauftragten) C-AG wurde neu der Kläger mit der Demontage der Grundwasserinstallationen beauftragt. Dies erklärt auch, weshalb auch der Kläger nicht auf einen schriftlichen Vertrag bestand, durfte er doch davon ausgehen, dass es der Beklagten nicht darauf ankam, wer die Arbeiten ausführt. Dieser Verzicht auf einen schriftlichen Werkvertrag erscheint unter diesen Umständen auch nicht lebensfremd. Ebenfalls nicht aussergewöhnlich erscheint vor diesem Hintergrund, dass die umstrittenen Leistungen der Beklagten erst im April 2006 in Rechnung gestellt wurden und nicht unmittelbar nach Abschluss der Arbeiten. So ist denkbar, dass der Kläger die Leistungen zuerst der C-AG in Rechnung gestellt hat, damit diese gestützt auf ihren Werkvertrag (bekl. act. 19), welcher wie erwähnt die Auftragsposition "Demontage Grundwasserinstallation nach Aufwand" enthielt, die Leistungen weiterverrechnen konnte. Ob es sich so verhalten hat oder andere Gründe für die verzögerte Rechnungsstellung vorliegen kann aber offenbleiben, nachdem von einer gültigen Auftragserteilung an den Kläger auszugehen ist und dieser berechtigt ist, seine Arbeiten der Beklagten direkt in Rechnung zu stellen. Schliesslich erscheint auch der schriftliche Auftrag vom 27. September 2005 (kläg. act. 11) nicht "ominös", sondern stützt im Gegenteil die Sachverhaltsdarstellung des Klägers. Im



Gegensatz zu den übrigen Aufträgen handelte es sich hierbei nämlich um eine weder mit dem Werkvertrag vom 21. März 2005 noch mit dem Werkvertrag mit der C-AG im Zusammenhang stehende Leistung, für welche der Kläger die Gewissheit haben wollte, dass diese Leistung von der Beklagten auch tatsächlich gewünscht ist.

Angesichts der Tatsachen, dass die Beklagte für die vorliegend strittigen Arbeiten bereits einen Auftrag - wenn auch nicht an den Kläger selbst - erteilt hat, durfte der Kläger ohne Weiteres davon ausgehen, dass Bb zu einer solchen Auftragsänderung berechtigt war.

c) Zusammenfassend ist somit erstellt, dass eine Duldungs-, zumindest aber eine Anscheinsvollmacht anzunehmen ist. Der Kläger durfte von der Befugnis von Bb zur Auftragserteilung bzw. Auftragsänderung ausgehen. Unter dieser Voraussetzung genügen die unterzeichneten Regierapporte als Nachweis für die Erteilung eines Zusatzauftrages für die Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage an den Kläger. Demnach sind die Begehren der Beklagten auf Zeugeneinvernahmen von Bb und Mitarbeitern der C-AG zu den Umständen der Auftragserteilung - soweit auf diese prozessual überhaupt eingetreten werden kann - mangels Relevanz abzuweisen.

5. Die Vorinstanz hat schliesslich festgehalten (Erw. 9), allfällige Gewährleistungsansprüche der Beklagten wären abzuweisen, da Mängel erstmals mit Schreiben vom 6. März 2006 (kläg. act. 15) und damit verspätet gerügt wurden. Der Kläger hatte indessen erstinstanzlich und auch in der Berufungsschrift die Verspätung der Mängelrüge nicht behauptet. Ist aber eine Verspätung der Mängelrüge nicht behauptet, so darf das Gericht deren Rechtzeitigkeit nicht von Amtes wegen ermitteln (Gauch, Rz 2169; BSK OR I-Zindel/Pulver, N 33 zu Art. 367, m.w.H.). Ein verrechenbarer Anspruch der Beklagten ist jedoch aus anderen Gründen abzuweisen:

a) Vorausgesetzt ist vorerst, dass überhaupt Verrechenbarkeit besteht. Gemäss Art. 126 OR kann ein Schuldner zum Voraus auf die Verrechnung verzichten. In den AGB des Klägers, die sich auf der Rückseite der Auftragsbestätigung zum Werkvertrag (kläg. act. 4) befinden und damit als vertraglich vereinbart gelten, wurde geregelt (Ziff. 3): "Ein Zurückbehaltungsrecht der Vergütung oder die Verrechnung von allfälligen von der Firma G bestrittenen Gegenansprüchen des Kunden ist ausgeschlossen." Der



Kläger bestreitet Gegenansprüche aus Mängeln. Die Verrechnung solcher Forderungen im vorliegenden Prozess ist daher ausgeschlossen.

b) Überdies würde Verrechenbarkeit eine genügende Verrechnungserklärung voraussetzen, die - da vorliegend die Berufungsantwort verspätet erfolgte - bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Schriftenwechsels abgegeben werden musste (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 2.b und c zu Art. 70 ZPO). Zwar kann eine solche auch konkludent erklärt werden. Nicht notwendiger Inhalt der Verrechnungserklärung ist sodann die Angabe der konkreten Höhe der von der Verrechnung betroffenen Obligationen (ZK/Aeppli, N 46 zu Art. 124 OR). Notwendig ist jedoch, dass klar bestimmt ist, welche Obligationen von der Verrechnung erfasst sein sollen (ZK/Aeppli, N 459 ff. zu Art. 124 OR). Die Beklagte kündigte in ihrer Mängelrüge vom 10. April 2006 (kläg. act. 17) an, die Nachbesserungskosten von rund Fr. 10'000.- würden dem Kläger in Rechnung gestellt. In der Klageantwort wurde jedoch eine Offerte der H-AG, welche die Nachbesserung offenbar vornehmen sollte, eingereicht (bekl. act. 11), welche einen Betrag von Fr. 30'494.- ausweist. Die Beklagte legt weder in der Klageantwort noch in der Duplik konkret dar, welche Mängel sie im Einzelnen geltend macht und welche Nachbesserungsforderungen sie demzufolge zur Verrechnung stellt. Insbesondere verweist sie einfach auf die von der H-AG offerierten Arbeiten im Umfang von Fr. 30'494.- und präzisiert nicht, welche davon sich auf mangelhafte Leistungen des Klägers beziehen und argumentiert einzig mit einer Kostenüberschreitung im Rahmen des ersten Werkvertrages vom 21. März 2005 (vgl. etwa vi act. 9 [Klageantwort], S. 7, und vi act. 20 [Duplik]).

Selbst wenn materiellrechtlich die Verrechnungserklärung genügen würde, wäre die Einrede aber aus prozessualen Gründen abzuweisen. Wie dargelegt, hat die Beklagte in den massgeblichen erstinstanzlichen Rechtsschriften nicht behauptet, aus welchen Mängeln im Einzelnen sie Nachbesserungskosten ableitet. Die Differenz zwischen den in kläg. act. 17 behaupteten Nachbesserungskosten von Fr. 10'000.- und den von der Offerte erfassten Arbeiten von Fr. 30'494.-, auf welche sie sich in der Klageantwort allein bezieht, ist dabei so gross, dass offensichtlich auch nach ihrer eigenen Auffassung nicht alle dort aufgeführten Arbeiten Mängelbehebung sein können. Es fehlt daher an der notwendigen Substantiierung.



c) Schliesslich würde der Kläger gemäss Werkvertrag der Parteien vom 21. März 2005 ohnehin für Mängel der Ware oder des Werkes nur in der Weise haften, als dass er nach seiner Wahl ausbessert oder nachliefert (kläg. act. 4, AGB, Ziffer 5). Die Parteien haben damit ein ausschliessliches Nachbesserungsrecht (vgl. dazu Gauch, Rz 2506) vereinbart. Die Beklagte wäre nur berechtigt, allfällige Werkmängel durch einen Dritten beseitigen zu lassen und vom Kläger vollen Ersatz der entsprechenden Aufwendungen als Schadenersatz zu fordern, wenn der Kläger trotz Aufforderung zur Nachbesserung seinen Pflichten nicht nachgekommen wäre oder wenn der Kläger sich ausdrücklich geweigert hat, die Verbesserung vorzunehmen, oder wenn er hierzu offensichtlich nicht imstande ist (Gauch, Rz 2506 i.V.m. Rz 1799 ff. n.w.N. BGE 110 II 52, E.4). Vorliegend hat die Beklagte aber von Anfang an eine Nachbesserung durch den Kläger abgelehnt. Mit Schreiben vom 6. März 2006 rügte die Beklagte erstmals diverse "feuertechnische Mängel" an der Pelletsheizanlage und hielt gleichzeitig fest, das "ein Anlagebesuch von der Firma G nicht erwünscht" sei (kläg. act. 15). In seinem Antwortschreiben vom 31. März 2006 (kläg. act. 16) erklärte der Kläger: "Wir sind gerne bereit, mit Ihnen zusammen diese Punkte zu bereinigen." Gleichzeitig wies er aber darauf hin, dass die noch offenen Rechnungen zu bezahlen seien. Dazu war er berechtigt, denn - u.a. gestützt auf Ziff. 3 der AGB - hatte die Beklagte kein Zurückbehaltungsrecht des Werklohnes wegen allfälliger Mängel. Trotzdem und ohne weitere Rücksprache mit dem Kläger teilte die Beklagte mit Schreiben vom 10. April 2006 mit, die Nachbesserungsarbeiten würden durch eine Drittfirma ausgeführt, wobei die Kosten von rund Fr. 10'000.- dem Kläger in Rechnung gestellt würden. Sie machte dabei nicht geltend, dass der Kläger sich weigere, nachzubessern oder dazu offensichtlich nicht in der Lage sei. Vielmehr begründete sie ihr Vorgehen nur damit, dass kein Vertrauen mehr bestehe in die klägerische Firma (kläg. act. 17). Die Beklagte hat also auf die Nachbesserung durch den Kläger verzichtet, obwohl der Kläger diese sogar noch im erstinstanzlichen Verfahren angeboten hat (Replik, S. 10 f.). Dagegen liesse sich auch nicht einwenden, die Beklagte sei wegen der Feuerungsanlage unter Zeitdruck gestanden. Zwar wies sie darauf hin, für die Instandsetzung der feuertechnischen Mängel sei ihr Frist bis Ende Juni 2006 gesetzt worden (Klageantwort, 8 unten). Aus dem Schreiben des Amtes für Feuerschutz vom 6. April 2006 (bekl. act. 12) ergibt sich diese Frist indessen nicht. Im Zeitpunkt der Klageantwort (22. Dezember 2006) waren die entsprechenden Arbeiten offensichtlich



auch immer noch nicht vorgenommen worden. Zwar datiert die Offerte der H-AG bereits vom 28. März 2006; die Auftragsbestätigung erfolgte jedoch erst am 10. November 2006 (bekl. act. 11). Mit der Duplik vom 7. Mai 2007 bestätigte die Beklagte sodann, dass die Nachbesserungsarbeiten zwischenzeitlich abgeschlossen worden seien (S. 12). Ist also keine Aufforderung zur Nachbesserung erfolgt, kann der Beklagten auch kein (verrechenbarer) Ersatzanspruch entstehen. Wird grundlos ein Dritter für die Nachbesserung beigezogen, so erfolgt dies auf eigene Kosten und Gefahr (BSK OR I-Zindel/Pulver, N 59 zu Art. 368; BGE 110 II 52, E.4).

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass der Mitarbeiter der Beklagten, Bb, von dieser zur Auftragserteilung bzw. Auftragsänderung bevollmächtigt war. Ob vorliegend von einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht auszugehen ist, kann offen bleiben, kann doch die fehlende tatsächliche Bevollmächtigung von Bb durch die Beklagte dem Kläger in keinem dieser Fälle entgegengehalten werden. Die Beklagte ist durch die Unterzeichnung der Regierapporte und der Auftragsbestätigung vom 27. September 2005 gegenüber dem Kläger vertraglich gebunden. Die Berufung des Klägers ist somit gutzuheissen. Da die Beklagte weder die einzelnen Rechnungspositionen, noch das Rechnungstotal substantiiert bestritten hat und die Verrechnungseinrede, soweit in den Vorbringen der Beklagten überhaupt eine solche zu sehen ist - abzuweisen ist, ist die Beklagte zu verpflichten, den Kläger für die Sanierung und Umnutzung der alten Heizungsanlage mit Fr. 36'048.10 zu entschädigen.
