

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP210007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Urteil vom 7. Juni 2021

in Sachen

A._____ Switzerland AG,
Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 10. Abteilung des Einzelgerichts am
Bezirksgericht Zürich vom 8. Dezember 2020 (FV200027-L)**

Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 24'235.20 zu zahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin auf die genannte Forderung einen Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2019 zu leisten.
3. Der durch die Beklagte in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes St. Gallen erhobene Rechtsvorschlag sei im Umfang der gemäss Ziff. 1 und 2 der vorliegenden Rechtsbegehren gestellten Forderungen zu beseitigen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich
vom 8. Dezember 2020 (Urk. 41 S. 10 f.):**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 4'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilungssatz]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 40 S. 2):

- "1. Das Urteil der Vorinstanz vom 8. Dezember 2020 sei aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 24'235.20 zu zahlen.
2. Das Urteil der Vorinstanz vom 8. Dezember 2020 sei aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin auf die genannte Forderung einen Verzugszins von 5 % seit 1. Januar 2019 zu leisten.
3. Das Urteil der Vorinstanz vom 8. Dezember 2020 sei aufzuheben und der durch die Berufungsbeklagte in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes St. Gallen erhobene Rechtsvorschlag sei im Umfang der gemäss Ziff. 1 und 2 der vorliegenden Rechtsbegehren gestellten Forderungen zu beseitigen.
4. Eventualiter sei das Urteil der Vorinstanz vom 8. Dezember 2020 aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine nach Streitwert zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen und die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
6. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine nach Streitwert zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen und die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 48 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) ist im Vertrieb von Soft- und Hardwareprodukten sowie der Beratung und Erbringung von Dienstleistungen im EDV- und Multimediabereich tätig. Sie firmiert heute unter "A. _____ Switzerland AG" (zuvor "C. _____ AG"; vgl. Urk. 28/1). Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) erbringt Leistungen im Bereich von keramischen

Wand- und Bodenplatten, insbesondere deren Lieferung und Verlegung (vgl. Urk. 4/5).

Am 28. November 2017 unterzeichneten die Parteien einen "Internet-System-Vertrag". Mit dem Abschluss des Vertrages verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten einen Internetauftritt (eine individuelle "Internet-Webseite") zu erstellen und den Betrieb sowie den Unterhalt desselben während einer Laufzeit von 48 Monaten sicherzustellen. Sodann sollte ein Unternehmensvideo angefertigt werden (Urk. 2 S. 3; Urk. 4/2; Urk. 21 S. 2 f.). Vereinbart wurden einmalige Anschlusskosten von Fr. 300.– und ein monatliches Entgelt von Fr. 660.–, je zuzüglich Mehrwertsteuer (Urk. 4/2).

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 kündigte die Beklagte den Vertrag per 31. Dezember 2018 (Urk. 2 S. 3; Urk. 4/6). Am 20. Dezember 2018 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass für sie "kein wichtiger Grund" ersichtlich sei, der zu einer vorzeitigen Kündigung berechtigen würde, und bestand auf der Einhaltung der vereinbarten Verpflichtungen (Urk. 4/7). Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes St. Gallen vom 3. Juli 2019 betrieb die Klägerin die Beklagte über Fr. 24'235.20 nebst 5 % Zins seit dem 1. Januar 2019 (Urk. 4/8). Gemäss Klägerin entspricht der Betrag dem gesamten Vertragsvolumen von Fr. 34'538.40 abzüglich der durch die Beklagte geleisteten Zahlungen von Fr. 10'303.20 (Urk. 2 S. 3). Die Beklagte erhob am 11. Juli 2019 Rechtsvorschlag (Urk. 4/8).

Mit Klagebewilligung vom 3. Dezember 2019 und Klageschrift vom 7. Februar 2020 machte die Klägerin die vorliegende Klage anhängig (Urk. 1; Urk. 2). Der Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist dem angefochtenen Entscheid zu entnehmen (Urk. 41 S. 2 f.). Die Vorinstanz wies die Klage mit Urteil vom 8. Dezember 2020 ab (Urk. 41 S. 10, Dispositivziffer 1).

2. Gegen das Urteil hat die Klägerin mit Eingabe vom 26. Januar 2021, gleichentags zur Post gegeben, Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen erhoben (Urk. 40). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-39). Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss von Fr. 3'500.– geleistet (Urk. 45; Urk. 46). Die Berufungsantwort datiert vom 23. März 2021 (Urk. 48). Sie wurde - ebenso

wie die weiteren Eingaben der Parteien - der jeweiligen Gegenseite zur Kenntnis gebracht (Urk. 49; Urk. 50-52/1-6; Urk. 54).

3.1. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. Der Berufungskläger hat mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_580/2015 vom 11.04.2016, E. 2.2 [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragene Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.H. auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25.11.2013, E. 2.2.2). Die Anforderungen an die Berufung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (vgl. BGer 4A_496/2016 vom 08.12.2016, E. 2.2.2 m.H.). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 141 III 28 E. 3.2.4 m.w.H.).

3.2. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Noven können in der Berufung jedoch so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (BGE 139 III 466 E. 3.4). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 34).

4. Die Klägerin ist durch das angefochtene Urteil beschwert. Es handelt sich um einen berufungsfähigen Entscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a und 2 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 37; Urk. 40) und der einverlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 45; Urk. 46). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung ist auf die Berufung grundsätzlich einzutreten.

II.

1. Umstritten sind vorliegend die Folgen der von der Beklagten per 31. Dezember 2018 ausgesprochenen Kündigung. Die Parteien vereinbarten eine Mindestlaufzeit des Internet-System-Vertrages von 48 Monaten ab Vertragsschluss (Urk. 4/3 S. 1 und ["umseitig"] Allgemeine Geschäftsbedingungen [fortan AGB] I. Ziffer 3). Ein vertraglich geregeltes Rücktrittsrecht besteht einzig zugunsten der Klägerin, falls sie - wegen Verzug der Beklagten - ihre Pflichten nicht erfüllen kann (vgl. Urk. 4/3 AGB I. Ziffer 4/1 und 5). Die Beklagte kann somit gemäss dem Vereinbarten den Vertrag vor Ablauf der Mindestlaufzeit nicht ordentlich kündigen. Auf die von der Beklagten bereits vor Vorinstanz aufgestellte - und in der Berufung erneuerte - Behauptung, ihrem Gesellschafter sei von der Mitarbeiterin der Klägerin versichert worden, "den Vertrag jederzeit ohne weiteres beenden zu können" (vgl. Urk. 21 S. 6; Urk. 48 S. 11), braucht aufgrund der nachfolgenden Erwägungen nicht weiter eingegangen zu werden.

2. Gemäss Vorinstanz wurde der Internet-System-Vertrag von der Klägerin bis zur Kündigung durch die Beklagte mängelfrei erfüllt (vgl. Urk. 41 S. 6 f.). In rechtlicher Hinsicht qualifizierte die Vorinstanz die Vereinbarung als Innominatvertrag, als einen gemischten Vertrag aus den normierten Vertragstypen Werkvertrag und Auftrag (Urk. 41 S. 7 f.). Die Vorinstanz erachtete es als sachgerecht, auf die Kündigung die auftragsrechtlichen Bestimmungen anzuwenden (Urk. 41 S. 8). Sie sah die Beklagte als berechtigt an, den auf eine bestimmte Laufzeit abgeschlossenen Vertrag gestützt auf Art. 404 OR per 31. Dezember 2018 zu kündigen. Weil keine Kündigung zur Unzeit erfolgt sei, bestehe keine Anspruchsgrundlage für die von der Klägerin geltend gemachte Forderung (Urk. 41 S. 9 f.). Entsprechend wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 41 S. 10).

3. Rechtliche Qualifikation des Internet-System-Vertrages

3.1. Die Klägerin rügt die rechtliche Qualifikation des Vertrages und die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf denselben. Der streitgegenständliche Vertrag sei als Lizenzvertrag zu qualifizieren, womit in erster Linie die entsprechenden Parteivereinbarungen zur Geltung kämen und eine Anwendung von Art. 404 OR ausser Betracht falle (Urk. 40 S. 3 f.).

Zum selben Schluss gelange man, wenn man den geschlossenen Vertrag nicht als Lizenzvertrag qualifiziere. Hauptbestandteil des Vertrages sei die Erstellung einer personalisierten Website für die Beklagte. Diese Leistung sei dem Werkvertragsrecht zu unterstellen. Dass sie, die Klägerin, sich zudem zum Betrieb und laufenden Unterhalt der individuellen Website über die Dauer der vertraglich vereinbarten Laufzeit verpflichtet habe, ändere daran nichts. Durch das Betreiben und Unterhalten der Website werde ein Erfolg (nämlich eine funktionierende Website) geschuldet und nicht nur ein Tätigwerden. Da auch Wartungs- und Serviceverträge als Werkverträge zu qualifizieren seien, unterstehe der Vertrag auch aus dieser Perspektive in erster Linie Werkvertragsrecht. Auf jeden Fall sei bei Wartungsverträgen die Anwendung auftragsrechtlicher Bestimmungen nicht sachgerecht. Ein solcher "Dauer-Werkvertrag" sei als Innominatvertrag zu qualifizieren, bei welchem die Herstellungspflicht des Unternehmers nicht auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt, sondern eine Dauerschuld sei. Solange der auf

bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossene Vertrag andauere, sei der Unternehmer zu ständiger oder wiederkehrender Arbeitsleistung mit bestimmtem Arbeitserfolg verpflichtet. Dies gelte auch für den Wartungsvertrag, worin der Unternehmer sich auf bestimmte oder unbestimmte Dauer verpflichte, eine Einrichtung (z.B. eine EDV-Anlage), eine Maschine, Baute oder andere Sache in einem bestimmten (namentlich betriebsfähigen) Zustand zu erhalten (Urk. 40 S. 4).

Selbst bei Anwendung des Auftragsrechts, so die Klägerin weiter, wäre der Vertrag nicht als reiner Auftrag, sondern als atypisches Auftragsverhältnis zu qualifizieren. Auf das jederzeitige Beendigungsrecht nach Art. 404 OR könne aufgrund seines zwingenden Charakters grundsätzlich nicht verzichtet werden, da der Auftrag regelmässig durch eine ausgesprochene Vertrauensstellung geprägt sei, welche dessen Weiterführung bei Vertrauensstörungen nicht als sinnvoll erscheinen lasse. Auf Dauerschuldverhältnisse schliesse das Bundesgericht die analoge Anwendung des zwingenden Kündigungsrechts jedoch aus, weshalb Art. 404 OR bei gemischten Verträgen nicht zur Anwendung gelange. In der Praxis werde zudem zwischen typischen und atypischen Aufträgen unterschieden. Bei der Erstellung einer Website handle es sich um ein tagtägliches Rechtsgeschäft in der freien Marktwirtschaft, welches keiner besonderen Nähe zwischen den Parteien und deshalb keines besonderen Vertrauensverhältnisses bedürfe. Beim geschlossenen Vertrag handle es sich somit um ein Dauerschuldverhältnis ohne höchstpersönliche Komponente. Der Vertrag wäre als atypischer Auftrag zu qualifizieren, womit Art. 404 OR nicht zwingend anwendbar sei, sondern - wie vorliegend geschehen - eingeschränkt oder ausgeschlossen werden könne (Urk. 40 S. 4 f.).

3.2. Die Vorinstanz erwog, es handle sich um einen Innominatvertrag, nämlich einen gemischten Vertrag aus den normierten Vertragstypen Werkvertrag und Auftrag (sog. Kombinationsvertrag), der sich in verschiedene Teil-Leistungen aufgliedern lasse. Die Gestaltung und Erstellung einer individuellen Website sowie die Herstellung eines Unternehmensvideos hätten klar werkvertragliche Elemente, da sich die Klägerin zur erfolgreichen Herstellung eines Werkes gegen Bezahlung verpflichtet habe. Gleichzeitig seien die Website und das Video wegen der indivi-

duellen Gestaltung aber zu einem gewissen Teil auch urheberrechtlich geschützte immaterielle Güter, zu deren dauerhaften Verwendung die Beklagte ermächtigt gewesen sei. Das Eigentum an der Software und Infrastruktur, welche für die Gestaltung von Websites oder in anderer Weise für die Erbringung der Dienstleistungen unter dem Vertrag verwendet werde, verbleibe gemäss Ziffer 7 der AGB bei der Klägerin. Die Rechte am Webdesign und den Webinhalten gingen dagegen gemäss gleicher Klausel "mit vollständiger Bezahlung des dafür geschuldeten Entgeltes" auf die Beklagte über. Dauerschuldverhältnisse, mit welchen eine Software zur Nutzung überlassen werde, würden in der Regel unter Lizenzverträge subsumiert. Vorliegend werde aber nicht die Software zur Herstellung der Website zur Nutzung überlassen, wie es Ziffer 7 der AGB suggerieren könnte und was einen klassischen Lizenzvertrag darstellen würde, da der Nutzer am Wissensvorsprung des Lizenzgebers partizipiere. Vielmehr werde nur die Website selbst zur Nutzung überlassen, also das individuell gestaltete Werk. Die Rechte daran gingen gemäss dem Vertrag nach Bezahlung auf den Vertragspartner (die Beklagte) über. Die Nutzung einer individuell erstellten Sache, deren Eigentumsrechte wie vorliegend anfangs beim Hersteller blieben, aber nach Ablauf der Vertragslaufzeit auf den Nutzer übergingen, hätten den Charakter eines Werkvertrags, dessen Werk in Raten abbezahlt werde. Ein Lizenzvertrag falle ausser Betracht, da dort die Eigentumsrechte grundsätzlich beim Lizenzgeber verblieben. Das Lizenzvertragsrecht sei somit vorliegend nicht anwendbar. Die weiteren Vertragsleistungen seien der Betrieb und der laufende Unterhalt der Website. Diese auf Dauer ausgelegten Dienstleistungskomponenten hätten auftragsrechtlichen Charakter (Urk. 41 S. 8 f.).

3.3. Unterschieden wird zwischen den im Besonderen Teil des OR oder in einem Spezialgesetz spezifisch geregelten Verträgen (sog. Nominatverträgen) und den Innominatverträgen (vgl. BGE 129 III 604 E. 2.2 = Pra. 2004 Nr. 100). Die Innominatverträge werden in gemischte Verträge (mixti generis) und Verträge eigener Art (sui generis) unterteilt. Die *gemischten Verträge* sind einheitliche Verträge, in denen Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert werden. Die Elemente verschiedener (gesetzlich geregelter oder nicht geregelter) Vertragstypen müssen dabei in solcher Weise gemischt sein, "dass es nicht an-

geht, die Rechtsfolgen im Wesentlichen nur der gesetzlichen Regelung eines einzigen Typus zu entnehmen". Entscheidend ist ferner, dass die verschiedenen Leistungen "als zusammengehörend", also "in Verbindung miteinander" geschuldet werden. Kommt dem atypischen Element lediglich untergeordnete Bedeutung zu, so spricht man von einem typischen Vertrag mit Beimischung, der nicht mehr als Innominatvertrag aufzufassen ist. Gemischte Verträge kommen in verschiedenen Ausprägungen vor: Kombinationsverträge verpflichten eine Partei zu mehreren Hauptleistungen, die je verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sind. *Verträge eigener Art* sind Verträge, die weder gesetzlich geregelt sind noch als typengemischte Verträge verstanden werden können. Entscheidend ist, dass sie sich zu einer besonderen inneren Einheit fügen, mithin nicht bloss eine eigenständige Mischung von Elementen aus (gesetzlich geregelten oder gesetzlich nicht geregelten) Vertragstypen darstellen (vgl. BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 8 ff.).

3.4.1. Gemäss Klägerin handelt es sich beim Internet-System-Vertrag um einen Lizenzvertrag. Nicht von Relevanz ist, dass die Vorinstanz den Vertrag in anderen Verfahren als Lizenzvertrag qualifizierte (vgl. Urk. 40 S. 3 f.; Urk. 44/3-5).

3.4.2. Der Lizenzvertrag ist, je nach Vertragsgestaltung, ein Innominatkontrakt sui generis oder ein gemischter Vertrag. Durch den Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, dem Lizenznehmer die Benutzung eines immateriellen Gutes zu gestatten. Dabei gehört es zur Pflicht des Lizenzgebers, dem Lizenznehmer die Nutzungsmöglichkeit am Lizenzgegenstand zu verschaffen. Im Gegenzug verspricht der Lizenznehmer dem Lizenzgeber in der Regel die Bezahlung einer Lizenzgebühr. Zwischen den Parteien liegt ein Dauerschuldverhältnis vor (vgl. BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 238 f., N 242 und N 250 f.). Das Eigentum am Lizenzgegenstand verbleibt regelmässig beim Lizenzgeber (vgl. hierzu BGE 125 III 263 E. 4a.).

3.4.3. Die Klägerin machte vor Vorinstanz zum Inhalt des Vertrages geltend, dass sie sich mit dem Internet-System-Vertrag dazu verpflichtet habe, für die Beklagte einen Internet-Auftritt zu erstellen und den Betrieb sowie den Unterhalt desselben während der Laufzeit sicherzustellen (Urk. 2 S. 3). Es sei vereinbart

worden, eine Website nach den Wünschen der Beklagten zu erstellen und diese anschliessend auf den Server der Klägerin hochzuladen, zu hosten, zu aktualisieren und zu warten (Prot. VI S. 15). Dies wurde von der Beklagten nicht bestritten.

Gemäss dem Internet-System-Vertrag stellte die Klägerin der Beklagten den "Leistungsumfang (Webpaket): Premium Plus" zur "Nutzung (Partner)" zur Verfügung. Sodann sollte ein Unternehmensvideo erstellt werden (Urk. 4/3 "I. Gegenstand, Systemumfang, Entgelt und Laufzeit"). Aus den umseitigen AGB, welche als wesentlicher Vertragsbestandteil anerkannt wurden (vgl. Urk. 4/3 Frontseite), ergibt sich, dass sich die Klägerin zur Gestaltung, Erstellung, zum Betrieb und zum laufenden Unterhalt einer individuellen Internet-Webseite der Beklagten ("des Partnerunternehmens") sowie zu allfälligen zusätzlichen Dienstleistungen verpflichtete. Es wurde weiter festgehalten, dass sich der Leistungsumfang aus Ziffer I. des umseitigen Vertragsformulars ergebe und für die Leistungspakete deren Leistungsbeschreibung (Stand bei Vertragsabschluss) massgebend seien, die dem Partnerunternehmen bekannt und integrierender Bestandteil des Vertrags seien (Urk. 4/3 AGB I. Ziffer 1.). Gemäss "Leistungsbeschreibung Premium Plus" können die Inhalte der Internetpräsenz auf Wunsch des Partnerunternehmens bis zu dreimal pro Vertragsjahr aktualisiert werden. Die Klägerin stellt das Hosting der Webseiten und der Mailbox sicher und es steht dem Partner zur weiteren Beratung und Betreuung die Hotline des Service Centers zur Verfügung (Urk. 28/3).

Unter "Rechte an Software, Webdesigns und Webinhalten" wurde im Internet-System-Vertrag vereinbart, dass der Klägerin die Urheber- und sonstigen Rechte an der Software und Infrastruktur zustünden, welche für die Gestaltung der Web-sites oder in anderer Weise für die Erbringung der Dienstleistungen unter dem Vertrag verwendet würden. Das Partnerunternehmen erwerbe keinerlei eigene Rechte an dieser Software oder Infrastruktur. Die Urheberrechte und sonstigen Rechte an spezifisch im Auftrag des Kunden gestalteten Webdesigns und Webinhalten gingen mit vollständiger Bezahlung des dafür geschuldeten Entgelts auf das Partnerunternehmen über. Zuvor verblieben diese Rechte bei der Klägerin. Mit dem Übergang der Urheberrechte gemäss dieser Regelung könne das Partnerunternehmen die entsprechenden Inhalte frei nutzen und darüber verfü-

gen. Zuvor stünde ihm das Recht auf vertragsgemässe Nutzung zu, solange es sich nicht im Verzug mit seinen Leistungen befinde (Urk. 4/3 AGB I. Ziffer 7).

3.4.4. Die vertragliche Hauptleistung der Klägerin gemäss Vertrag besteht nicht in der Überlassung von Urheberrechten zur Nutzung, sondern in der Erstellung, dem Betrieb und dem Unterhalt einer individuell für die Beklagte zu erstellenden bzw. erstellten Website. Sodann hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass mit Ziffer 7 der AGB nicht etwa vereinbart wurde, dass der Beklagten die Software zur Herstellung der Website zum Gebrauch überlassen würde, sondern vielmehr die Website selbst, also das individuell gestaltete Werk (Urk. 41 S. 7 f.). Das Eigentum an der Website sollte hingegen mit vollständiger Bezahlung der vereinbarten Entschädigung auf die Beklagte übergehen; zuvor steht der Beklagten ein Nutzungsrecht zu. Die Vertragsklausel dient damit offensichtlich der Absicherung des vereinbarten Entgelts. Die Klägerin macht denn im Rahmen der Schadensbeurteilung selbst geltend, ihre Hauptleistung falle zu Beginn der Vertragslaufzeit an, wenn die Website geplant und umgesetzt werde. Es sei diese Arbeit, die "in erster Linie" durch das über die Laufzeit geschuldete Entgelt abgegolten werde (Urk. 27 S. 3). Die Herstellung und Überlassung individuell erstellter Websites oder Software wird nach der überwiegenden Meinung als Werk- bzw. Werklieferungsvertrag qualifiziert (vgl. Heusler/Mathys, IT-Vertragsrecht: praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, 2004, S. 43; Wolfgang Straub, Gewährleistung und Haftung aus IT-Verträgen, in: Internet-Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, Bern 2009, S. 250). Vorliegend ist nicht von einem Lizenzvertrag auszugehen. Vielmehr enthält der Vertrag mit der Verpflichtung zur Gestaltung und Erstellung einer individuellen Website werkvertragliche Komponenten (vgl. Art. 363 OR).

Hosting bezeichnet das Bereitstellen von Speicherplatz im Internet und das Ablegen von Internetseiten auf dem Server eines Providers, vorliegend der Klägerin. Es weist einen mietrechtlichen Charakter auf. Die Überarbeitung einer Website hat wiederum werkvertraglichen Charakter. Bei den via Hotline zur Verfügung gestellten Services ist zu unterscheiden, welchen Zweck sie verfolgen. Soweit die allgemeine Beratung und Unterstützung dahin geht, Fehler zu beseitigen, haben

die Beratungs- und Unterstützungspflichten keine eigenständige Bedeutung. Sie folgen der Rechtsnatur der sie umfassenden Leistung, damit vorliegend dem Werkvertragsrecht (vgl. hierzu Michael Widmer, Der Softwarepflegevertrag, Diss. Zürich 2000, S. 50). Sodann wird von der Klägerin bei der Aktualisierung der Website nicht bloss ein Tätigwerden, sondern ein Erfolg geschuldet. Ebenso, wenn von ihr während der Laufzeit des Vertrags der Betrieb der Website und damit deren Nutzungsmöglichkeit sicherzustellen ist.

3.4.5. Aus dem Gesagten erhellt, dass - entgegen den Erwägungen der Vorinstanz - keine Vertragskomponenten ersichtlich sind, die es rechtfertigen würden, von einem gemischten Vertrag aus Werkvertrag und Auftrag auszugehen. Die Elemente verschiedener Vertragstypen werden nicht in einer solchen Weise gemischt, "dass es nicht angeht, die Rechtsfolgen im Wesentlichen nur der gesetzlichen Regelung eines einzigen Typus zu entnehmen" (vgl. vorne II./E. 3.3.). Vielmehr erscheint es sachgerecht, auf den Internet-System-Vertrag grundsätzlich Werkvertragsrecht anzuwenden. Zu beachten ist hingegen, dass ein Dauerwerkvertrag vorliegt. Dabei handelt es sich um einen Innominatkontrakt, der sich vom gesetzlich geregelten Werkvertrag des Art. 363 OR dadurch unterscheidet, dass die Herstellungspflicht des Unternehmers nicht auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt, sondern eine Dauerschuld ist. Solange der auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossene Vertrag mit der betreffenden Dauerschuld andauert, ist der Unternehmer zu ständiger oder wiederkehrender Arbeitsleistung mit bestimmtem Arbeitserfolg verpflichtet (vgl. hierzu Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage, 2019, S. 144 f. N 322). Die Sicherstellung der Nutzung sowie der Aktualisierung der Website sowie die Beratung (insbesondere auch mit Bezug auf allfällige Fehlerbehebungen) werden vorliegend für eine Dauer von mindestens vier Jahren geschuldet.

4.1. Der Internet-System-Vertrag sieht für die Beklagte kein vorzeitiges Kündigungsrecht vor. Der Vertrag kann erstmals mit einer Frist von sechs Monaten auf das Ende der Laufzeit von 48 Monaten gekündigt werden (vgl. Urk. 4/3 I. Ziffer 3 AGB). Zwar besteht in der Lehre keine einheitliche Meinung darüber, ob Art. 377 OR, welcher dem Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergü-

tung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers ein jederzeitiges Rücktrittsrecht zugesteht, dispositives Recht darstellt oder nicht (vgl. hierzu Gauch, a.a.O., S. 262 ff. N 582 ff.). Die herrschende Lehre verneint jedoch die sinngemässe Anwendung von Art. 377 OR auf Dauerwerkverträge (vgl. Gauch, a.a.O., S. 268 N 597). Entgegen der Ansicht der Beklagten stellt die vierjährige Vertragsdauer keine übermässig lange Bindung dar. Sie ist nicht sittenwidrig (vgl. Urk. 48 S. 6 f.). Die von den Parteien getroffene Kündigungsregelung verletzt keine zwingenden gesetzlichen Normen. Sie hat Bestand.

4.2. Anzufügen ist, dass, sich die Anwendung von Art. 404 OR nicht rechtfertigt, selbst wenn von einem gemischten Vertrag aus werkvertrags- und auftragsrechtlichen Komponenten ausgegangen würde. Denn stehen verschiedene Parteivereinbarungen nicht als selbständige Verträge nebeneinander, sondern sind sie nach dem Willen der Parteien in der Art miteinander verknüpft und voneinander abhängig, dass ein gemischter Vertrag vorliegt, so wird dieser als Einheit aufgefasst. Es geht nicht an, die einzelnen Vertragsbestandteile einem unterschiedlichen rechtlichen Schicksal zu unterwerfen. Vielmehr ist für jede Rechtsfrage der vertragliche Regelungsschwerpunkt zu ermitteln (vgl. hierzu BGE 139 III 49 E. 3.3. m.H.). Dem Bundesgericht zufolge kann demnach ein gemischter Vertrag nicht dem Recht eines einzigen Vertragstypus unterstellt werden, weil in diesem Fall keines der einzelnen vermengten Typenelemente für sich genommen hinreichend dominant ist, um eine Absorption zu rechtfertigen. Umgekehrt ist es aber in Anbetracht der wechselseitigen Abhängigkeit der verschiedenen vermischten Vertragselemente auch nicht möglich, dass Rechtsfragen, die sich für diese Elemente gleichermassen stellen (z.B. Kündigung), nach Massgabe jeweils unterschiedlicher Typenrechte beantwortet werden (das würde z.B. heissen: Beendigung des auftragsrechtlichen Teils des Vertrages nach Mandatsrecht, des mietrechtlichen Teils des Vertrages nach Mietrecht usw.). Deshalb muss jede Rechtsfrage, die ein gemischter Vertrag aufwirft, isoliert betrachtet und im Zusammenhang untersucht werden, welches der im Vertrag enthaltenen Typenrechte für diese konkrete Frage dominiert. Dieser "Ausdifferenzierungsprozess" erlaubt mithin die Ermittlung eines auf die betreffende Rechtsfrage passenden ein-

heitlichen Nominattypenrechts (vgl. hierzu BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 23 m.H. auf die einschlägige Rechtsprechung).

Die Hauptleistung gemäss Internet-System-Vertrag bildet die Gestaltung und Erstellung der Website. Hernach soll deren Aktualisierung und Nutzung sichergestellt werden. Sodann ist der Vertrag auf Dauer angelegt. Es erschiene nicht sachgerecht, auf den ganzen Vertrag die auftragsrechtlichen Kündigungsvorschriften, insbesondere das jederzeitige Widerrufsrecht nach Art. 404 OR, anzuwenden. So stellt das Bundesgericht für die Frage, ob hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen, vor allem darauf ab, ob nach Art des Vertrages ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unerlässlich ist und ihm besondere Bedeutung zukommt (vgl. BGer 4A_542/2020 vom 03.03.2021, E. 3.3.1). Für beides ergeben sich vorliegend keine Anhaltspunkte.

5. Kündigung durch die Beklagte

5.1. Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, da die Kündigung ohne wichtigen Grund und somit in ungerechtfertigter Weise erfolgt sei, schulde ihr die Beklagte eine Entschädigung für die von ihr bereits geleistete Arbeit sowie für den entgangenen Gewinn. Die Entschädigung entspreche dem gesamten Vertragsvolumen, welches sich auf Fr. 35'538.40 belaufe. Abzüglich der bereits durch die Beklagte geleisteten Zahlungen von Fr. 10'303.20 resultiere eine Forderung ihrerseits von Fr. 24'235.20 (Urk. 2 S. 3 und 4). Die Klägerin hält somit nicht an ihrem Erfüllungsanspruch fest. Vielmehr geht sie von einem (vorzeitigen) antizipierten Vertragsbruch durch die Beklagte aus und verlangt Schadenersatz im Sinne des positiven Vertragsinteresses.

5.2. Unbestrittenermassen hat die Beklagte den Vertrag auf den 31. Dezember 2018 gekündigt. Wie vorangehend dargelegt, liegt ein Dauerschuldverhältnis vor, welches erstmals mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist auf Ende November 2021 hätte gekündigt werden können (vgl. Urk. 4/3 I. Ziffer 3 AGB). Die Beklagte macht nicht geltend, dass ein wichtiger Grund vorgelegen hätte, welcher sie zu einer ausserordentlichen Kündigung berechtigt hätte. Dieser ist auch aus

dem Kündigungsschreiben nicht ersichtlich (vgl. Urk. 4/6). Die Beklagte war zur Kündigung nicht berechtigt.

5.3.1. Ist das positive Interesse geschuldet, hat der Schuldner den Gläubiger in Bezug auf sein Vermögen so zu stellen, wie dieser stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Der Schaden setzt sich zusammen aus dem sog. *damnum emergens* ("auftauchender" Schaden) und dem *lucrum cessans* ("entgangener" Gewinn). Geschuldet ist jedoch nur die unter Abzug ersparter Aufwendungen verbleibende Nettomarge. Die Behauptungs- und Beweislast für den geltend gemachten Schaden im Sinne des positiven Vertragsinteresses obliegt dem Gläubiger (vgl. zum Ganzen BGE 115 II 1 und BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 38a und 60).

5.3.2. Die Klägerin bezifferte das positive Vertragsinteresse in der Klagebegründung pauschal mit dem Vertragsvolumen abzüglich der von der Beklagten geleisteten Zahlungen (Urk. 2 S. 3 und 4). Die Beklagte bestritt in der Klageantwort den geltend gemachten Schaden. Die Klägerin müsse sich anrechnen lassen, was sie durch die Beendigung des Vertrages eingespart habe, so beispielsweise Speicherplatzmiete, laufender Service und Aktualisierungen, Updates usw. (Urk. 21 S. 3). In ihren Ergänzungen zur Klagebegründung anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Oktober 2020 machte die Klägerin geltend, sie habe Anspruch auf das positive Vertragsinteresse, d.h. sie sei so zu stellen, wie wenn die Beklagte ihrer Zahlungspflicht bis zum Ablauf der vereinbarten Laufzeit nachgekommen wäre; dies entspreche grundsätzlich dem Vertragsvolumen. Einsparungen seien ihr keine angefallen, da die Hauptleistung zu Beginn der Vertragslaufzeit anfalle, wenn die zu erstellende Website geplant und umgesetzt werde. In erster Linie werde diese Arbeit durch das über die Vertragslaufzeit geschuldete Entgelt abgegolten. Danach fielen bei ihr nur noch unwesentliche Aufwendungen an, welche vorliegend nicht ins Gewicht fallen würden und deshalb auch nicht zu entsprechenden Einsparungen führten (Urk. 27 S. 3). Unbeachtlich sind die von den Parteien im Rahmen des Berufungsverfahrens zum Schaden gemachten Ausführungen. Sie sind verspätet (vgl. vorne I./E. 3.2.; Urk. 48 S. 9 f.; Urk. 50 S. 2 f.).

5.3.3. Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Der Gegenstand der Behauptungslast richtet sich nach den Normen, auf welche der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle (tatsächlichen) Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, welche ihr Rechtsbegehren stützen. Die Behauptungslast verlangt die Aufstellung eines schlüssigen Tatsachenvortrages, also eines solchen, der bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (BGer 4A_210/2009 vom 07.04.2010, E. 3.2; BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 17 ff.).

Ein schlüssiger Tatsachenvortrag setzt Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der Behauptungen voraus. Dabei genügt es, die Tatsachen "in allgemeiner Weise" zu benennen (BGer 4A_210/2009 vom 07.04.2010, E. 3.5; BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 20). Kommt der Kläger der Behauptungslast nach und ist sein Sachvortrag schlüssig, so hängt das weitere Vorgehen vom Verhalten der Gegenpartei ab. Bestreitet die Gegenpartei die klägerischen Behauptungen, so muss der Kläger dem Gericht genauere Tatsachen vortragen, als dies zur Erfüllung der blossen Behauptungslast nötig war. Es greift die Substantiierungslast. Diese verlangt, den durch die gegnerischen Bestreitungen zu ungenau gewordenen Tatsachenvortrag so weit zu konkretisieren, bis er wiederum als subsumtionsfähig, also schlüssig gelten kann und eine genauere Bestreitung durch den Beklagten sowie die beweismässige Abklärung des Sachverhalts möglich werden (BGer 4A_210/2009 vom 07.04.2010, E. 3.2 und 3.5; BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 20, N 23 und 25).

5.3.4. Vorliegend erscheint bereits zweifelhaft, ob von einer genügenden Substantiierung des Schadens ausgegangen werden kann. So unterliess es die Klägerin nach der Bestreitung des geltend gemachten Schadens durch die Beklagte, diesen näher darzulegen. Sie machte zwar geltend, es seien keine Einsparungen angefallen, weshalb der Schaden sich auf das gesamte Vertragsvolumen beziffere. Hingegen unterliess sie es, ihre Aufwendungen und den entgangenen Gewinn konkret darzulegen. Sie stellte keine dahingehenden Behauptungen auf, wie hoch ihre Personal- und Materialkosten für die Erstellung der Website und de-

ren nachfolgenden Unterhalt, für das Zurverfügungstellen der Hotline sowie das Hosting effektiv waren. Nur wenn diese Behauptungen aufgestellt werden, hat die Beklagte die Möglichkeit, diese konkret zu bestreiten. Es kann nicht an der Beklagten liegen, diese Berechnungen anzustellen und zu behaupten. Ein solches Vorgehen würde zu einer Umkehr der Behauptungs- und Beweislast führen, was nicht angeht (vgl. hierzu BGE 115 II 1). Zwar sieht Art. 247 Abs. 1 ZPO für das vereinfachte Verfahren eine über Art. 56 ZPO hinausgehende Fragepflicht vor, was aber nichts an der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes auch in diesem Verfahren ändert (BK ZPO I-Hurni, Art. 55 N 7). Die Klägerin war bereits vor Vorinstanz anwaltlich vertreten. Sie wurde vom Vertreter der Gegenpartei darauf aufmerksam gemacht, dass sie den Schaden näher darzulegen hat. Die Vorinstanz musste die Klägerin nicht zusätzlich auf diesen Umstand aufmerksam machen (vgl. BK ZPO I-Killias, Art. 247 N 17).

5.3.5. Die Vorinstanz hat der Klägerin mit Verfügung vom 26. Oktober 2020 den Hauptbeweis dafür auferlegt, dass ihr aus der vorzeitigen Beendigung des Vertrages durch die Beklagte ein Schaden entstanden ist. Als Beweismittel liess sie "sämtliche bei den Akten befindlichen, von den Parteien eingereichten Urkunden" zu (Urk. 29 S. 3, Dispositivziffer 1). In den Akten findet sich keine Urkunde, welche den von der Klägerin behaupteten Schaden und ihren entgangenen Gewinn beweisen würde. Aus dem Internet-System-Vertrag ergibt sich lediglich das bei vertragskonformer Erfüllung geschuldete Entgelt. Art. 247 ZPO verlangt nicht, dass die beweisbelastete Partei im Falle einer misslungenen Beweisführung nochmals zur Beweisergänzung aufgefordert wird (vgl. BK ZPO I-Killias, Art. 247 N 17 m.H. auf ZR 108 Nr. 25). Damit wird, falls überhaupt genügend substantiierte Behauptungen vorliegen, der Beweis, dass sich das positive Vertragsinteresse auf Fr. 35'538.40 beläuft, nicht erbracht.

6. Nach dem Gesagten ist die Klage von der Vorinstanz im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden. Offenbleiben kann, auf welche gesetzlichen Verzugsrechte die Klägerin ihren Schadenersatzanspruch abstützen will. Auch diesbezüglich fehlt es an rechtsgenügenden Behauptungen. So führt die Klägerin lediglich aus, sie habe die Beklagte auf die Forderung von angeblich Fr. 24'235.20 schrift-

lich hingewiesen. Trotz mehrfacher Mahnung sei diese Zahlung aber nie geleistet worden (Urk. 2 S. 3).

7. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. Auf die weiteren Rügen der Parteien muss nicht mehr eingegangen werden.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die von der Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren getroffene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist zu bestätigen (vgl. Urk. 41 S. 10 IV. und Dispositivziffern 2 bis 4).

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'500.– festzusetzen. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Die Klägerin hat der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung von Fr. 2'182.95 zuzüglich Fr. 168.10 (7.7 % Mehrwertsteuer), mithin (gerundet) Fr. 2'350.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 8. Dezember 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'350.– zu bezahlen.
5. 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.

6. 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. 24'235.20. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. Juni 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
Im