

Beschluss vom 12. September 2017

ZK1 2016 37

Mitwirkend Kantonsgerichtspräsident Dr. Urs Tschümperlin,
Kantonsrichter Walter Christen, Hannelore Räber,
Pius Schuler und Jörg Meister,
Gerichtsschreiber lic. iur. Claude Brüesch.

In Sachen **A._____ AG,**
Beklagte und Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwältin B._____

gegen

C._____ AG,
Klägerin und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D._____

betreffend Forderung aus Werkvertrag
(Berufung gegen das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom
29. August 2016, ZEV 2015 19);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Die Klägerin lieferte und montierte in den von der Beklagten und der G._____ gemeinsam genutzten Büroräumlichkeiten in Freienbach eine Glastrennwand zum vereinbarten Preis von Fr. 12'000.00. Das Angebot Nr. zzz der Klägerin vom 26. September 2011 wurde an die Beklagte adressiert (Vi-KB 5). Nachdem diese die Klägerin dazu aufgefordert hatte, die Adresse zu ändern, wurden die Auftragsbestätigung Nr. yyy der Klägerin vom 7. Oktober 2011 und die nachfolgenden Zahlungsaufforderungen an die G._____ adressiert (Vi-KB 6). Die Rechnung wurde von der G._____ nie beglichen. Nachdem diese Firma per 25. November 2013 von Amtes wegen als aufgelöst erklärt worden war (Vi-BB 2), stellte die Klägerin den ausstehenden Betrag von Fr. 12'000.00 der Beklagten in Rechnung (Vi-KB 8-10). Da die Beklagte den Rechnungsbetrag nicht bezahlte, leitete die Klägerin beim Betreibungsamt Pfannenstiel gegen die Beklagte die Betreibung ein und forderte einen Betrag von Fr. 12'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 13. April 2014 (Vi-KB 3). Gegen den am 13. Juni 2014 ausgestellten Zahlungsbefehl erhob die Beklagte am 23. Juni 2014 Rechtsvorschlag (Vi-KB 3).

B. Bei der Schlichtungsverhandlung vor dem Vermittleramt Reichenburg vom 5. Februar 2015 konnten die Parteien keine Einigung erzielen, weshalb gleichentags der Klägerin die Klagebewilligung ausgestellt wurde (Vi-KB 2). Am 13. April 2015 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht March Klage (im vereinfachten Verfahren) gegen die Beklagte ein mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 12'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 13. April 2014 zu bezahlen.
2. In der Betreibung Nr. xxx des Betreibungsamtes Pfannenstil (Zahlungsbefehl vom 13. Juni 2014) sei der Rechtsvorschlag aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

Da die Einigungsverhandlung vom 27. Mai 2015 erfolglos blieb, wurde der Klägerin Frist zur Einreichung der Klagebegründung angesetzt. Mit Klagebegründung vom 29. Juni 2015 hielt die Klägerin an ihren Rechtsbegehren fest.

Am 12. Oktober 2015 reichte die Beklagte die Klageantwort ein mit dem Antrag, es sei die Klage abzuweisen und es sei eventualiter auf die Klage nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Mit Replik vom 3. Dezember 2015 und Duplik vom 15. Februar 2016 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest.

Am 29. August 2016 erkannte der Einzelrichter am Bezirksgericht March Folgendes:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 12'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 13.04.2014 zu bezahlen.
2. Der gegen den Zahlungsbefehl vom 13.06.2014 erhobene Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. xxx des Betreibungsamtes Pfannenstil wird aufgehoben und der Klägerin definitive Rechtsöffnung erteilt für Fr. 12'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 13.04.2014.
3. Die Gerichtskosten von Fr. 1'800.00, welche mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet werden, sowie die Pauschale für das Schlichtungsverfahren von Fr. 300.00 werden der Beklagten auferlegt.
Unter dem Titel Gerichtskostenersatz hat die Beklagte der Klägerin Fr. 2'100.00 zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.
5. [Rechtsmittel.]
6. [Mitteilung.]

C. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte am 29. September 2016 fristgerecht Berufung mit folgenden Rechtsbegehren (KG-act. 1):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts March vom 29.08.2016 (ZEV 15 19) sei aufzuheben.

- 2.1. Die Klage vom 13.04.2015 der Klägerin und Berufungsbeklagten sei abzuweisen.
- 2.2. Eventualiter sei auf die Klage nicht einzutreten.
- 2.3. Subeventualiter sei die Sache zur Durchführung des rechtmässigen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

Mit Berufungsantwort vom 2. November 2016 trug die Klägerin auf Abweisung der Berufung an, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8 % MWST) zulasten der Beklagten (KG-act. 7).

Am 14. November 2016 nahm die Beklagte Stellung zur Berufungsantwort vom 2. November 2016 (KG-act. 9).

Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit für die Berufung erforderlich – in den Erwägungen Bezug genommen;-

in Erwägung:

1. Die Vorinstanz führte aus, die Beklagte habe in der Klageantwort vom 12. Oktober 2015 lediglich eventualiter die örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts geltend gemacht. Da die Einrede der Unzuständigkeit weder bedingungslos noch hauptsächlich angerufen worden sei, habe sich die Beklagte gemäss Art. 18 ZPO auf das Verfahren eingelassen. Daher sei auf die Klage vom 13. April 2015 einzutreten, ohne prüfen zu müssen, ob die Beklagte die AGB der Klägerin global übernommen habe (angef. Urteil, E. 1 S. 3).

a) Die Beklagte bestreitet dies und bringt vor, die Klägerin berufe sich hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit der Vorinstanz auf eine Gerichtsstandsvereinbarung in ihren AGB. Dies setze voraus, dass zwischen den Parteien

ein Vertrag zustande gekommen sei und dass die Beklagte die AGB anerkannt habe. Die Beklagte habe im vorinstanzlichen Verfahren beides bestritten. Bei der Frage, ob zwischen den Parteien ein Vertrag bestanden habe, handle es sich um eine doppelrelevante Tatsache, die bei der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit durch das Gericht als wahr unterstellt werde. Daher müsse das Gericht vorerst prüfen, ob zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen sei. Nur wenn dies zu verneinen und die Klage abzuweisen sei, sei die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung zu überprüfen. Aus diesen Gründen genüge der Eventualantrag des Nichteintretens. Eine Einlassung liege nicht vor. Daher hätte die Vorinstanz den beklagischen Antrag auf Nichteintreten prüfen müssen, was sie aber nicht getan habe (KG-act. 1, S. 22 f. Ziff. 4). Bestehe kein Vertrag, könnten die AGB gar nicht gelten (KG-act. 9, S. 7 Ziff. 10).

Die Klägerin wendet ein, die Beklagte habe sich durch ihre vorbehaltlosen Äusserungen zur Sache anlässlich der Einigungsverhandlung vom 27. Mai 2015 sowie mit Klageantwort vom 12. Oktober 2015 auf das vorinstanzliche Verfahren eingelassen. Die Frage der gültigen Vereinbarung der AGB sei eine einfach relevante Tatsache, da sie lediglich Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Klage habe, mit der materiellen Begründetheit der Angelegenheit aber nichts zu tun habe. Diese Tatsache sei im Rahmen der Eintretensprüfung zu beurteilen. Da die Beklagte den Nichteintretensantrag bloss eventualiter bzw. nicht im Hauptstandpunkt gestellt habe, habe sie sich auf das Verfahren eingelassen (KG-act. 7, S. 13 f. Ziff. 4). Die Beklagte bestreitet dies und hält an ihren Ausführungen fest (KG-act. 9, S. 7 Ziff. 10).

b) aa) Tatsachen sind einfach relevant, wenn sie nur für die Beurteilung einer Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage von Bedeutung sind. Sie sind im Rahmen der Eintretensprüfung zu beweisen, wenn sie von der Gegenpartei bestritten werden. Doppelrelevante Tatsachen sind indessen solche, die sowohl für die Zulässigkeit einer Klage als auch für deren materielle Begründet-

heit relevant sind. Auch wenn solche Tatsachen bestritten werden, sind sie für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klage als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung grundsätzlich unbeachtlich (BGer, Urteil 4A_95/2015 vom 22. September 2015 E. 2.2.3.1; vgl. teilweise auch BGE 137 III 32 E. 2.4.1 S. 35).

bb) Die Klägerin beruft sich für die Zuständigkeit der Vorinstanz auf die AGB, wonach sich der ausschliessliche Gerichtsstand am Sitz der Lieferantin befindet (Vi-KB 7, Ziff. 12). Ohne diese Gerichtsstandsvereinbarung wäre die Vorinstanz nicht zuständig, da die Beklagte in N._____, Kanton Zürich, ihren Sitz hat. Ob die AGB anzuwenden sind oder nicht, ist einzig für die Frage der Zulässigkeit der Klage bzw. der Zuständigkeit der Vorinstanz relevant bzw. nicht auch für die materielle Prüfung des eingeklagten Anspruchs. Deshalb kann die Frage der Globalübernahme der AGB unabhängig davon geprüft werden, mit wem die Klägerin den Vertrag abschloss. Somit kann und muss die Globalübernahme der AGB im Rahmen der Eintretensfrage beurteilt werden (vgl. E. 2 hinten), da der Beweis einer Einlassung der Beklagten auf das Verfahren vor dem Einzelrichter am Bezirksgericht March nicht erbracht werden kann (vgl. E. 1c nachfolgend).

c) aa) Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, wird das angerufene Gericht zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert (Art. 18 ZPO). „Einlassung“ ist der Verzicht auf den gesetzlichen oder ausschliesslich prorogierten Gerichtsstand durch konkludentes Handeln in einem bereits hängigen Prozess und erscheint dergestalt als Sonderform einer Gerichtsstandsvereinbarung. Die Einlassung erfolgt durch die unzweideutige Bekundung der Beklagtenseite, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln (BGE 123 III 35 E. 3b S. 45 f.).

Die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten muss hauptsächlich und unbedingt erhoben werden, braucht aber nicht ausdrücklich zu erfolgen, sondern kann sich auch aus den Umständen ergeben. Die Äusserung zur Sache führt dann nicht zu einer Einlassung, wenn sie subsidiär erfolgt und der Beklagte primär die Unzuständigkeitseinrede geltend macht, sog. hilfsweise Einlassung (Sutter-Somm/Hedinger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N 11 zu Art. 18 ZPO; Berger, in: Hausheer/Walter, Berner Kommentar, Band I, 2012, N 35 zu Art. 18 ZPO). Einlassung liegt vor, wenn der Beklagte mündlich oder schriftlich zur Klage materiell Stellung nimmt, ohne zuvor oder zumindest gleichzeitig die Unzuständigkeitseinrede zu erheben (Berger, a.a.O., N 24 zu Art. 18 ZPO; Infanger, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2017, N 10 zu Art. 18 ZPO, jeweils mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Durch vorbehaltlose Einlassung wird das angerufene (und eigentlich unzuständige) Gericht örtlich zuständig (Infanger, a.a.O., N 12 zu Art. 18 ZPO; Sutter-Somm/Hedinger, a.a.O., N 15 zu Art. 18 ZPO; Berger, a.a.O., N 37 zu Art. 18 ZPO), weshalb eine von den Parteien ursprünglich getroffene Gerichtsstandsvereinbarung aufgehoben wird (Berger, a.a.O., N 38 zu Art. 18 ZPO).

bb) Die Klägerin reichte dem Bezirksgericht am 13. April 2015 eine „vereinfachte Klageschrift“ ein, die keine Begründung enthielt. Am 15. April 2015 stellte die Vorinstanz diese Klageschrift der Beklagten zu (Vi-act. 2), lud die Parteien aber - entgegen Art. 245 Abs. 1 ZPO - nicht zugleich zur Verhandlung vor, bei welcher die Klägerin ihre Klage hätte begründen und die Beklagte diese hätte beantworten können, worauf Replik und Duplik gefolgt wären, alles in mündlicher Form (vgl. Mazan, in: Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., N 13 zu Art. 245 ZPO). Stattdessen fand auf Vorladung der Vorinstanz am 27. Mai 2015 bloss eine Einigungsverhandlung statt (vgl. Vi-act. 5). Ähnlich wie im Schlichtungsverfahren ist hier eine Einlassung, abgesehen von einer ausdrücklichen diesbezüglichen Erklärung, nur mit grosser Zurückhaltung an-

zunehmen, da die Schlichtungsverhandlung sonst ihres Sinngehalts entleert würde. Über die Einigungsverhandlung wurde kein Protokoll erstellt, weshalb der Beweis der Einlassung nicht erbracht werden kann. Bleibt anlässlich der Einigungsverhandlung vom 27. Mai 2015 eine Einlassung der Beklagten in das vorinstanzliche Verfahren unbewiesen, ist zu prüfen, ob sich die Beklagte in der Klageantwort vom 12. Oktober 2015 auf das Verfahren einliess.

cc) Zwar beantragte die Beklagte mit Klageantwort vom 12. Oktober 2015 grundsätzlich Abweisung der Klage und lediglich eventualiter Nichteintreten auf die Klage. Auch nahm die Beklagte ausführlich materiell Stellung zur Klage. Indessen erhob die Beklagte gleichzeitig auch die Unzuständigkeitseinrede, und zwar bereits zu Beginn, indem sie im formellen Teil ausführte, die Klägerin klage nicht am allgemeinen Gerichtsstand, sondern berufe sich auf eine Gerichtsstandsvereinbarung in ihren AGB. Damit behauptete die Klägerin zum einen, dass zwischen den Parteien ein Vertrag bestanden und dass die Beklagte die AGB anerkannt habe. Da die Frage, ob zwischen den Parteien ein Vertrag bestanden habe, als eine doppelrelevante Tatsache aufzufassen sei, werde sie nur bei der Begründetheit (der materiellen Klage) geprüft, bei der Beurteilung der Zuständigkeit aber als wahr unterstellt, weshalb sich die Beklagte dagegen nicht zur Wehr setzen könne (Klageantwort, S. 2). Sodann bestritt die Beklagte im materiellen Teil unter anderem, dass zwischen den Parteien ein Vertrag bestanden habe (S. 7 f. Ziff. 2), da E._____ von der Beklagten für die G._____ gehandelt habe. Daher sei die Klage abzuweisen (Klageantwort, S. 9-11 Ziff. 4). Selbst wenn zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen wäre, hätte die Beklagte die AGB der Beklagten nie (global) übernommen und hätten diese für die Beklagte keine Geltung. Daher bestünde zwischen den Parteien auch keine Gerichtsstandsvereinbarung. Die Beklagte habe sich auf das vorliegende Verfahren auch nicht eingelassen. Falls das Gericht wider Erwarten davon ausgehe, dass zwischen den

Parteien ein Vertrag bestehe, so sei auf die Klage eventualiter mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (Klageantwort, S. 12 Ziff. 5).

Nach dem Gesagten steht zwar fest, dass sich die Beklagte auch materiell zur Sache, nämlich zum Vorliegen eines Vertrages zwischen den Parteien äusserte, und primär Abweisung der Klage bzw. nur subsidiär Nichteintreten auf die Klage beantragte. Die Frage über den Bestand eines Vertrages war aber nach Ansicht der Beklagten eine doppelrelevante Tatsache. Für den Fall, dass ein Vertrag zwischen den Prozessparteien bestünde, erachtet die Beklagte die Gerichtsstandsvereinbarung zufolge Nichtübernahme der AGB gleichwohl als nicht anwendbar. Die Beklagte hielt ausdrücklich ihre Nichteinlassung auf das vorliegende Verfahren fest. Sie wollte sich also trotz ihrer materiellen Äusserungen bewusst nicht auf das vorinstanzliche Verfahren einlassen und beantragte deshalb, wenngleich auch nur eventualiter, Nichteintreten auf die Klage wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit der Vorinstanz. Vor diesem Hintergrund kann nicht geschlossen werden, die Beklagte habe sich in der Klageantwort bzw. im vorinstanzlichen Verfahren auf das vorinstanzliche Verfahren eingelassen.

2. Die Beklagte bringt vor, sie habe die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin nie (global) übernommen, da die Klägerin ihr diese nie zur Kenntnis gebracht habe. Hätten somit die AGB für sie keine Geltung, bestehe keine Gerichtsstandsvereinbarung und es wäre eventualiter auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten, falls zwischen den Prozessparteien ein Vertrag zustande gekommen wäre, was bestritten werde (KG-act. 1, S. 24).

Die Klägerin wendet ein, falls die Beklagte sich auf das Verfahren vor Vorinstanz nicht eingelassen hätte, was bestritten werde, sei die Vorinstanz gleichwohl örtlich zuständig. Denn die klägerischen AGB seien Vertragsbe-

standteil geworden, da in der Offerte wie auch in der Auftragsbestätigung explizit auf die AGB hingewiesen worden sei. Die Beklagte habe ausdrücklich bestätigt, dass sie die AGB auf der Homepage der Klägerin zur Kenntnis genommen und auf eine Aushändigung in Papierform verzichtet habe (KG-act. 7, S. 15 Ziff. 5).

a) Gemäss Art. 17 Abs. 1 ZPO muss das prorogierte Gericht von den Parteien vereinbart worden sein. Der vereinbarte Gerichtsstand muss sich also aus einer übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien ergeben (Berger, a.a.O., N 20 zu Art. 17 ZPO; Füllemann, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, 2016, N 9 zu Art. 17 ZPO; Hedinger/Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 21 zu Art. 17 ZPO; BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274). Nach Art. 17 Abs. 2 ZPO muss die Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht. Nicht erforderlich ist, dass die Willenserklärungen in einem einzigen Dokument oder im Hauptvertragsdokument abgegeben wurden (Berger, a.a.O., N 34 zu Art. 17 ZPO; Füllemann, a.a.O., N 14 zu Art. 17 ZPO). Befindet sich die Gerichtsstandsklausel in einem anderen Dokument wie z.B. in den AGB, genügt ein genereller schriftlicher Verweis auf die fragliche Urkunde (Berger, a.a.O., N 34 zu Art. 17 ZPO), wenn die AGB durch Text nachweisbar sind, wobei ausreicht, dass sie online einseh-, speicher- und druckbar sind (Füllemann, a.a.O., N 18 zu Art. 17 ZPO). Unter dem neuen Recht nach Art. 17 ZPO (und bereits im Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 [GestG]), das mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wurde) kann an der vom Bundesgericht unter Art. 59 aBV entwickelten sog. typographischen Rechtsprechung nicht festgehalten werden, wonach die Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB oder Formularverträgen zum Schutz der geschäftlich unerfahrenen, häufig wirtschaftlich und sozial schwächeren Partei an gut sichtbarer Stelle angebracht und drucktechnisch besonders hervorgehoben werden mussten (Berger, a.a.O., N 39 f. zu

Art. 17 ZPO mit Hinweis auf BGE 118 Ia 294 E. 2a, 109 Ia 55 E. 3a, 104 Ia 278 E. 4 und 93 I 323 E. 5; Füllemann, a.a.O., N 18 zu Art. 17 ZPO mit Hinweis auf BGE 118 Ia 294 E. 2; Infanger, a.a.O., N 31 zu Art. 17 ZPO mit Hinweis auf BGE 118 Ia 297; Wirth, in: Müller/Wirth, Gerichtsstandsgesetz, 2001, N 48 zu Art. 9 GestG mit Hinweis auf BGE 118 Ia 294, 297 und 109 Ia 55, 57; differenzierter: vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Band I, 2014, S. 278-280 N 1140, 1140a und 1142 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, u.a. auf BGer, Urteil 4A_347/2011 vom 10. August 2011 E. 2).

b) Im zweiseitigen Angebot Nr. zzz der Klägerin vom 26. September 2011 betreffend die Glastrennwand an die Beklagte, „I/Referenz: E._____“, wird am Schluss Folgendes erwähnt: „Die Parteien übernehmen die AGB der C._____ AG als Vertragsinhalt. Sie haben die AGB auf www._____.ch / Download zur Kenntnis genommen und verzichten auf die Aushändigung in Papierform“ (Vi-KB 5). Dieselbe Formulierung kann der Auftragsbestätigung an die G._____, „I/Referenz: E._____“, entnommen werden (Vi-KB 6). Die AGB liegen dem Angebot bzw. der Auftragsbestätigung zwar nicht bei, können aber problemlos auf der betreffenden Homepage unter „Download“ heruntergeladen werden. E._____, gemäss Handelsregister Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten mit Einzelunterschrift (Vi-KB 11), nahm dieses Angebot zugestandenermassen zur Kenntnis (vgl. Klageantwort vom 12. Oktober 2015, S. 4 f. N 1.2 und 1.4).

Die AGB bestehen aus zwei Seiten und zwölf Ziffern. Am Schluss wird unter dem Titel „12. Anwendbares Recht, Erfüllungsort und Gerichtsstand“ in Absatz 2 festgehalten, „Der Erfüllungsort und der ausschliessliche Gerichtsstand befinden sich am Sitz der Lieferantin“ (Vi-KB 7). Der Sitz der Lieferantin bzw. der Klägerin kann einfach im Zentralen Firmenregister (Zefix) festgestellt werden und befindet sich in O._____, also klarerweise in der March. Aus der

Adresse der Klägerin (H._____) ergibt sich nichts anderes. Der Beklagten musste somit bewusst sein, dass damit der Gerichtsstand an ihrem Sitz aufgehoben wurde.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vertragsparteien übereinstimmend den Bezirk March als Gerichtsstand vereinbarten.

c) Selbst aus der vom Bundesgericht unter Art. 59 aBV entwickelten sog. typographischen Rechtsprechung vermöchte die Beklagte nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Zwar ist die Gerichtsstandsklausel entgegen der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 109 Ia 55 E. 3a S. 57; BGE 104 Ia 278 E. 3 S. 279; Pra 86, 1997, Nr. 164 E. 1b; BGE 118 Ia 294 E. 2a S. 297 = Pra 82, 1993, Nr. 230; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, a.a.O., S. 278 N 1140a) in den AGB der Klägerin weder an gut sichtbarer Stelle angebracht noch drucktechnisch besonders hervorgehoben. Indessen waren Angebot und Auftragsbestätigung jeweils an E._____ gerichtet. Er ist unbestrittenermassen einziger Verwaltungsrat der Beklagten, einer im Bereich der luft- und wärmetechnischen Industrie tätigen Unternehmung (KG-act. 1, S. 4 Ziff. 1.2; KG-act. 7, S. 3 Ziff. 1.2). E._____ war der Klägerin bereits vor Abschluss des strittigen Vertrags durch eine getätigte Bestellung bekannt (angef. Urteil, E. 2.3 S. 8 Abs. 4; KG-act. 1, S. 20 f. Ziff. 3.5.3 und 3.6 unten). Insoweit steht fest, dass E._____ von der Beklagten über Erfahrung in geschäftlichen Dingen und über rechtliche Grundkenntnisse verfügt. Daher kann von E._____ grundsätzlich vernünftigerweise gefordert werden, dass er die AGB sorgfältig prüft und eine ihm nicht genehme Gerichtsstandsklausel gegebenenfalls ablehnt, auch wenn die AGB dem Angebot bzw. der Auftragsbestätigung nicht beilagen, so aber doch problemlos auf der betreffenden Homepage unter „Download“ heruntergeladen werden konnten (vgl. BGE 118 Ia 294 E. 2a S. 297; BGE 104 Ia278 E. 3 S. 280 f.; BGE 98 Ia 314 E. 5a). Die Klägerin durfte in guten Treuen davon ausgehen, die Beklagte habe von der

vorformulierten Gerichtsstandsklausel tatsächlich Kenntnis genommen und ihr in richtiger Erkenntnis ihres Inhalts zugestimmt (vgl. BGE 118 Ia 294 E. 2a S. 297 = Pra 82, 1993, Nr. 230; BGer, Urteil 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; BGE 109 Ia 55 E. 3a S. 57; BGE 104 Ia 278 E. 3 S. 279; Pra 86, 1997, Nr. 164 E. 1b; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, a.a.O., S. 278 N 1140).

d) Vereinbarten die Klägerin und E._____ übereinstimmend den Bezirk March als Gerichtsstand, ist nachfolgend in materieller Hinsicht zu prüfen, ob E._____ den Vertrag als Organ der Beklagten oder als Vertreter der G._____ schloss.

3. Nach Auffassung der Vorinstanz konnte die Beklagte nicht nachweisen, in fremdem Namen gehandelt zu haben. Die Klägerin habe nach Treu und Glauben nicht erkennen müssen, dass die Beklagte in fremdem Namen gehandelt habe. Es sei der Klägerin nicht gleichgültig gewesen, mit wem sie den Vertrag geschlossen habe. Daher sei die Vertragswirkung bei der Beklagten selbst eingetreten. Eine weitere Prüfung der Vertretungsvollmacht erübrige sich somit (vgl. angef. Urteil, E. 2 S. 4-9).

3.1 a) Die Beklagte bringt vor, die Vorinstanz gehe von einer falschen Beweislast aus. Handeln in fremdem Namen stelle eine rechtsbegründende Tatsache dar und sei im Bestreitungsfall daher von demjenigen nachzuweisen, der daraus Rechte ableite, also von der Klägerin. Diese müsse beweisen, dass die Beklagte ein Eigengeschäft vorgenommen habe (KG-act. 1, S. 8 f. N 2).

Die Klägerin wendet ein, die Beklagte berufe sich in ihrer Argumentation auf eine Minderheitsmeinung von Zäch/Künzler. Nach der herrschenden Lehre sei

zu vermuten, dass ein Geschäft in eigenem Namen vorgenommen werde (KG-act. 7, S. 5 f. N 2).

b) Unbestritten ist, dass E._____ den Vertrag abschloss, und zwar nicht in eigenem Namen. Es stellt sich daher nicht die Frage, ob ein Eigengeschäft (von E._____) vorliegt, sondern ob dieser als Organ der Beklagten oder als Vertreter der G._____ handelte. Somit vermag vorliegend die gesetzliche Vermutung eines Eigengeschäfts nicht zu greifen, ansonsten unterstellt werden müsste, dass E._____ als Organ der Beklagten handelte, was aber gerade strittig ist.

3.2 a) Die Beklagte bringt vor, eine Vertretungswirkung nach Art. 32 Abs. 1 OR setze unter anderem Vertretungsmacht des Vertreters voraus. I._____ von der G._____ habe ihren E._____ direkt und auch stillschweigend beauftragt, die Glaswand bei der Klägerin im Namen und auf Rechnung der G._____ zu bestellen. Zum Beweis offeriert die Beklagte die Befragung von E._____ als Partei und dessen Beweisaussage sowie die Befragung von I._____ und J._____ als Zeugen (KG-act. 1, S. 10 f. N 3.1 und 3.2.1). Dass die Beklagte mit Vertretungsmacht gehandelt habe, werde auch von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt (KG-act. 1, S. 12 N 3.2.3).

Die Klägerin bestreitet das Vorliegen einer ausdrücklichen oder auch stillschweigenden Vertretungsmacht. J._____ könne keine Aussagen zu einem angeblichen Vertretungsverhältnis machen. Die Vorinstanz habe das Vorliegen einer Vertretungsmacht nicht bejaht, sondern lediglich nicht geprüft, da sie bereits das Handeln in fremdem Namen verneint habe (KG-act. 7, S. 6 f. N 3.2a, b und d).

b) Vertretungsmacht ist die Rechtsmacht des Vertreters, mit Wirkung für den Vertretenen zu handeln (Zäch/Künzler, Berner Kommentar, 2014, N 2 zu

Art. 32 OR). Grundsätzlich bedarf die Bevollmächtigung zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form und kann daher auch stillschweigend, insbesondere durch konkludentes Verhalten, erklärt werden. Eine stillschweigende Bevollmächtigung wird oft schon aufgrund des objektiven Sachverhalts bejaht. So wird namentlich angenommen, dass, wer es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer sich als sein Vertreter benimmt, diesem damit die Vollmacht erteilt (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., S. 343 N 1347 f.).

c) Die Klägerin behauptet zu Recht nicht, dass es sich beim Vorbringen der Beklagten und den betreffenden Beweismitteln um Noven handelt (vgl. Klageantwort vom 12. Oktober 2015, S. 9 f. N 4.1 und 4.2), weshalb letztere damit gehört werden kann. Es steht nicht fest, dass I._____ E._____ (ausdrücklich oder stillschweigend) ermächtigte, bei der Klägerin eine Glaswand zu bestellen. Ohne Abnahme der von der Beklagten offerierten Zeugen I._____ und J._____ (vgl. Klageantwort vom 12. Oktober 2015 (S. 9 N 4.1) darf indessen nicht vom Gegenteil ausgegangen werden. Daher ist das angefochtene Urteil des Einzelrichters der March vom 29. August 2016 aufzuheben sowie zur Durchführung des Beweisverfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückweisen, da auch nicht feststeht, dass E._____ von der Beklagten als Organ der Beklagten bzw. nicht im Namen der G._____ handelte (vgl. E. 3.3c und 3.3d hinten). Es kann im jetzigen Zeitpunkt somit offen bleiben, ob die G._____ ein allfälliges Handeln von E._____ von der Beklagten ohne Vertretungsmacht nachträglich genehmigte wie dies die Beklagte behauptet und was von der Klägerin bestritten wird (vgl. KG-act. 1, S. 11 f. N 3.2.2; KG-act. 7, S. 7 N 3.2c). Die Vorinstanz wird dies zu prüfen haben, falls E._____ ohne Vertretungsmacht der G._____ gehandelt hätte.

3.3 Die Vorinstanz kam, ohne einen Beweis abzunehmen, zum Schluss, aus der Offerte vom 26. September 2011 ergebe sich eindeutig, dass die Klägerin

im Zeitpunkt der Erstellung der Offerte davon ausgegangen sei, die Beklagte sei Vertragspartei. Die Beklagte vermöge nicht nachzuweisen, dass sie der Klägerin vor Zustandekommen des Konsenses über die Bestellung einer Glaswand zum Preis von Fr. 12'000.00 das Handeln in fremdem Namen kundgetan habe. Die Beklagte habe die Klägerin erst im Nachhinein dazu aufgefordert, die Rechnung auf die G._____ auszustellen, zumal es im heutigen Geschäftsverkehr üblich sei, eine andere Rechnungsadresse anzugeben. Daran vermöge nichts zu ändern, dass sämtliche spätere Dokumente auf die G._____ gelautet hätten und die Klägerin vorerst versucht habe, den Rechnungsbetrag bei der G._____ einzutreiben (angef. Urteil, E. 2.3 S. 6-8).

a) Die Beklagte bringt vor, ihr E._____ habe gegenüber der Klägerin vor, bei und nach Vertragsabschluss ausdrücklich erklärt, dass er in fremdem Namen handle. Sie legt dar, weshalb sich dies aus dem Faxschreiben und aus der Offerte Nr. zzz der Klägerin vom 26. September 2011 ergebe. Dass die Klägerin die Mitteilung von E._____ von der Beklagten nicht bloss als Änderung der Rechnungsadresse bzw. Zahlungsmodalitäten aufgefasst habe, ergebe sich auch aus den übrigen Dokumenten. Darin sei nicht mehr die im Faxschreiben und in der Offerte vom 26. September 2011 erwähnte Kundennummer vvv, sondern eine neue Kundennummer (uuu) verwendet worden. Allein die Angabe von E._____ als Referenz stelle jedenfalls kein Indiz für ein Eigengeschäft der Beklagten dar. Ausserdem habe die Klägerin während über zwei Jahren erfolglos versucht, den Werklohn bei der G._____ einzukassieren, bevor sie – als ihr klar geworden sei, dass von der G._____ keine Zahlung mehr zu erwarten sei – sich an die Beklagte gewandt habe (KG-act. 1, S. 13-18).

Die Klägerin wendet ein, E._____ habe sich ihr gegenüber nie als Vertreterin der G._____ zu erkennen gegeben. E._____ habe ihr

lediglich mitgeteilt, sie solle im Sinne einer Anpassung der Rechnungsadresse/Zahlungsmodalität die Auftragsbestätigung/Rechnung auf die G._____ umschreiben. Eine solche alternative Rechnungsadresse sei im heutigen Geschäftsverkehr üblich. Nicht ersichtlich sei, weshalb ihre Inkassobemühungen gegenüber der G._____ einen Zusammenhang mit der Kundgabe des Handelns in fremdem Namen haben sollen. Ihre unrichtige Vorgehensweise sei darauf zurückzuführen gewesen, dass die Beklagte die G._____ als Rechnungsadresse angegeben habe (KG-act. 7, S. 8-10 Ziff. 3.3).

b) Handeln in fremdem Namen liegt vor, wenn der Vertreter (bis) zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses dem Dritten (ausdrücklich oder stillschweigend) erklärt, er handle (mit Wirkung) für einen anderen. Dabei kann die "andere Person" ausdrücklich oder stillschweigend benannt oder auf andere Weise bestimmt sein. Entscheidend ist, dass (ausdrücklich oder stillschweigend) aufgezeigt wird, ein Vertretungsgeschäft bzw. keine Eigengeschäft abzuschliessen (Zäch/Künzler, a.a.O., N 28 zu Art. 32 OR; Watter, in: Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2015, N 16 zu Art. 32 OR; vgl. auch BGE 126 III 59 E. 1b S. 64 = Pra 89 Nr. 117; BGE 120 II 202 f.).

c) Unbestritten ist, dass E._____ von der Beklagten sich bei der Klägerin telefonisch meldete, daraufhin K._____, Mitarbeiter der Klägerin, die Büroräumlichkeiten in Freienbach im Beisein von E._____ aufsuchte und dort die Masse für die Glaswand aufnahm. Sodann offerierte die Klägerin der Beklagten mit Datum vom 26. September 2011 unter dem Titel „Angebot Nr.: zzz“ eine Ganzglas-Anlage zum Gesamtbetrag von Fr. 13'020.25 (Vi-KB 5). Folgende Einträge dieses Angebots wurden später handschriftlich durchgestrichen und wie folgt abgeändert: „Angebot Nr. zzz“ wurde ersetzt durch „Bestellung 7.10.11“, die Adresse der Beklagten wurde abgeändert in

„G._____, F._____.str. ttt, P._____ (Ort)“ und der Betrag „Fr. 13'020.25“ wurde ersetzt durch „Fr. 12'000.00“ (Vi-KB 5). Die Kundennummer lautete jeweils „vvv“ und als „I/Referenz“ wurde „E._____“ (von der Beklagten) aufgeführt (Vi-KB 5). Mit Datum vom 7. Oktober 2011 liess die Klägerin der G._____ unter der Kundennummer „uuu“ eine Auftragsbestätigung mit der Überschrift „Auftrag Nr.: yyy“ zu einem Gesamtpreis von Fr. 12'000.05 zukommen, wobei als „I/Referenz“ wiederum „E._____“ erwähnt wurde (Vi-KB 6). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz und des Einwands der Klägerin kann aus der Auftragsbestätigung vom 7. Oktober 2011 nicht zwingend geschlossen werden, die G._____ sei bloss als geänderte bzw. alternative Rechnungsadresse der Beklagten aufzufassen. Ausserdem ist zwischen den Prozessparteien umstritten, ob es im heutigen Geschäftsverkehr, wie die Klägerin behauptet, üblich ist, eine andere Rechnungsadresse anzugeben (KG-act. 7, S. 8 N b), was die Beklagte bestreitet und hierfür ein Gutachten offeriert (KG-act. 1, S. 27 N 6.5).

In der Auftragsbestätigung vom 7. Oktober 2011 (Vi-KB 6) wird nicht mehr die Kundennummer des Angebotes Nr. zzz vom 26. September 2011 (vvv), sondern eine neue Kundennummer (uuu) aufgeführt. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten (vgl. KG-act. 1, S. 16 unten) kann daraus im aktuellen Stand des Beweisverfahrens nicht gefolgert werden, es sei bewiesen, dass die Klägerin Kenntnis vom Handeln von E._____ in fremdem Namen bzw. für die G._____ gehabt habe. Denn die Klägerin trägt dagegen vor, das von ihr verwendete Computerprogramm für die Erfassung von Aufträgen, Offerten, Rechnungen etc. weise jeder Adresse automatisch eine Kundennummer zu und offeriert hierfür L._____ als Zeugin (KG-act. 7, S. 9 f. N e), was von der Beklagten als unglaubhaft bestritten wird und wofür sie ein Gutachten offeriert (KG-act. 9, S. 6 N 7).

Die Klägerin behauptet, bei Vertragsabschluss mit der G._____ hätte sie eine Anzahlung verlangt, wie sie dies bei Neukunden und einem Auftragsvolumen von mehr als Fr. 10'000.00 üblicherweise tue. Da die Beklagte aber bereits ihre Kundin gewesen sei, habe sie auf eine Anzahlung verzichtet. Zum Beweis offeriert die Klägerin ihren Mitarbeiter K._____ (KG-act. 7, S. 9 N 3.3d). Die Beklagte bestreitet dies, da in den AGB der Klägerin eine solche Anzahlungspflicht nicht erwähnt werde (KG-act. 9, S. 6 N 7). Wie es sich darum verhält, kann aufgrund der aktuellen Beweislage nicht festgestellt werden.

E._____ wurde nicht nur in der Offerte vom 26. September 2011 (Vi-KB 5), sondern auch in der Auftragsbestätigung vom 7. Oktober 2011 (Vi-KB 6) als Referenz aufgeführt. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz stellt dieser Umstand indessen kein Indiz für ein Handeln als Organ der Beklagten dar, da bei Angabe einer Person als Referenz diese Person Auskunft (über jemanden) erteilen kann (www.duden.de/rechtschreibung/Referenz), es ausserdem der Logik entspricht, dass E._____ auch in der *Auftragsbestätigung* vom 7. Oktober 2011 weiterhin als Ansprechperson aufgeführt wird, nachdem er bereits in der Offerte als Referenz erwähnt wurde und I._____ unbestrittenermassen häufig auslandabwesend war (vgl. KG-act. 1, S. 5 N 1.4; KG-act. 7, S. 3 N 1.3).

Die Klägerin stellte der G._____ Rechnung für die eingebaute Glastrennwand und mahnte sie am 26. April 2012 und 27. Juni 2012 (Vi-BB 4 und 5). Der Mahnung vom 27. Juni 2012 kann folgender handschriftlicher Vermerk entnommen werden: „Sehr geehrter Herr I._____ Seit dem 12.6.12 habe ich nichts mehr von Ihnen gehört. Sie wollten mich betr. Zahlung informieren! Ich bitte Sie in den nächsten Tagen die Rg. zu begleichen. Danke und Gruss L._____“ (Vi-BB 5). L._____ von der Klägerin war also im Juni 2012 wiederholt in Kontakt mit I._____. Erst nach zweimaligem

Rechnungsruf über die G._____ vom 19. und 20. Februar 2014 (vgl. Vi-BB 6 f.) gelangte die Klägerin mit Schreiben vom 20. Februar 2014 an die Beklagte mit dem Hinweis, dass sie nun bei ihr die Fr. 12'000.00 für die Trennwand einfordern werde (Vi-KB 8). Erst nach dem dritten Rechnungsruf vom 21. Februar 2014 (vgl. Vi-BB 8) bzw. am 3. April 2014 stellte die Klägerin *der Beklagten* Rechnung für die Ganzglas-Anlage (Vi-KB 9). Die Klägerin versuchte also während mehr als zwei Jahren erfolglos, den Geldbetrag für die Glastrennwand bei der G._____ einzukassieren und wandte sich erst an die Beklagte, als ihr klar wurde, dass sie von der G._____ keine Zahlung mehr erhalten würde. Dieses Verhalten der Klägerin stellt ein Indiz dafür dar, dass sie spätestens im April 2012 selber glaubte, den Vertrag mit der G._____ abgeschlossen zu haben bzw. diese nicht nur als geänderte bzw. alternative Rechnungsadresse der Beklagten auffasste. Denn im Wissen um ein Handeln von E._____ als Organ der Beklagten hätte sich die Klägerin wohl viel früher an die Beklagte gehalten. Indessen ist zu beachten, dass der Zeitpunkt des allfälligen *Geschäftsabschlusses* grundsätzlich massgebend ist zur Beurteilung, ob die Klägerin schloss oder hätte schliessen müssen, E._____ handle für die G._____.

Nach dem Gesagten erscheint der Schluss der Vorinstanz, es sei ein Vertrag zwischen der Klägerin und *der Beklagten* zustande gekommen, nicht als zwingend.

d) Die Vorinstanz nahm die von den Prozessparteien hinsichtlich der strittigen Frage, ob E._____ den Vertrag mit der Klägerin im Namen der G._____ abgeschlossen habe, offerierten Beweise nicht ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, den Aussagen der Angestellten der Klägerin könne kein grösseres Gewicht beigemessen werden als der Aussage von E._____. Daher würden sich diese Aussagen beweismässig gegenseitig neutralisieren, weshalb von deren Befragung abgesehen werden könne.

Auf die Zeugenbefragung von I._____ und J._____ werde verzichtet, da selbst die Beklagte nicht geltend mache, dass diese Zeugen das angebliche Telefongespräch vollständig mitbekommen hätten und diese somit bezüglich der mitgeteilten Adressänderung bzw. der allfälligen Mitteilung des Handelns in fremdem Namen nichts bezeugen könnten (angef. Urteil, E. 2 S. 7 Abs. 2).

aa) Die Beklagte bringt vor, da die Vorinstanz das Handeln der Beklagten in fremdem Namen verneint habe, ohne die von ihr offerierten Beweise abzunehmen, sei ihr Anspruch auf Beweisführung und somit ihr rechtliches Gehör verletzt worden (KG-act. 1, S. 25-27 N 6.1-6.4.2).

Die Klägerin wendet ein, die Vorinstanz habe in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme der offerierten Beweise verzichten dürfen. Zum einen sei evident, dass E._____, der einzige Verwaltungsrat der Beklagten, die Ausführungen der Beklagten in deren Rechtsschriften bestätigen würde. Zum anderen sei nicht ersichtlich, inwiefern I._____ und J._____ das Handeln von E._____ in fremdem Namen bzw. für die G._____ bestätigen könnten, zumal die Beklagte solches gar nicht behauptet habe (KG-act. 7, S. 15 f. N 6.1-6.3).

bb) 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. Der bundesrechtliche Beweisführungsanspruch schliesst freilich die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus. Es bleibt dem Sachgericht unbenommen, von beantragten Beweiserhebungen deshalb abzusehen, weil es sie von vornherein nicht für geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen

oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten (BGer, Urteil 5_423/2014 vom 5. November 2014 E. 3.4 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Auch die fehlende Glaubwürdigkeit einer Person schliesst deren Zeugenbefragung generell nicht aus. Ebenso wenig ist eine Person vom Zeugnis ausgeschlossen, wenn sie ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat (Weibel/Walz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 6 zu Art. 169 ZPO; Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander, a.a.O., N 8 und 12 zu Art. 169 ZPO; Rüttschi, in Hausheer/Walter, Berner Kommentar, Band II, 2012, N 5 zu Art. 169 ZPO). Ein Zeuge darf daher durchaus befangen und parteiisch sein. Erst auf dem Weg der Beweiswürdigung wird sich das Gericht mit der Glaubwürdigkeit des Zeugen auseinanderzusetzen haben (Müller, a.a.O., N 12 zu Art. 169 ZPO; Rüttschi, a.a.O., N 6 zu Art. 169 ZPO). Von der Zeugenbefragung ausgeschlossen ist dagegen, wer ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse am Prozessausgang hat und somit zur Anfechtung des Urteils legitimiert ist (Weibel/Walz, a.a.O., N 6 zu Art. 169 ZPO; Rüttschi, a.a.O., N 2 zu Art. 169 ZPO). Solche Personen unterstehen der Parteibefragung und der Beweisaussage (Rüttschi, a.a.O., N 3 zu Art. 169 ZPO). Art. 159 ZPO sieht ausdrücklich vor, dass, wenn eine juristische Person Partei ist, ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt werden.

Das Gericht kann eine oder beide Parteien zu den rechtserheblichen Tatsachen befragen oder von Amtes wegen zur Beweisaussage unter Strafandrohung verpflichtet (Art. 191 Abs. 1 ZPO und Art. 192 Abs. 1 ZPO). Diese Beweismittel sind vollwertig, d.h. sie sind im Verhältnis zu den anderen Beweismitteln nicht subsidiär (Hafner, in: Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., N 4 zu

Art. 191 ZPO; Weibel/Walz, a.a.O., N 6 zu Art. 191/192 ZPO; Bühler, in Hausheer/Walter, a.a.O., N 14 zu Art. 191 und Art. 192 ZPO; Müller, a.a.O., N 32 zu Art. 191 ZPO). Daher entscheidet das Gericht nach Ermessen, in welchem Zeitpunkt des Beweisverfahrens die Parteibefragung oder die Beweisaussage abgenommen werden (Hafner, a.a.O., N 5 zu Art. 191 ZPO; Weibel/Walz, a.a.O., N 6 zu Art. 191/192 ZPO). Diese Beweismittel dienen der Herstellung eines prozessualen Gleichgewichts, wenn der Inhalt einer Vereinbarung bewiesen werden soll, an der auf der einen Seite ein als Zeuge einzuvernehmender Mitarbeiter einer Partei und auf der anderen Seite die Partei selber beteiligt war (Hafner, a.a.O., N 6 zu Art. 191 ZPO). Sie entsprechen allgemein da einem Bedürfnis, wo ausreichende andere Beweismittel fehlen, weil nur die Parteien die zu beweisenden Tatsachen kennen, was insbesondere bei streitigen mündlichen Vereinbarungen der Fall sein kann (Hafner, a.a.O., N 7 zu Art. 191 ZPO; Weibel/Walz, a.a.O., N 4 zu Art. 191/192 ZPO; Bühler, a.a.O., N 16a zu Art. 191 und 192 ZPO). Die Gleichstellung der Parteien gebietet es, beide Parteien zu den gleichen strittigen Tatsachen zu befragen (Hafner, a.a.O., N 8 zu Art. 191 ZPO; Weibel/Walz, a.a.O., N 8 zu Art. 191/192 ZPO; Müller, a.a.O., N 37 zu Art. 191 ZPO). Die Frage, ob das Gericht auf die Beweismittel der Parteibefragung und/oder der Parteiaussage verzichten darf, ist nach den für eine zulässige antizipierte Beweiswürdigung geltenden Regeln zu beantworten (Bühler, a.a.O., N 65 zu Art. 191 und Art. 192 ZPO).

cc) Die Beklagte trug in der Klageantwort vom 12. Oktober 2015 vor, ebenfalls die Klägerin habe bestätigt, dass E._____ stets erklärt habe, im Namen und auf Rechnung der G._____ zu handeln. Die Beklagte offerierte für diese Behauptung auch I._____ als Zeugen sowie die Parteibefragung und Beweisaussage von E._____ (S. 9 unten und S. 10 oben der Klageantwort; Duplik vom 15. Februar 2016, S. 7 unten und S. 11 N 9). Zwar legte die Beklagte mit diesem Vorbringen nicht dar, was E._____ gegenüber

der Klägerin hinsichtlich des Handelns im Namen und auf Rechnung der G._____ genau erklärt haben soll. Indessen kann heute nicht geschlossen werden, die Beklagte vermöge mit den offerierten Personen überhaupt nichts zu beweisen. Die Klägerin machte im vorinstanzlichen Verfahren in diesem Zusammenhang denn auch keine ungenügende Substanziierung geltend. Ausserdem offerierte sie für ihre Gegenbehauptung, die Beklagte habe sich ihr gegenüber nie als Vertreterin der G._____ zu erkennen gegeben, ihre Angestellten K._____ und L._____ als Zeugen (Replik vom 3. Dezember 2015, S. 7 N 4.3). Vor diesem Hintergrund und der unklaren Beweislage durfte die Vorinstanz ohne weitere Beweisabnahmen nicht schliessen, es bleibe unbewiesen, dass E._____ die Glastrennwand nicht im Namen der G._____ bestellt habe. Insoweit ist der Vorinstanz eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorzuwerfen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der Beweisofferte E._____ nicht jede Beweiseignung zum Voraus abgesprochen werden kann. Zwar ist E._____ das einzige Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten und verfügt über Einzelunterschrift (Vi-KB 11). Er hat also nicht nur ein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses, sondern ist faktisch zur alleinigen Anfechtung des vorliegenden Entscheids legitimiert und verfügt somit auch über ein schutzwürdiges rechtliches und tatsächliches Interesse am Prozessausgang. Die Vorinstanz durfte daher von der Befragung von E._____ als Zeugen absehen. Die Beklagte verlangte indessen auch nie dessen Zeugenbefragung, sondern lediglich dessen Parteibefragung und Beweisaussage (vgl. Klageantwort vom 12. Oktober 2015, S. 9 f.; Duplik vom 15. Februar 2016, S. 7 f.). Die Abnahme dieser Beweisofferten durfte die Vorinstanz wegen der noch unklaren Beweislage nicht unterlassen.

3.4. Die Vorinstanz gelangte des Weiteren zum Schluss, dass die Klägerin nicht auf das von der Beklagten behauptete Vertragsverhältnis mit der G._____ habe schliessen müssen und es sei der Klägerin nicht gleichgültig gewesen, mit wem sie den Vertrag schliesse. Zur Begründung führte die

Vorinstanz im Wesentlichen aus, Herr E. _____ sei ihr bereits von vorherigen Auftragsarbeiten bekannt gewesen, weshalb die Beklagte eine grössere Garantie für die Zahlungsfähigkeit geboten habe als die G. _____. Die Klägerin und die Beklagte hätten in einem Vertrauensverhältnis gestanden, wofür ebenfalls der der Beklagten gewährte Rabatt spreche. Auch habe E. _____ K. _____ von der Klägerin anlässlich der Besichtigung der Örtlichkeiten empfangen und instruiert. Zwar seien die Büroräumlichkeiten von der G. _____ und der Beklagten gemeinsam benützt worden. Doch sei die G. _____ bzw. I. _____ nie in Erscheinung getreten. Es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte der Klägerin mitgeteilt habe, ob und in welchem Verhältnis die beiden Unternehmungen stünden. Für die Klägerin sei der Anschein entstanden, dass die Glastrennwand für die Benützung der Beklagten vorgesehen gewesen sei (angef. Urteil, E. 2.3 S. 8 f.).

a) Die Beklagte legt dar, weshalb die Klägerin aus den Umständen habe schliessen müssen, dass E. _____ von der Beklagten die G. _____ vertreten habe und es der Klägerin gleichgültig gewesen sei, mit wem sie den Vertrag schliesse (vgl. KG-act. 1, S. 19-21 N 3.4.1 – 3.5.3). Die Klägerin bestreitet diese Vorbringen (vgl. KG-act. 7, S. 10-12 N 3.4 – 3.5).

b) aa) Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse (Art. 32 Abs. 2 OR). Das Handeln in fremdem Namen kann stillschweigend erfolgen, wenn der Dritte nach den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, was nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist (Zäch/Künzler, a.a.O., N 45 zu Art. 32 OR; Watter, a.a.O., N 17 f. zu Art. 32 OR). Eine solche Auslegung kommt nur dann in Frage, wenn nach dem Wortlaut des Vertrages Zweifel bestehen, ob jemand diesen in ei-

genem Namen oder als direkter Stellvertreter abschloss (Zäch/Künzler, a.a.O., N 45 zu Art. 32 OR). Stillschweigendes Handeln für einen andern liegt etwa vor bei Verträgen, die in den Geschäftsräumen (eines Verkaufsgeschäfts, eines Gewerbe- oder Dienstleistungsbetriebes, etc.) abgeschlossen werden, oder bei Geschäften, bei denen die Korrespondenz auf den Namen des Vertretenen geführt wird oder bei denen Bestellungen, Rechnungen, Lieferungen etc. an die Adresse des Vertretenen gesandt werden (Zäch/Künzler, a.a.O., N 47 zu Art. 32 OR). Die (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung, in fremdem Namen zu handeln, muss spätestens bei Vertragsabschluss erfolgen, ansonsten liegt ein Eigengeschäft vor, es sei denn, dem Dritten sei es gleichgültig, mit wem er den Vertrag schliesse (Zäch/Künzler, a.a.O., N 54 zu Art. 32 OR).

bb) Unbestritten ist, dass E._____ von der Beklagten sich bei der Klägerin telefonisch meldete, daraufhin K._____, Mitarbeiter der Klägerin, die Büroräumlichkeiten in Freienbach im Beisein von E._____ aufsuchte und dort die Masse für die Glaswand aufnahm (vgl. E. 3.3c vorne). Umstritten ist dagegen, ob die G._____ alleinige Mieterin der Büroräumlichkeiten war, in welche die Glastrennwand eingebaut wurde, und ob das von ihr und von der Beklagten benützte Büro mit der Firma „G._____“ beschriftet war. Für letzteres offeriert die Beklagte die Befragung von E._____ als Partei und dessen Beweisaussage sowie die Befragung von M._____ und I._____ als Zeugen (KG-act. 1, S. 19-21 N 3.4.3 und 3.6; KG-act. 7, S. 10 N 3.4 und S. 12 N 3.6). Gestützt auf die aktuelle Beweislage steht somit nicht fest, dass die Klägerin allein aufgrund der Räumlichkeiten hätte schliessen müssen, E._____ handle im Namen der G._____. Nicht relevant sind die weiteren von der Klägerin behaupteten Umstände betr. deren Korrespondenz mit I._____ bzw. der G._____ und die seinerzeitige Gehörlosigkeit von E._____ bzw. die Nutzbringung einer Trennwand für E._____ (vgl. KG-act. 1, S. 19 N 3.4.3 und S. 21 N 3.6; KG-act. 7, S. 12 f. N 3.6; KG-

act. 9, S. 7 N 9), da insbesondere die stillschweigende Erklärung, in fremdem Namen zu handeln, spätestens bei Vertragsabschluss erfolgen muss. Ob nach dem Gesagten die Klägerin auf das von der Beklagten behauptete Vertragsverhältnis mit der G._____ schliessen musste, wird die Vorinstanz nach der Klärung der noch offenen Fragen, ob E._____ als Organ der Beklagten oder mit Vollmacht und im Namen der G._____ die Glastrennwand bei der Klägerin bestellte (vgl. E. 3.2 und 3.3 vorne), allenfalls noch zu prüfen haben.

c) aa) Die Gleichgültigkeit des Dritten bezieht sich auf den Vertreter und den Vertretenen, wobei beim Vertreter ein Vertretungswille vorliegen muss (Zäch/Künzler, a.a.O., N 90 zu Art. 32 OR; Watter, a.a.O., N 20 zu Art. 32 OR). Gleichgültigkeit darf im Allgemeinen nur bei Bargeschäften, die Zug um Zug abgewickelt werden, angenommen werden, oder dann, wenn der Gläubiger vollständig gesichert ist. Dies gilt insbesondere beim Kauf vertretbarer Waren wie bei Bargeschäften des Kleinhandels. Zurückhaltung mit der Annahme der Gleichgültigkeit ist immer dann geboten, wenn der Dritte seinem Vertragspartner „Kredit“ einräumt oder wenn Vertragsabschluss und Erfüllung weit auseinander liegen (Zäch/Künzler, a.a.O., N 112 zu Art. 32 OR).

bb) Die Klägerin bestreitet nicht, dass bei der Beklagten ein Vertretungswille bestand (vgl. KG-act. 1, S. 20 N 3.5.3; KG-act. 7, S. 11 f. N 3.5).

Unbestritten ist, dass die Klägerin Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit der Beklagten hatte, da Letztere bereits früher ihre Kundin war (vgl. KG-act. 1, S. 20 N 3.5.3). Wäre also die Beklagte Vertragspartei gewesen, hätte für die Klägerin keine Veranlassung bestanden, sich hinsichtlich des Geschäfts bzw. der Bezahlung der Kaufpreissumme von Fr. 12'000.00 abzusichern. Wäre aber die G._____ Vertragspartei gewesen, ist fraglich, ob für die Klägerin keine solche Veranlassung bestanden hätte, zumal es sich vorliegend offenkundig

nicht um ein Bargeschäft handelt. Wie es sich darum verhält, bzw. ob die Klägerin bei Neukunden und einem Auftragsvolumen von über Fr. 10'000.00 üblicherweise eine Anzahlung verlangt, ist umstritten (vgl. Replik vom 3. Dezember 2015, S. 8 N 4.4; Duplik vom 15. Februar 2016, S. 13 N 11), kann aufgrund der aktuellen Beweislage aber nicht beurteilt werden. Denn zum einen wird in den AGB der Klägerin (Vi-KB 7) eine Anzahlungspflicht nicht ausdrücklich erwähnt. Zum anderen kann – entgegen dem Vorbringen der Beklagten (vgl. KG-act. 1, S. 20 N 3.5.3) – aus dem Umstand, dass die Klägerin mit Datum vom 7. Oktober 2011 der G._____ eine Auftragsbestätigung zukommen liess (Vi-KB 6), nicht zwingend geschlossen werden, die G._____ sei bloss als geänderte bzw. alternative Rechnungsadresse der Beklagten aufzufassen (vgl. E. 3.3c vorne), weshalb auch nicht gegenteilig angenommen werden kann, die G._____ sei Vertragspartnerin der Klägerin gewesen. Falls nötig, wird die Vorinstanz daher zu klären haben, in welchen Fällen die Klägerin vom Besteller üblicherweise eine Anzahlung verlangt. Dabei wird sie entscheiden müssen, welche der von den Parteien offerierten Beweise – Befragung von K._____ als Zeuge sowie Befragung von E._____ als Partei oder dessen Beweisaussage (vgl. Replik vom 3. Dezember 2015, S. 8 N 4.4; Duplik vom 15. Februar 2016, S. 13 N 11) – sie abzunehmen hat.

4. Zusammenfassend steht fest, dass sich die Beklagte auf das Verfahren vor Bezirksgericht March nicht einliess (vgl. E. 1 vorne), aber gleichwohl auf die Klage einzutreten ist (vgl. E. 2 vorne). Die Vorinstanz trat ebenfalls auf die Klage ein, wenn auch mit anderer Begründung (Einlassung der Beklagten auf das Verfahren). Die Klägerin obsiegt somit im Berufungsverfahren hinsichtlich der Eintretensfrage. Im Weiteren ist der Hauptantrag der Beklagten (Abweisung der Klage) nicht spruchreif, sondern es ist in Gutheissung des beklagti-schen Subsubeventualantrags das angefochtene Urteil der Vorinstanz vom 29. August 2016 aufzuheben sowie die Sache zur Durchführung des Beweis-

verfahrens und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit ist auch die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung aufzuheben.

Aus diesen Gründen sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf pauschal Fr. 2'500.00 festzusetzen, den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und vom Kostenvorschuss der Beklagten von Fr. 2'500.00 zu beziehen, weshalb die Klägerin zu verpflichten ist, der Beklagten unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 1'250.00 zu bezahlen. Daher sind die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren gegenseitig wettzuschlagen;-

beschlossen:

1. Auf die Klage wird eingetreten.
2. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom 29. August 2016 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens von pauschal Fr. 2'500.00 werden den Parteien je zur Hälfte bzw. zu je Fr. 1'250.00 auferlegt. Sie werden vom geleisteten Kostenvorschuss der Beklagten von Fr. 2'500.00 bezogen. Die Klägerin hat der Beklagten unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 1'250.00 zu bezahlen.
4. Die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren werden gegenseitig wettgeschlagen.
5. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt 12'000.00.
6. Zufertigung an Rechtsanwältin B. _____ (2/R), Rechtsanwalt D. _____ (2/R) und an die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Er-

ledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtspräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

13. September 2017 kau