

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP220002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. V. Seiler sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Beschluss und Urteil vom 8. Juli 2022

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____,

betreffend **Aberkennungsklage**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. Dezember 2021; Proz. FV200053

Rechtsbegehren:

Der Klägerin (act. 1):

- "1. Es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. _____ (Zahlungsbefehl vom 9. September 2019) festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 24'045.65 nebst Zins zu 5 % seit 2. September 2019 nicht besteht.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Beklagten."

Der Beklagten (act. 16):

- "1. Die Aberkennungsklage vom 21. September 2020 sei vollumfänglich abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (zuzüglich 7.7 % MWST)."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 31)

1. Die mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamts C. _____ (Betreibung Nr. ...; Zahlungsbefehl vom 9. September 2019) betriebene Forderung, für die mit Urteil vom 26. August 2020 (Geschäfts-Nr. EB190561-C) im Umfang von Fr. 22'688.60 nebst Zinsen zu 5% seit 2. September 2019 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, wird im Umfang von 5% Zins vom 2. September 2019 bis 19. September 2019 auf Fr. 22'688.60 aberkannt.

Im Übrigen wird die Aberkennungsklage abgewiesen. Demgemäss wird die mit Urteil vom 26. August 2020 erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts C. _____ (Zahlungsbefehl vom 9. September 2019) im Umfang von Fr. 22'688.60 nebst Zinsen zu 5% seit 20. September 2019 definitiv.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'200.– zu bezahlen.

5./6. [Mitteilungen / Rechtsmittel].

Berufungsanträge:

Der Klägerin (act. 29):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. Dezember 2021 vollumfänglich aufzuheben und in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 9. September 2019) festzustellen, dass die in Betreibung gesetzte Forderung von CHF 24'045.65 nebst Zins zu 5 % seit 2. September 2019 nicht besteht.
2. Eventualiter sei, in Gutheissung der Berufung, das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. Dezember 2021 vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Der Beklagten (act. 41):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzlicher MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist eine Immobiliengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie ist u.a. Eigentümerin der Liegenschaft D._____-strasse ... in E._____. Darin befinden sich Appartements sowie das Hotel F._____, welches am tt.mm.2019 eröffnet wurde. Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ist eine juristische Person mit Sitz in G._____, welche gemäss Handelsregisterauszug die Bereitstellung von Modernisierungsprojekten und Problemlösungen [...] bezweckt und auf den Vertrieb von TV-, Radio- und Kommunikationssystemen spezialisiert ist.
2. Die Beklagte macht geltend, von der Klägerin mit der Lieferung und Installation einer IP-Netzwerkinfrastruktur für die erwähnte Liegenschaft betraut worden zu sein. Aus diesem Vertragsverhältnis besteht laut der Beklagten eine offene Forderung von Fr. 24'045.65 nebst Zins, welche sie in Betreuung setzte. Der Beklagten wurde im Laufe des Betreibungsverfahrens provisorische Rechtsöffnung im Umfang von Fr. 22'688.60 nebst Zins erteilt.
3. Mit Eingabe vom 21. September 2020 erhob die Klägerin beim Bezirksgericht Bülach (nachfolgend Vorinstanz) fristgerecht eine begründete Aberkennungsklage (act. 1; Anträge im Wortlaut abgedruckt oben, S. 2). Nachdem die Beklagte am 7. Dezember 2020 hierzu Stellung genommen hatte, wurden die Parteien auf den 18. Mai 2021 zur Hauptverhandlung vorgeladen, an welcher sie ihre Parteivorträge hielten (Prot. Vi S. 7 ff.). Mit Urteil vom 13. Dezember 2021 wies die Vorinstanz die Aberkennungsklage bis auf einige Tage Zinsenlauf vollumfänglich ab und erteilte der Beklagten entsprechend definitive Rechtsöffnung.
4. Mit Eingabe vom 1. Februar 2022 erhob die Klägerin rechtzeitig die vorliegend zu beurteilende Berufung, mit welcher sie die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Gutheissung der Aberkennungsklage, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz, verlangt (act. 31). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-27) und von der Klägerin wurde ein Kostenvorschuss im Betrag von

Fr. 3'400.– eingeholt, den sie fristgemäss leistete (act. 32-35). Die Beklagte erstattete ihre Berufungsantwort mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung am 27. Mai 2022 (act. 41). Die Berufungsantwort wurde der Klägerin am 7. Juni 2022 zugestellt (act. 43), woraufhin sich die Klägerin nicht mehr vernehmen liess. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und entsprechender Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 10. Februar 2022 auferlegte Kostenvorschuss (act. 32) wurde geleistet. Dem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen.
2. Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen die Abweisung der Aberkennungsklage (Dispositivziffer 1 Absatz 2). Hinsichtlich der Aberkennung eines Teils der Zinsforderung (5% vom 2. bis 19. September 2019 auf Fr. 22'688.60; Dispositivziffer 1 Absatz 1) ist das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.
3. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2, S. 94; BGE 138 III 374 E. 4.3.1, S. 375; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Die Berufungsklägerin hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Sie hat die von ihr kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützt, genau zu bezeichnen (vgl. BGer 5A_127/2018 vom 28. Februar 2019, E. 3; OGer ZH LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I.4.; je mit Hinweisen). Die Berufungsschrift darf weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder

Rechtsslage enthalten, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen der Berufungsklägerin auseinandergesetzt hat. Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben und begründet werden (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4, S. 398, BGE 142 III 413 E. 2.2.4, S. 417). Im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel können sodann grundsätzlich nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1, S. 88).

4. Die Vorinstanz erachtete die Bestreitung der Echtheit der Unterschrift von H._____ auf der Offerte der Beklagten vom 12. März 2019 (act. 18/4) durch die Klägerin nicht als genügend im Sinne von Art. 178 ZPO. Sie würdigte in diesem Zusammenhang die E-Mailkorrespondenz vom 12. März 2019 zwischen I._____, CEO der Beklagten, und H._____ (act. 18/6) und verzichtete in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme der übrigen von den Parteien offerierten Beweismittel (vgl. act. 31 S. 6), einerseits auf die seitens der Klägerin beantragte Parteibefragung ihrer Organe J._____ und K._____ und die Zeugenaussage von H._____ sowie andererseits auf die von der Beklagten beantragte Parteibefragung ihres Organs L._____ und die Zeugenaussage von M._____ (act. 6. Rz. 10; act. 22 Rz. 11).

4.1. Die Klägerin sieht darin eine Verletzung von Art. 178 ZPO und ihres rechtlichen Gehörs. Sie habe substantiiert bestritten, dass am 12. März 2019 überhaupt eine Besprechung zwischen H._____ und der Beklagten stattgefunden habe und dazu die erwähnten Beweismittel anboten. Die Vorinstanz hätte nicht in antizipierter Beweiswürdigung auf deren Abnahme verzichten dürfen, da aus der erwähnten E-Mailkorrespondenz nicht abgeleitet werden könne, dass eine solche

Besprechung stattgefunden habe und, wenn doch, ob Inhalt einer solchen angeblichen Besprechung überhaupt die vorliegend relevante Vereinbarung gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei dafür keine erhöhte Substantiierungsanforderung nach Art. 178 ZPO vorausgesetzt (act. 29 Rz. 3, 8 f.).

4.2. Sofern die Echtheit einer im Prozess eingereichten Urkunde von der anderen Partei bestritten wird, muss die Partei, die sich auf diese Urkunde beruft, deren Echtheit beweisen. Die Bestreitung muss ausreichend begründet werden (Art. 178 ZPO). Das ausdrückliche gesetzliche Erfordernis einer "ausreichend begründeten" Bestreitung erhöht in dieser konkreten Frage – die Echtheit einer Urkunde – das allgemeine Mass dessen, was an substantierter Bestreitung verlangt ist. Insbesondere führt eine Bestreitung vorsorglicher Art oder mit "Nichtwissen" noch nicht dazu, dass die Echtheit der Urkunde überprüft werden müsste (vgl. Müller, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 178 N 5). Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der betroffenen Partei das Recht, in einem Verfahren, welches in ihre Rechtsstellung eingreift, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind (vgl. BGE 136 I 265 E. 3.2, S. 272; BGE 131 I 153 E. 3, S. 157; je mit Hinweisen). Dieses Recht auf Beweis ergibt sich auch aus Art. 8 ZGB (vgl. BGer 4A_341/2011 vom 21. März 2012, E. 2.1), und seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist der Beweisführungsanspruch zudem ausdrücklich in Art. 152 Abs. 1 ZPO geregelt (vgl. BGer 5A_884/2012 vom 16. Mai 2013, E. 3.3). Der Beweisführungsanspruch schliesst allerdings die vorweggenommene Würdigung von Beweisen nicht aus (vgl. BGE 129 III 18 E. 2.6, S. 25; BGE 126 III 315 E. 4a, S. 317; je mit Hinweisen). Es bleibt dem Sachgericht unbenommen, von beantragten Beweiserhebungen deshalb abzusehen, weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten. Die Abnahme von (form- und fristgerecht) angebotenen Beweismitteln kann so in antizipierter Beweiswürdigung unterbleiben, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich tauglicher Beweis vermöge seine aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer bestrit-

tenen Tatsache nicht zu erschüttern (vgl. BGer 4A_386/2019 vom 26. Mai 2020, E. 4.3.3; BGE 143 III 297 E. 9.3.2, S. 332; BGE 140 I 285 E. 6.3.1, S. 299).

4.3. Wie die Klägerin in der Berufung unterstreicht, hat sie die von der Beklagten eingereichte, unterzeichnete Offerte hinsichtlich der Echtheit der Unterschrift von H._____ "vorsorglich" bestritten und erklärt, ihr sei nicht bekannt, wessen Unterschrift auf dem betreffenden Dokument aufgeführt sei (act. 29 Rz. 3; act. 22 Rz. 11). Sie hat "mit Nichtwissen" bestritten, dass der Architekt H._____ die Offerte mit den handschriftlichen Änderungen darauf unterzeichnet hat und sich im Übrigen darauf berufen, H._____ habe die Klägerin nicht rechtsgültig vertreten können (vgl. act. 22 Rz. 11, 14). Diese bloss vorsorgliche, nicht weiter begründete Bestreitung erfüllt die erhöhten Substantiierungsanforderungen von Art. 178 ZPO nicht. Mangels rechtsgenügender Bestreitung war damit erstellt, dass die Unterschrift auf der Offerte der Beklagten (act. 18/4) von H._____ stammt, was im Übrigen auch die von der Beklagten eingereichten Vergleichsunterschriften nahelegen (act. 24/20). Die Urkunde beweist, dass H._____ die Offerte der Beklagten mit den darauf angebrachten handschriftlichen Änderungen am 12. März 2019 unterzeichnet hat. Der Vorinstanz ist ebenfalls darin beizupflichten, dass die E-Mailkorrespondenz zwischen H._____ und I._____, worin H._____ am 12. März 2019, d.h. am selben Tag, um Verschiebung der Besprechung von 13 Uhr auf 14 Uhr bittet (act. 18/6), ein beweiskräftiges Indiz dafür ist, dass die von der Beklagten behauptete Besprechung zwischen der Beklagten und H._____ an diesem Tag tatsächlich stattgefunden hat. Eine Absage oder nochmalige Verschiebung der Besprechung behauptete die Klägerin nicht, und auf die theoretische Möglichkeit dazu kam es nicht an. Die pauschale Bestreitung dieser Besprechung durch die Klägerin genügt nicht, um die Unterzeichnung der Offerte am 12. März 2019 durch H._____ in Frage zu stellen. Dies gilt umso mehr, als es dieser Bestreitung mit Blick auf die erwähnte E-Mailkorrespondenz zwischen H._____ und der Beklagten (act. 18/6) und vor dem Hintergrund, dass die Parteien in dieser Zeit intensiv miteinander verhandelten, wobei die Kommunikation auf Seiten der Klägerin fast ausschliesslich über H._____ lief (vgl. act. 18/5-7; act. 18/14-16), an Plausibilität offensichtlich fehlt. Auf die von der Klägerin beantragte Beweisabnahme – wie auch auf die Abnahme der betreffenden Beweismittel der Beklagten (vgl. act.

16 Rz. 10) – zur Frage, ob die besagte Besprechung vom 12. März 2019 zwischen der Beklagten und H. _____ mit Unterzeichnung der Offerte stattgefunden hat, durfte die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen in antizipierter Beweiswürdigung verzichten. Der mit den eingereichten Urkunden rechtsgenügend erbrachte Beweis des Vertragsschlusses vom 12. März 2019 war durch die verschiedenen, sich mutmasslich widersprechenden Aussagen der Beteiligten nicht zu erschüttern. Die Vorinstanz hat Art. 178 ZPO korrekt angewendet und das Recht der Klägerin auf Beweis nicht verletzt.

5. Die Klägerin beanstandet ferner die Erwägungen der Vorinstanz zur Frage, ob H. _____ die Klägerin mit seiner Unterschrift rechtsgültig verpflichten konnte (act. 31 S. 8 ff.), und zu der von ihr behaupteten Verrechnungsforderung (act. 31 S. 14 ff.) in prozessualer Hinsicht.

5.1. Nach Auffassung der Klägerin habe die Vorinstanz mit der pauschalen Annahme einer (externen) Anscheins- und Duldungsvollmacht im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR das rechtliche Gehör der Klägerin in Gestalt der Begründungspflicht verletzt und sich über die Verhandlungsmaxime hinweggesetzt, gebe sie doch nicht den Standpunkt der Berufungsbeklagten wieder, sondern helfe ihr durch ergänzende Ausführungen zu ihrem "Recht" (act. 29 Rz. 14). Das rechtliche Gehör der Klägerin habe die Vorinstanz ferner dadurch verletzt, dass sie in Bezug auf die geltend gemachte Verrechnungsforderung der Klägerin unberücksichtigt gelassen habe, dass die Beklagte aktiv extern auf die Klägerin zugegangen sei und gefordert habe, dass die Vereinbarung vom 18. März 2019 abgeschlossen werden und die Klägerin ihr Fr. 100'000.– bezahle (act. 29 Rz. 24).

5.2. Die Begründungspflicht verpflichtet das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen vorgebrachten rechtlichen oder tatsächlichen Vorbringen eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr hat sich die Begründung auf die für den Entscheid wesentlichen Überlegungen zu konzentrieren. Die Vorinstanz musste daher nur insoweit auf die aktenkundigen Vorbringen (und die eingereichten Unterlagen) eingehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich war. Die Beklagte hat sich vor Vorinstanz ausdrücklich auf eine Anscheinsvollmacht sowie auf eine Duldungsvollmacht berufen und dazu im Kern ausgeführt, sie habe aufgrund des Auf-

tretens von H._____ als Projektverantwortlicher mit umfassenden Kompetenzen, der Funktionsbezeichnung als Leiter Baumanagement und der gesamten Umstände davon ausgehen können, dass H._____ dazu ermächtigt sei, die Offerte im Namen der Klägerin anzunehmen und die Klägerin rechtsgültig zu verpflichten. Dem erweckten Anschein der Bevollmächtigung von H._____ sei von Seiten der Klägerin über den gesamten Zeitraum der Vertragsabwicklung nie widersprochen worden, vielmehr habe die Klägerin nach der Unterzeichnung der Offerte die Zahlung des Werklohns zugesichert, die Beklagte vertröstet und sie aufgefordert, die Arbeiten in den Apartments umgehend auszuführen und fertigzustellen. Es müsse der Klägerin zugerechnet werden, dass sie vom Auftreten von H._____ als Leiter Baumanagement und von der Beauftragung der Beklagten gewusst habe. Bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte sie sicher davon Kenntnis haben müssen (vgl. act. 23 S. 3 f.; Prot. VI S. 9). Damit hat die Beklagte die von der Vorinstanz angeführten Tatsachen behauptet. Ob sich daraus (sofern unbestritten oder bewiesen) eine Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht ableiten lässt, ist eine Rechtsfrage (vgl. dazu unten Ziff. III.1.5.). Welche Tatsachen die Vorinstanz bei ihrer Beurteilung zu Gunsten der Beklagten hinzugefügt haben soll, vermag die Klägerin denn auch nicht anzugeben. Eine Verletzung der prozessualen Vorschriften durch die Vorinstanz ist nicht ersichtlich.

5.3. Im Übrigen hat die Vorinstanz die massgeblichen Umstände in Bezug auf den Abschluss der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 18. März 2019 nicht unberücksichtigt gelassen, sondern sich ausführlich mit den von der Klägerin zu ihrer Verrechnungsforderung behaupteten Tatsachen auseinandergesetzt. Auf diese Umstände ist zurückzukommen (vgl. unten Ziff. III.4.). Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin ist auch insoweit unbegründet.

III. Materielles

1. Die Klägerin wendet sich in der Sache ebenfalls zunächst gegen die Beurteilung der Vorinstanz (act. 31 S. 6 ff.), dass H._____ die Klägerin rechtsgültig bzw. wirksam habe vertreten können und sie daher an die von H._____ unterzeichnete Offerte gebunden sei (act. 29 Rz. 10 ff.).

1.1. Die Vorinstanz prüfte die von einem Handelsregistereintrag unabhängigen Voraussetzungen der bürgerlichen Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR. Sie hielt dazu zunächst fest, dass mangels entsprechender Behauptungen der Beklagten davon auszugehen sei, dass H._____ nicht über interne Vertretungsbefugnisse im Sinne von Art. 32 Abs. 1 OR verfügt habe (act. 31 S. 8 f.). Hingegen sei die Klägerin nach Art. 33 Abs. 3 OR an die unterzeichnete Offerte gebunden, weil die gutgläubige Beklagte in ihrem Vertrauen an die Mitteilung der Ermächtigung durch die Klägerin zu schützen sei. In tatsächlicher Hinsicht erachtete die Vorinstanz als erstellt, dass die komplette Vertragsabwicklung von der Zustellung der Offerte, der gemeinsamen Besprechung und Unterzeichnung am 12. März 2019 sowie der nachfolgenden Kommunikation der Parteien über Auslösung von Zahlungen und Ausführung der Arbeiten von Seiten der Klägerin stets über H._____ gelaufen sei. Die Vorinstanz mass dem Umstand, dass H._____ dabei nicht als "einfacher" Sachbearbeiter aufgetreten sei, sondern als Leiter Baumanagement, mithin als Angestellter in leitender Position, grosses Gewicht bei, da im Geschäftsverkehr von einem leitenden Angestellten erwartet werden dürfe, dass er im Innenverhältnis – zumindest in seinem Aufgabenbereich – über die nötigen Kompetenzen verfüge. Bei einem Leiter Baumanagement sei daher ohne gegenteilige Anhaltspunkte davon auszugehen, dass er zum Abschluss von Werkverträgen ermächtigt sei. Indem es die Klägerin zugelassen habe, dass der komplette Vertrag über ihren Leiter Baumanagement abgewickelt worden sei und dieser insbesondere an einer gemeinsamen Sitzung zwecks Besprechung und Unterzeichnung der Offerte mit der Beklagten teilgenommen habe, habe sie bei der Beklagten das berechtigte Vertrauen erweckt, dass H._____ ermächtigt gewesen sei, die Offerte rechtsgültig zu unterzeichnen. Dieses Vertrauen sei von der Klägerin nie zerstört worden, da sie die Beklagte über den ganzen Zeitraum hinweg nie über die (angeblich) fehlende Vertretungsberechtigung ihres Leiter Baumanagements aufgeklärt habe. Es könne offenbleiben, ob die Beklagte [recte: Klägerin] vom Auftreten von H._____ gewusst habe: Habe sie Kenntnis davon gehabt, sei ihr eine externe Duldungsvollmacht zu unterstellen. Sei sie tatsächlich in Unkenntnis darüber gewesen, so würde dies bedeuten, dass ihre Organpersonen das Zustandekommen eines Werkvertrags und die folgende Vertragsabwicklung durch einen leitenden Ange-

stellten nicht bemerkt hätten, bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit jedoch hätten bemerken müssen, so dass ihr diesfalls eine externe Anscheinsvollmacht zu unterstellen wäre. So oder anders habe die Klägerin für den Anschein ihrer Vertretung durch H._____ gegenüber der unbestrittenermassen gutgläubigen Beklagten einzustehen und sei daher an die von ihr durch H._____ unterzeichnete Offerte gebunden (act. 31 S. 10 f.).

1.2. Die Klägerin hält demgegenüber in der Berufung daran fest, dass H._____ die Klägerin nicht habe verpflichten können. Sie beruft sich dafür vorab auf das Handelsregister als gegen die Vertretungsbefugnis von H._____ sprechenden Anhaltspunkt, anhand dessen die Beklagte hätte wissen müssen, dass H._____ nicht zu Vertragsabschlüssen ermächtigt gewesen sei. Es gehe nicht an, dass ein Arbeitgeber generell und grundsätzlich gegen irgendwelche Handlungen eines Mitarbeiters, der nicht im Handelsregister eingetragen sei, zu opponieren habe. Zudem habe sie sehr wohl bestritten, dass ihr das Auftreten von H._____ als Leiter Baumanagement bekannt gewesen sei, womit sie auch bestritten habe, dass H._____ gegenüber der Beklagten tatsächlich als Leiter Baumanagement aufgetreten sei. Für eine Anscheinsvollmacht sei es irrelevant, ob H._____ mehrfach Zahlungszusicherungen abgegeben habe, so lange er solche Zusicherungen nicht von den berechtigten Personen (der Klägerin) mitgeteilt erhalten habe, was vorliegend nie behauptet worden sei. Die Vorinstanz lege nicht dar, wann die Klägerin gegen das Vertreterhandeln von H._____ hätte opponieren müssen. Es sei ja nicht so, dass die Klägerin über einen langen Zeitraum hinweg Handlungen von H._____ geduldet habe. Es handle sich vorliegend vielmehr um einen einmaligen, in sich geschlossenen Ablauf, so dass sich die Thematik einer Duldung überhaupt nicht stelle (act. 29 Rz. 12 ff.). Vor Vorinstanz hatte die Klägerin sinngemäss ausgeführt, es habe nie ein Anschein bestanden, dass H._____ die Klägerin rechtsgültig vertreten könne und dies sei der Klägerin auch nie bewusst gewesen. H._____ habe auch nie kundgetan, er könne die Klägerin als "Leiter Baumanagement" rechtsgültig verpflichten (act. 22 Rz. 14 ff.). Ferner wies sie darauf hin, sofern von H._____ Instruktionen und Anweisungen erfolgt sein sollten, dann habe dies nie mit irgendeinem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu tun gehabt, sondern höchstens damit, dass die Klägerin Eigentümerin

der betreffenden Überbauung war und sich als solche eingebracht habe (act. 22 Rz. 9).

1.3. Unbestritten ist H._____ im Handelsregister weder als Organ der Klägerin noch als ihr Prokurist oder dergleichen eingetragen (vgl. act. 18/3; act. 29 Rz. 10). Dass H._____ nicht über eine solche im Handelsregister eingetragene Vertretungsbefugnis für die Klägerin verfügte, schliesst eine ihm zukommende Vertretungsmacht freilich nicht aus. Das Handelsregister gibt keine vollständige, abschliessende Auskunft über die Vertretungsverhältnisse in einer Unternehmung. Stets bleibt die bürgerliche Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR vorbehalten. Zu prüfen ist, ob ein von der Klägerin ausgehender Rechtsschein es der Beklagten erlaubte, auf eine Vertretungsbefugnis von H._____ zu schliessen.

1.4. Dabei ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts weniger entscheidend, ob der Vertretene die rechtsgeschäftliche Tätigkeit seines Vertreters im Einzelnen kennt und billigt, als vielmehr, wie die mit seinem Vertreter kontrahierenden Dritten sein Verhalten auffassen müssen und dürfen. Dürfen sie in guten Treuen annehmen, dass dem Vertretenen das rechtsgeschäftliche Handeln seines Vertreters bei Beachtung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt nicht entgangen sein konnte und daher von ihm gedeckt werde, so muss er sich auf diesem Verhalten behaften lassen. Indessen darf der Dritte eine solche Ermächtigung nicht leichthin annehmen. Da die kaufmännische Stellvertretung in jeder Erscheinungsform auf Dauer ausgelegt ist, ist für deren allfällige vertrauensrechtliche Begründung ein Verhalten des Scheinbevollmächtigten erforderlich, welches seinerseits auf Dauer und Kontinuität ausgerichtet ist. Bloss einmaliges Handeln vermag im Regelfall den Rechtsschein nicht zu begründen (vgl. BGE 120 II 197 E. 3b, S. 104; BGE 146 III 37 E. 7.1.2, S. 46; BGer 4A_482/2018 vom 7. Mai 2019, E. 2.4.3.; BGer 4A_360/2020 vom 2. November 2020, E. 5.2).

1.5. H._____ war nicht irgendein Mitarbeiter der Klägerin. Aus der von der Beklagten eingereichten E-Mailkorrespondenz ergibt sich, dass H._____, wie die Beklagte behauptet hat (act. 16 Rz. II.13), als "Leiter Baumanagement" der Klägerin auftrat (vgl. act. 18/6) und ihm in dieser Funktion die Offerte der Beklagten zugestellt wurde (vgl. act. 18/5). Wenn die Klägerin (sinngemäss) behauptete, sie habe nicht

gewusst, dass H._____ gegenüber Dritten mit dieser Funktionsbezeichnung aufgetreten sei (act. 22 Rz. 15; vgl. act. 29 Rz. 12), ist dies mit den E-Mail-Nachrichten widerlegt, die allesamt die entsprechende Signatur von H._____ (H._____, Leiter Baumanagement, Architekt HTL, A._____, A._____ AG [...]) enthalten, welche der Klägerin (d.h. deren Organe J._____ und K._____) teilweise zur Kenntnisnahme im "cc" zuzugingen (vgl. act. 18/15-16) und von denen sie daher Kenntnis haben musste. Entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 29 Rz. 13) ist bei einem "Leiter Baumanagement, Architekt HTL" (vgl. zur Bezeichnung als Leiter und Architekt auch BGer 4A_482/2018 vom 7. Mai 2019, E. 2.4.3.) im Rahmen eines Umbaus einer Geschäftsliegenschaft grundsätzlich davon auszugehen, dass er ermächtigt ist, im Namen der Bauherrin Werkverträge über die Infrastruktur (IP-Netzwerk) abzuschliessen. In einem anderen Zusammenhang anerkennt die Klägerin ein Vertreterhandeln von H._____: Sofern von H._____ Instruktionen oder Anweisungen gegenüber der Beklagten erfolgt sein sollten, habe dies nichts mit einem Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu tun gehabt, sondern höchstens damit, dass sich die Klägerin als Eigentümerin der betreffenden Überbauung eingebracht habe (act. 22 Rz. 9). Demnach hat H._____ allenfalls in ihrem Namen – als Eigentümerin – Anweisungen und Instruktionen gegenüber der Beklagten erteilt, und scheint dazu ermächtigt gewesen zu sein. Bereits deshalb erscheint die behauptete Unkenntnis der Klägerin über das Vertreterhandeln von H._____ nicht glaubhaft. Selbst wenn sie davon aber tatsächlich nichts gewusst hätte, hätte sie es aufgrund der engen Zusammenarbeit zwischen ihr und H._____ und angesichts der intensiven Kommunikation zwischen H._____ und der Beklagten, welche wie bereits erwähnt teilweise in Kopie an die Organe der Klägerin ging, erfahren müssen. Wenn die Klägerin es hinsichtlich der Zahlungszusicherungen von H._____ gegenüber der Beklagten (act. 18/7) für massgeblich hält, ob er diese von der Klägerin mitgeteilt erhaben habe, ist ihr zu widersprechen. Es kommt nach dem Gesagten einzig darauf an, ob sich die Klägerin von H._____ abgegebene Zahlungszusicherungen nach Treu und Glauben zurechnen lassen muss, weil die Beklagte darauf vertrauen durfte. Das ist der Fall. Wie die Vorinstanz gestützt auf die E-Mailkorrespondenz zwischen den Parteien (vgl. act. 18/4-7) zutreffend ausführte, lief die längerdauernde

Vertragsabwicklung von der Zustellung der Offerte, der Besprechung und Unterzeichnung der Offerte am 12. März 2019 (act. 18/4-6) und der nachfolgenden Kommunikation zwischen den Parteien betreffend Auslösung von Zahlungen und Ausführung der Arbeiten über H._____ als Leiter Baumanagement der Klägerin (act. 31 S. 10). Nach Erhalt und Unterzeichnung der besagten Offerte vom 12. März 2019 mit den darauf vermerkten handschriftlichen Änderungen und nach Erinnerung an die vereinbarte Akonto-Zahlung seitens der Beklagten vom 24. April 2019 (act. 18/4-6) schrieb H._____ am 28. April 2019 mit E-Mail an I._____, es sei für sie wichtig und dringend, dass die Arbeiten in den Appartements umgehend und dringend erledigt würden (act. 18/7). Auf nochmalige Frage nach der Anzahlung, schrieb H._____ mit E-Mail vom 6. Mai 2019, sie würden die Zahlung auslösen, sobald die Montagearbeiten und Installationsarbeiten in den Appartements durchgeführt worden und abgeschlossen seien (act. 18/7). Die Vertragsabwicklung hatte sich bis zu diesem Zeitpunkt über knapp zwei Monate hingezogen. In diesem Zeitraum hätte die Klägerin (so zu Recht die Vorinstanz) gegen die Handlungen von H._____ einschreiten müssen. Das hat sie unbestritten nicht getan. Die Beklagte durfte in dieser Situation annehmen, dass der Klägerin das Vertreterhandeln von H._____ als Leiter Baumanagement bekannt war. Dass es sich hinsichtlich des unwidersprochen gebliebenen Vertreterhandelns von H._____ um einen einmaligen, in sich geschlossenen Vorgang handelt, trifft demnach nicht zu. Mit der Duldung seines Handelns bzw. fehlendem Einschreiten dagegen trotz Möglichkeit dazu erweckte die Klägerin den Anschein einer derartigen Vertretungsberechtigung, auf dem sie zu behaften ist. Die Beklagte ist im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR in ihrem berechtigten Glauben an eine mit der leitenden Funktion von H._____ bei der Klägerin einhergehende Vertretungsbefugnis zu schützen. Die Klägerin ist an die von H._____ unterzeichnete Offerte vom 18. März 2019 gebunden.

2. Die Klägerin kritisiert im Weiteren, dass die Vorinstanz der Beklagten die Forderung in der Höhe von Fr. 24'045.65 zuspreche und die Forderung seitens der Klägerin nicht als substantiiert bestritten erachtet habe, obwohl es hierzu eine Pauschalofferte in der Höhe von Fr. 22'688.60 gebe und die Beklagte ihre Forderung gar nicht substantiiert habe. Die Vorinstanz verkenne, dass es selbstver-

ständig nicht an der Klägerin sei, sondern an der Beklagten, ihre behaupteten Werklohnansprüche zu substantiieren und zu belegen. Die Beklagte habe insbesondere nicht dargetan, wie es zu einer Differenz von 18 Stunden gemäss "Pauschalofferte" (act. 18/4) bzw. 25 Stunden gemäss Schlussrechnung (act. 18/9) gekommen sei (act. 29 Rz. 15).

2.1. Die Vorinstanz ging hinsichtlich der Höhe der Forderung der Beklagten mangels rechtgenügender Bestreitung der Klägerin vom behaupteten Forderungsbetrag von Fr. 24'045.65 aus (act. 31 S. 11). In Bezug auf die Differenz zwischen der Offerte der Beklagten vom 12. März 2019 im Betrag von Fr. 22'688.60 und der Schlussrechnung von Fr. 24'045.65 verwies die Vorinstanz auf die Ausführungen der Beklagten zum in der Schlussrechnung ausgewiesenen, effektiv höheren Aufwand. In der Offerte sei vermerkt gewesen, dass die Leistungen für Installation und Konfiguration nach effektivem Aufwand verrechnet würden (Position "Installation, Konfiguration, Richtwert"). Hierfür sei in der Offerte ein Richtwert von 18 Stunden à Fr. 180.– angegeben worden. Der effektive Aufwand habe jedoch 25 Stunden betragen, was die Differenz zwischen dem Offertpreis und der Schlussrechnung erkläre (vgl. act. 31 S. 11; act. 16 Rz. II.18; vgl. auch act. 23 S. 5).

2.2. Die Klägerin hatte die Offerte als Vertragsgrundlage zwischen den Parteien (act. 18/4), die Schlussrechnung (act. 18/9) und die Bestätigung von N.____ (O.____ AG [Mieterin der Klägerin]) über die Leistungserbringung (act. 18/13) bestritten, ohne sich im Einzelnen zu den behaupteten Leistungen zu äussern (act. 22 Rz. 20). Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass diese Bestreitung nicht genügt. Die Klägerin hatte es unterlassen, die beklagten Ausführungen zur Offerte – es handelt sich, wie die Beklagte in der Berufungsantwort richtig vermerkt (vgl. act. 41 Rz. 24), angesichts der Installation nach Aufwand nicht um einen Pauschal- bzw. Fixpreis nach Art. 373 OR – und zur Berechnung des Schlusstotals im Einzelnen zu bestreiten. Der Umfang der Leistungen, insbesondere auch der Aufwand von 25 Stunden für Installation und Konfiguration, blieb unbestritten. Der Forderungsbetrag von Fr. 24'045.65 ist damit eigentlich begründet. Entgegen ihren eigenen Erwägungen (vgl. nebst act. 31 E. III.2.3. S. 11 auch

E. III.4. S. 19) hat die Vorinstanz indes im Urteilsdispositiv der Aberkennungsklage nicht festgehalten, dass die Forderung im Umfang von Fr. 24'045.65 (nebst Zins zu 5 % seit 20. September 2019) besteht. Vielmehr hat die Vorinstanz die Aberkennungsklage (lediglich) im Umfang von 5% Zins vom 2. September 2019 bis 19. September 2019 *auf Fr. 22'688.60* gutgeheissen und lediglich im Umfang von Fr. 22'688.60 (nebst Zins zu 5 % seit 20. September 2019) definitive Rechtsöffnung erteilt und die Aberkennungsklage damit im Ergebnis als Rechtsmittel gegen den (provisorischen) Rechtsmittelentscheid aufgefasst, was indes deren Charakter verkennt (vgl. BSK SchKG I-STAEHELIN, 3. Aufl. 2021, Art. 83 N 16 m.w.H.). Nachdem die Beklagte dies im vorliegenden Berufungsverfahren nicht moniert und damit des Verbotes der reformatio in peius greift, bleibt es vorliegend bei den im Dispositiv des angefochtenen Entscheides genannten Fr. 22'688.60 nebst entsprechendem Zins.

3. Die Klägerin beanstandet sodann, dass die Vorinstanz die Fälligkeit des Werklohns bejahte. Die Vorinstanz sei von der Ablieferung des Werks ausgegangen, ohne zu berücksichtigen, dass es auf den Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten ankomme und nicht auf die Wünsche der Mieterin. Die O._____ AG sei weder berechtigt noch in der Lage gewesen, das Werk gemäss der vertraglichen Abmachung zwischen der Klägerin und der Beklagten entgegenzunehmen. Das Werk sei daher nie abgeliefert worden, so dass auch keine Fälligkeit des Werklohns eingetreten sei (act. 29 Rz. 18 ff.).

3.1. Die Klägerin bestritt vor Vorinstanz die Fertigstellung, Ablieferung und Inbetriebnahme des Werks (act. 22 Rz. 18 f.; Prot. Vi S. 12). Die Vorinstanz erwog, N._____ habe als CEO der O._____ AG, welche die besagten Appartements mietet, am 13. August 2019 den ordnungsgemässen Erhalt der Waren und die Erbringung der Installations- und Konfigurationsleistung bestätigt (act. 18/13). Die O._____ AG sei zwar nicht Bestellerin, indes habe sie als Mieterin naturgemäss Zugang zu den Installationen, welche in ihren Mieträumlichkeiten erfolgten und werde diese auch nutzen können. Sie sei daher sehr wohl in der Lage, zu beurteilen, ob die Waren geliefert und die Installation und Konfiguration der IP-Netzwerkinfrastruktur effektiv erfolgt seien. Es bestünden daher keine Zweifel da-

ran, dass die Beklagte die vereinbarten Arbeiten tatsächlich ausgeführt habe, mithin das Werk vollendet worden sei, was Grundvoraussetzung für die Ablieferung bilde. Die Ablieferung bzw. Abnahme sei durch Übergabe der Waren sowie hinsichtlich der Erbringung der Installations- und Konfigurationsleistungen durch Zustellung des Lieferscheins an die O._____ AG erfolgt. Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin gehe es bei der Ablieferung bzw. Abnahme des Werkes nur um die Frage, wer berechtigt sei, die erbrachten Leistungen in Empfang zu nehmen. Da die Leistungen der Beklagten für und in den von der O._____ AG gemieteten Appartements erfolgt seien, habe die O._____ AG diese ohne weiteres im Sinne einer Erfüllungsgehilfin für die Klägerin entgegennehmen bzw. in der Terminologie des Werkvertrages abnehmen können. Da der Lieferschein am 13. August 2019 von N._____, CEO der O._____ AG, unterzeichnet worden sei, sei das Werk spätestens am 13. August 2019 abgeliefert worden, womit die Forderung fällig geworden sei (vgl. act. 31 S. 13).

3.2. Was die Klägerin gegen diese Erwägungen vorbringt, ist unbehelflich. Die Ablieferung des Werks – sie allein ist Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns (Art. 372 Abs. 1 OR) – besteht in der Übergabe des vollendeten Werks mit der Absicht der Vertragserfüllung, wobei bei Arbeiten auf Grund und Boden des Bestellers die körperliche Übertragung des Werkes durch eine Mitteilung ersetzt wird. Richtig ist zwar, dass die Vollendungsanzeige bzw. Anzeige über die Ablieferung des Werks, das dem Besteller geschuldet ist, nicht an irgendjemanden gerichtet werden kann, sondern dem Besteller oder dessen Vertreter mitgeteilt werden muss (vgl. Gauch, Werkvertrag, 6. Aufl. Zürich 2019, N 87 ff., 92). Die O._____ AG war aber unbestritten nicht eine unbeteiligte Drittperson, sondern die Mieterin der Klägerin und Nutzerin der streitgegenständlichen IP-Netzwerkinfrastruktur. Sie war daher in der Lage, anstelle der Klägerin die Fertigstellung, Ablieferung und Installation des Werks zu bestätigen. Der Lieferschein der Beklagten (act. 18/10) wurde unbestritten von N._____ als CEO der O._____ AG unterzeichnet und dieser bestätigte die vollständige Installation aller Komponenten (act. 18/13; vgl. act. 22 Rz. 12). Mit einer Vase, die dem Nachbarn übergeben wird (vgl. act. 29 Rz. 20; act. 41 Rz. 28), lässt sich das entgegen der Auffassung der Klägerin nicht vergleichen. Die Klägerin behauptete denn auch nie,

dass das Netzwerk am falschen Ort installiert worden sei. Schwer vorstellbar ist im Übrigen, wie der Klägerin die Installation der Netzwerkinfrastruktur in ihrem Gebäude entgangen sein konnte. Dass es für die Ablieferung auch Pläne, Passwörter und Zugänge bedurft hätte, auf welche die Mieterin kein Anrecht und keinen Zugriff gehabt hätte, behauptet die Klägerin in der Berufung erstmals (act. 29 Rz. 20), obwohl sie dies bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen können – sie erklärt nicht, dass ihr dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war. Es handelt sich somit um ein unechtes Novum, das nicht mehr berücksichtigt werden kann (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Davon abgesehen ist die neue Behauptung auch unsubstantiiert, erläutert die Klägerin doch nicht, welche Pläne, Passwörter und Zugänge ihr fehlen würden bzw. welche ihr als Eigentümerin zukämen und nicht der Mieterin. Die Forderung der Beklagten ist damit fällig. Zum Verzugszins äussert sich die Klägerin in die Berufung nicht. Die Feststellung der Vorinstanz, die Beklagte habe gegenüber der Klägerin eine offene Forderung von Fr. 24'045.65 zuzüglich 5% Verzugszins ab 20. September 2019 (act. 31 S. 14), ist daher zu bestätigen. Die Vorinstanz erachtete die Forderung der Beklagten in diesem Umfang zu Recht als bestehend und fällig.

4. Die Klägerin behauptet in der Berufung (wie schon vor Vorinstanz) für den Fall, dass der Beklagten der Nachweis ihrer Forderung gelinge, sei diese infolge Verrechnung mit einer Gegenforderung der Klägerin in der Höhe von Fr. 100'000.– untergegangen. Die Vorinstanz halte hierzu zwar richtig fest, dass die Beklagte zu Unrecht Fr. 100'000.– von der Klägerin erhalten habe und hierzu eine (widerrechtliche) Vereinbarung vom 18. März 2019 abgeschlossen worden sei, sie verweise dazu jedoch aus unerklärlichen Gründen auf die Beurteilung der Strafbehörden und missachte dadurch Art. 41 OR. Dabei könne laut der Klägerin offen bleiben, ob die Leistungsverweigerung der Beklagten wegen der Zahlungsunfähigkeit ihrer Vertragspartnerin, der P. _____ GmbH, rechtmässig gewesen sei. Denn auf jeden Fall rechtswidrig und damit eine Nötigung darstellend sei das Verhalten der Beklagten, extern und aktiv von der Klägerin zu fordern, die offenen Forderungen zu begleichen, ansonsten man sich im Verhältnis zur P. _____ GmbH auf das Leistungsverweigerungsrecht berufe. Die Klägerin habe sich zu Recht darauf berufen, dass die Beklagte aktiv auf sie zugegangen sei und die Fertigstellung bzw. Wei-

terführung der Arbeiten vor der anstehenden Hoteleröffnung von der Begleichung einer Nichtschuld, nämlich der Bezahlung von Fr. 100'000.– abhängig gemacht und so die Notlage der Klägerin ausgenützt habe, was klar widerrechtlich und nötigend sei. Dies habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, womit sie den Sachverhalt willkürlich festgestellt und Art. 181 StGB verletzt habe. Der Hinweis der Vorinstanz auf den Anspruch auf Eintragung eines allfälligen, hypothetischen Bauhandwerkerpfandrechts sei irrelevant, zumal die Beklagte einen solchen Anspruch gar nicht behauptet habe. Selbstverständlich sei es verwerflich und kriminell, wenn man die Notlage einer Partei zu eigenen Gunsten ausnütze und Drittschulden und Fremdschulden begleichen lasse, um eine rechtzeitige Eröffnung eines Hotels zu ermöglichen (act. 29 Rz. 4, 23 ff.).

4.1. Anders als die Klägerin vorbringt, bejahte die Vorinstanz die Widerrechtlichkeit der Vereinbarung vom 18. März 2019 nicht, sondern verneinte sie. Die Vorinstanz verwies nach dem von der Klägerin monierten – die Entscheidungsbegründung aber ohnehin nicht tragenden – Hinweis auf die Aufgabe der Strafbehörden richtigerweise darauf, dass eine strafrechtliche Nötigung eine zivilrechtliche Haftung aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR nach sich ziehen könne, wofür die Klägerin nach Art. 8 ZGB behauptungs- und beweispflichtig sei. Sie hielt weiter fest, die angekündigte Niederlegung der Arbeiten durch die Beklagte sei nicht als widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Denn die Ankündigung der Beklagten, die Arbeiten niederzulegen und mithin die Vertragserfüllung zu verweigern, könne im Sinne einer Grundvoraussetzung von vornherein nur dann widerrechtlich sein, soweit die Klägerin überhaupt berechtigt sei, die Beklagte zur Vertragserfüllung anzuhalten. Da, wie die Klägerin selber ausführe, zwischen ihr als (Erst-)Bestellerin und der Beklagten als Subunternehmerin kein Vertragsverhältnis bestehe, habe die Klägerin kein Recht gehabt, die Beklagte zu der von der P. _____ GmbH in Liquidation als Unternehmerin geschuldeten Werkleistung anzuhalten. Selbst wenn die Klägerin berechtigt gewesen wäre, die Vertragserfüllung von der Beklagten zu fordern, so sei die angekündigte Niederlegung der Arbeiten dann nicht widerrechtlich, wenn der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht zukomme. Der Vertragspartner des Konkursiten könne nach Art. 83 Abs. 1 OR unter bestimmten Voraussetzungen

seine Leistung verweigern. Die Klägerin hätte zusätzlich darlegen müssen, weshalb die Beklagte vorliegend nicht von diesem Leistungsverweigerungsrecht hätte Gebrauch machen dürfen. Die Vorinstanz berücksichtigte sodann, dass dem Subunternehmer für seine Werklohnforderung nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ein selbständiger Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts an demjenigen Grundstück zustehe, für das er seine Leistung erbracht habe. Dies berge für den Grundeigentümer die Gefahr der Doppelzahlung, einerseits an den insolventen Unternehmer und andererseits an den Subunternehmer, wenn Letzterer sein Pfandrecht geltend mache. Es sei vor diesem Hintergrund weder ungewöhnlich noch verwerflich, dass die Beklagte als Subunternehmerin der konkursierten P._____ GmbH in Liquidation als Unternehmerin von der Klägerin als Grundeigentümerin Sicherheiten verlange, bevor sie weitere Arbeiten erbringe. Darin sei weder ein widerrechtlicher noch ein sittenwidriger Vertragsinhalt im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR zu erblicken. Da keine widerrechtliche Nötigung oder Drohung vorliege, und aus dem Tatsachenvortrag der Klägerin nicht hervorgehe, dass ein Missverhältnis zwischen den beiden vertraglichen Leistungen der Klägerin und der Beklagten gemäss der Vereinbarung vom 18. März 2019 bestehe, könne der klägerische Tatsachenvortrag weder unter den Tatbestand der Furchterregung noch der Übervorteilung subsumiert werden. Schliesslich habe die Klägerin in Bezug auf die Bestätigung der Beklagten in der Vereinbarung vom 18. März 2019, dass sie alle Zahlungen an ihre Subunternehmer geleistet habe, dem widersprechende, offene und in diesem Zeitpunkt fällige Forderungen gegenüber der Q._____ GmbH – einer Subunternehmerin der Beklagten – der Beklagten nicht rechtsgenügend behauptet, so dass den Tatbeständen des Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR die Grundlage entzogen sei (act. 31 S. 15 ff.).

4.2. Wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 181 StGB). Bei der Androhung ernstlicher Nachteile im Sinne von Art. 181 StGB stellt der Täter dem Opfer die Zufügung eines Übels in Aussicht, dessen Eintritt er als von seinem Willen abhängig erscheinen lässt. Ernstlich

sind die Nachteile, wenn ihre Androhung nach einem objektiven Massstab geeignet ist, auch eine besonnene Person in der Lage des Betroffenen gefügig zu machen und so seine freie Willensbildung und -betätigung zu beschränken (vgl. BGE 115 IV 207 E. 2a, S. 211 f.; BGE 122 IV 322 E. 1a, S. 324; BGer 6B_275/2016 vom 9. Dezember 2016, E. 4.2.1). Besteht das "angedrohte" Verhalten in einer rechtmässigen Unterlassung, setzt ein tatbestandsmässiger Nachteil im Sinne von Art. 181 StGB voraus, dass sich dadurch die Lage des "Bedrohten" verschlechtern würde, gemessen an den rechtlichen Ansprüchen oder tatsächlichen Aussichten, die er im Zeitpunkt der Drohung hat (vgl. BGer 6B_1143/2013 vom 22. Mai 2014, E. 3.4; BGer 6B_402/2008 vom 6. November 2008, E. 2.4.2.4; BGer 6B_1257/2016 vom 12. Juni 2017, E. 3.1 und 3.2; Weissenberger, Basler Kommentar StGB, 4. Aufl. 2018, Art. 156 N 17).

4.3. Nach den Ausführungen der Klägerin hatte die Beklagte ihr mitgeteilt, dass sie die Arbeiten am Hotel kurz vor der Eröffnung nur fertigstellen würde, wenn die Klägerin gegenüber der Beklagten die Bezahlung von Schulden der P._____ GmbH bestätige und davon Fr. 100'000.– bezahle, wodurch sie die Klägerin äusserst unter Druck gesetzt habe, so dass die Klägerin dann nach Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung vom 18. März 2019 (act. 3/5) tatsächlich Fr. 100'000.– bezahlt habe (vgl. act. 2 Rz. 10 ff.; act. 22 Rz. 22 ff.). Die Klägerin hält das "Angebot" der Beklagten auf Fertigstellung der Arbeiten gegen Bezahlung von Fr. 100'000.– unter Berufung auf das Leistungsverweigerungsrecht für rechtswidrig, beanstandet aber nicht, dass die Arbeiten gegenüber der P._____ GmbH rechtmässig niedergelegt wurden (act. 29 Rz. 24 f.). Keine Rolle spielt dabei, von welcher Partei die Initiative in Bezug auf die Vereinbarung vom 18. März 2019 ausging. Durfte sich die Beklagte gegenüber ihrer zahlungsunfähig gewordenen Vertragspartei, der P._____ GmbH, auf ein solches Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 83 Abs. 1 OR berufen und die Arbeiten niederlegen, weil die P._____ GmbH die offenen Forderungen der Beklagten nicht beglichen hatte, durfte sie die Weiterführung der Arbeiten auch von der Bezahlung ihrer offenen Forderungen abhängig machen, und zwar nicht nur gegenüber der P._____ GmbH, sondern auch gegenüber der Klägerin. Die Sach- und Rechtslage der Klägerin hat sich durch die In-Aussicht-Stellung, dass die Arbeiten ohne Beglei-

chung der Forderungen der Beklagten eingestellt würden, nicht verschlechtert. Dasselbe drohte ihr auch ohne das "Angebot" der Beklagten, da ihr kein (vertraglicher) Anspruch auf Weiterführung der Arbeiten durch die Beklagte zustand. Dabei wird nicht übersehen, dass sich die Klägerin bei Niederlegung der Arbeiten kurze Zeit vor der Hoteleröffnung als Eigentümerin des Gebäudes in einer schwierigen Situation befand. Die in der E-Mail der Beklagten vom 15. März 2019 (act. 18/4) enthaltene, von der Klägerin als Unter-Druck-Setzung empfundene (vgl. act. 29 Rz. 24; act. 22 Rz. 24) Äusserung: "Entweder finden wir eine Lösung bis 11 Uhr oder Ich werde leider meinen Team Abziehen müssen [sic!]", dürfte für die Klägerin den Ausschlag zum Abschluss der Vereinbarung vom 18. März 2019 bzw. zur Zahlung von Fr. 100'000.– gegeben haben, antwortete sie darauf doch unter anderem: "Stellen Sie uns die Rechnung heute zu, bitte aber auf der Rechnung Leistung/Lieferung bezeichnen" (vgl. act. 18/14). In der E-Mail der Beklagten bzw. ihrem Angebot der Fertigstellung der Arbeiten gegen Bezahlung von Fr. 100'000.– ist indes keine rechtswidrige Forderung zu erblicken. Dass die Beklagte mit der Vereinbarung mehr zu erlangen versuchte, als ihr an offenen Forderungen gegenüber der P._____ GmbH zustand, behauptet die Klägerin nicht und trifft nicht zu (vgl. auch die Präambel der Vereinbarung vom 18. März 2019 [act. 3/5 S. 2], wonach die Schuldnerin P._____ GmbH mit der Bezahlung der erbrachten Arbeiten im Betrag von Fr. 174'723.20 in Verzug sei bzw. eine ausstehende Endforderung von Fr. 204'723.20 bestehe). Die Notlage der Klägerin war durch die Zahlungsunfähigkeit der P._____ GmbH verursacht und nicht durch das Verhalten der Beklagten. Dass unter den gegebenen Umständen die Willens(bildungs- und -betätigungs)freiheit der Klägerin im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 18. März 2019 (noch weiter) eingeschränkt wurde, kann nicht gesagt werden. Im Gegenteil willigte die Klägerin als anwaltlich beratene Person in die Vereinbarung ein, weil sie die Eröffnung des Hotels nicht weiter verzögern wollte und machte sich so zur Schuldnerin des betreffenden Werklohns der Beklagten. Das ist der Inhalt ihrer Verpflichtung, wie sie am 18. März 2019 zwischen der Klägerin und der Beklagten vereinbart wurde: Die Beklagte bestätigte, dass die Arbeiten im Hotel im vollen Umfang abgeschlossen würden, sofern die Klägerin eine Zahlung von Fr. 100'000.– an die Beklagte leistet, so dass sich die offenen Schulden der

P._____ GmbH um diesen Betrag reduzierten (act. 3/5 Ziff. 2 und 3, S. 2). Dass die Klägerin die Vereinbarung nur unter dem (Zeit-)Druck der rechtzeitigen Fertigstellung der Bauarbeiten im Hinblick auf die Eröffnung des Hotels unterzeichnete, war den Umständen geschuldet und ändert daran nichts. Die von der Beklagten geltend gemachte, und mit der Vereinbarung vom 18. März 2019 (act. 3/5) besiegelte Verknüpfung und Abhängigkeit der Weiterführung der Arbeiten von der Bezahlung der offenen Forderungen stellt keine widerrechtliche Nötigung bzw. Drohung dar.

4.4. Auf die ausführlichen, zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu einer Furchterregung nach Art. 29 f. OR, Übervorteilung nach Art. 21 Abs. 1 OR, zum Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und zur absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR (act. 31 S. 17 f.) geht die Klägerin in der Berufung nicht ein bzw. beanstandet diese zu Recht nicht. Ergänzungen dazu erübrigen sich.

5. Im Ergebnis erweist sich die Berufung in allen Punkten als unbegründet. Sie ist abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist hinsichtlich der Abweisung der Aberkennungsklage der Klägerin zu bestätigen. Die mit Urteil vom 26. August 2020 der Vorinstanz (Geschäfts-Nr. EB190561) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____ (Zahlungsbefehl vom 9. September 2019) erteilte provisorische Rechtsöffnung wird damit im Umfang von Fr. 22'688.60 nebst Zins zu 5% seit 20. September 2019 definitiv.

IV. Kosten und Entschädigung

1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 2 - 4) zu bestätigen. Hinsichtlich der Höhe blieb die erstinstanzliche Festsetzung von Gerichtskosten und Parteientschädigung ohnehin zu Recht unbestritten, die Beklagte opponierte auch nicht gegen die Abweisung ihres Antrags auf Ersatz der Mehrwertsteuer. Die unterliegende Klägerin wird zudem zweitinstanzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 24'045.65.

2. Die ordentliche Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist nach § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf rund Fr. 3'400.– festzusetzen, der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in dieser Höhe zu verrechnen.
3. Die von der Klägerin zu leistende Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV – Herabsetzung auf zwei Drittel – auf Fr. 2'800.– festzusetzen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei die Parteientschädigung zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs grundsätzlich ohne Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen, sofern sie nicht belegt, dass sie nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt ist. Die Beklagte verlangt ebenfalls in der Berufungsantwort den Ersatz der Mehrwertsteuer, ohne sich zum Abzug der Vorsteuer zu äussern, so dass ihr auch im Berufungsverfahren die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach (Einzelgericht) vom 13. Dezember 2021 hinsichtlich der Aberkennung der mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamts C._____ (Betreibung Nr. ...; Zahlungsbefehl vom 9. September 2019) betriebenen Forderung im Umfang von 5% Zins vom 2. September 2019 bis 19. September 2019 auf Fr. 22'688.60 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird im Übrigen hinsichtlich der Abweisung der Aberkennungsklage bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 2-4 im angefochtenen Urteil) wird bestätigt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Klägerin und Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'045.65

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Obergerichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Sarbach

MLaw N. Gautschi

versandt am: