

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PE110022-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth.

Urteil vom 1. Oktober 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 25. Juli 2011 (FO100144)**

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

1. Am 23. Juli 2009 unterzeichnete die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beklagte) einen "Werbeflächenvertrag" mit der Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Klägerin). In diesem Vertrag verpflichtete sich die Klägerin, für die Beklagte Werbung herzustellen und diese während der Dauer von fünf Jahren auf dem Schulbus der ... Schule in C._____ zu platzieren. Die Beklagte verpflichtete sich, der Klägerin für die Werbelaufzeit pro Jahr Fr. 700.00 bzw. für die gesamte 5-jährige Vertragsdauer Fr. 3'500.00 zu bezahlen (Urk. 4/2).
2. Die Parteien beabsichtigten, auf der Werbefläche das Firmensignet des Restaurants 'D._____' in C._____ anzubringen. Nachdem der Stadtrat C._____ den Weiterbetrieb des Restaurants 'D._____' verboten hatte (vgl. Urk. 29/5), teilte die Beklagte der Klägerin per Mail vom 20. Oktober 2009 mit, "dass die Werbung für das Restaurant 'D._____' zurückgezogen werden" müsse (Urk. 4/5). Die Klägerin teilte der Beklagten daraufhin mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 mit, dass ein kostenloser Rücktritt gemäss Ziffer 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vertrages nicht möglich sei. Die Beklagte schulde der Klägerin den vereinbarten Werbepreis von Fr. 3'500.00 abzüglich der Aufwendungen, die sich die Klägerin infolge Aufhebung des Vertrages erspare (Fr. 29.80 Satzkosten, Fr. 70.05 Grundpreis Druck, Fr. 23.85 Aufziehen der Folie), weshalb die Beklagte Fr. 3'376.30 zu bezahlen habe (Urk.4/6).

2. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 15. Dezember 2010 beantragte die Klägerin dem Bezirksgericht Meilen, die Beklagte zur Zahlung von Fr. 3'632.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 9. Juni 2010 sowie Fr. 250.– Kosten des Friedensrichterverfahrens zu verpflichten (Urk. 2). Der Forderungsbetrag von Fr. 3'632.90 beruht

auf der oben erwähnten Berechnung des Schadens von Fr. 3'376.30 zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer (Urk. 2 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 4/6 und 4/7).

2. Mit Urteil vom 25. Juli 2011 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 23 = Urk. 26).

3. Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 13. September 2011 fristgerecht Beschwerde und stellte folgende Anträge:

" 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 25.07.11 (Geschäft FO100144) sei aufzuheben und i.S.d. klägerischen Anträge gutzuheissen:

Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin zu bezahlen:

Fr. 3'632.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 09.06.2010;

Fr. 250.– Kosten des Friedensrichterverfahrens in E._____.

2. Eventualiter sei die Streitigkeit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

4. Mit Verfügung vom 5. Oktober 2011 wurde das Gesuch der Klägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 30). Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren (Urk. 31) stellte die Beklagte in der Berufungsantwort folgende Anträge (Urk. 33 S. 2):

" Es sei in Abweisung der Beschwerde das Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 25. Juli 2011 (Proz. FO100144) zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Klägerin und Beschwerdeführerin für beide Verfahren."

3. Prozessuales

1. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung, da der angefochtene Entscheid der Klägerin am 26. Juli 2011 schriftlich eröffnet wurde (Urk. 24/2, Urk. 29/3) (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im

Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet; was nicht gerügt wird, hat Bestand. Noven sind grundsätzlich unzulässig (Art. 326 ZPO).

4. Materielles

1. Die Vorinstanz qualifizierte den "Werbeflächenvertrag" als sog. "Dauerwerkvertrag". Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen betreffend der Vertragsqualifikation ist auf die zutreffenden und unbestrittenen Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (vgl. Urk. 26 S. 3).
2. Ein Dauerschuldverhältnis - und damit auch der vorliegende "Dauerwerkvertrag" - kann aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden (Zindel/Pulver, Basler Kommentar OR I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 377 N 2, m.w.H.). Im vorliegenden Fall war im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten, dass die Nichterteilung der Betriebsbewilligung für den Betrieb des Restaurants 'D._____' ein wichtiger Grund für die Auflösung des auf eine Dauer von 5 Jahren abgeschlossenen "Werbeflächenvertrages" ist. Die Klägerin verlangte von der Beklagten denn auch nie die *Erfüllung des Vertrages*, sondern akzeptierte mit Schreiben vom 21. Oktober 2010 die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund, machte jedoch als *Schadloshaltung im Sinn von Art. 377 OR* die Bezahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen geltend (Urk. 4/6). Soweit die Klägerin im Beschwerdeverfahren sinngemäss Argumente gegen die Zulässigkeit einer Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen vorbringt (fehlende Schriftform der Kündigung aus wichtigem Grund, Möglichkeit der Mieterstreckung etc. [vgl. Urk. 25 S. 8 Rz. 12]), werden unzulässige Noven vorgetragen, die im Beschwerdeverfahren nicht zu hören sind (Art. 326 ZPO).
3. Zutreffend und unangefochten hielt die Vorinstanz schliesslich auch fest, dass für die Bestimmung des Schadenersatzes als Folge der Auflösung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund auf Art. 377 OR abzustellen sei. Für die konkrete Berechnung des Schadenersatzes sei auf die Additi-

onsmethode (Vergütung für die bereits ausgeführten Arbeiten inkl. Auslagen zuzüglich des Bruttogewinns, den der Unternehmer bei Fertigstellung des Werkes erzielt hätte) oder die Abzugsmethode abzustellen (vereinbarter Werklohn abzüglich der infolge der Nichtbeendigung der Arbeiten bewirkten Ersparnisse). Auch auf diese Ausführungen kann verwiesen werden (vgl. Urk. 26 S. 4).

4. Gemäss Art. 377 OR hat der Besteller dem Unternehmer die bereits angefallenen Arbeiten zu vergüten und ihn schadlos zu halten, wenn er vom Vertrag zurücktritt. Eine Ausnahmeregel, die den Besteller von der Schadenersatzpflicht befreit, wenn er aus einem wichtigen Grund vom Vertrag zurücktritt, sieht der Wortlaut von Art. 377 OR nicht vor. Dennoch wird überwiegend die Meinung vertreten, dass die Schadenersatzpflicht des Bestellers bei einem Rücktritt aus wichtigem Grund ganz oder teilweise entfallen kann (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 571 mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur). Inwieweit die Schadenersatzpflicht zu reduzieren ist oder allenfalls ganz entfällt, ist eine Ermessensfrage, die das Gericht im Streitfall nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) entscheiden muss (Gauch, a.a.O., N 573). Unabhängig von dieser Ermessensfrage obliegt es dem Unternehmer, alle nach Treu und Glauben zumutbaren Massnahmen zu treffen, die zur Verminderung des Schadens geeignet sind (zur Schadenminderungsobliegenheit vgl. BGE 117 II 156 E. 3a S. 158).
 - a) Zunächst hält die Klägerin zu Recht fest, dass sie in ihrer Eigenschaft als Unternehmerin keine Verantwortung dafür trägt, dass der Beklagten die Betriebsbewilligung für den Betrieb des Restaurants 'D._____' nicht erteilt wurde (Urk. 25 S. 5 f. Rz. 10). Die Klägerin hat somit die Ursache, weshalb die Bewerbung dieses Lokals nutzlos wurde, nicht zu verantworten. Insofern rechtfertigt sich keine Reduktion - und erst recht kein Entfallen - der Schadenersatzpflicht nach Art. 377 OR.
 - b) Zu Recht weist die Klägerin auch darauf hin, dass die Beklagte nach ihren eigenen Angaben schon im Zeitpunkt des Abschlusses des "Werbeflächenvertrages" am 23. Juli 2009 wusste, dass das Restaurant

'D._____' über keine Betriebsbewilligung verfügte (Urk. 25 S. 5 Rz. 10 mit Hinweis auf Prot-VI S. 10). Wenn die Beklagte bei dieser unsicheren Ausgangslage gleichwohl einen "Werbeflächenvertrag" für eine Zeit von 5 Jahren abschloss, hat sie die Folgen einer späteren Auflösung des Vertrages aus wichtigen Gründen grundsätzlich selbst zu tragen.

- c) Umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin eine Obliegenheit trifft, den durch die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund eingetretenen Schaden einzugrenzen (Schadenminderungsobligenheit). Nachdem die Beklagte spätestens mit Mail vom 20. Oktober 2009 die Auflösung des "Werbeflächenvertrages" aus wichtigem Grund erklärt hatte, wäre es Sache der Klägerin gewesen, sich innert nützlicher Frist für einen anderweitigen Verkauf der Werbefläche einzusetzen. Zu Recht weist die Vorinstanz darauf hin, dass keine Bemühungen der Klägerin erkennbar seien, die Werbefläche einem anderen Abnehmer zu verkaufen und dadurch den Schaden zu minimieren; zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 26 S. 5 E. 3). Allerdings ist der Klägerin für die die Suche nach einem entsprechenden Ersatz eine angemessene Zeit einzuräumen. Die Klägerin ist auf den Verkauf von Werbeflächen auf Autos spezialisiert und bewirbt ihre Tätigkeit sowie ihre zahlreichen Partner auch entsprechend (www.A._____.ch). Es dürfte ihr unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände sowie nach der allgemeinen Lebenserfahrung möglich gewesen sein, die durch den Rücktritt der Beklagten vom Vertrag 'freigewordene' Werbefläche innert Jahresfrist anderweitig zu verkaufen. Die Klägerin behauptet denn auch nicht, es sei ihr nicht möglich gewesen, einen Ersatzkunden zu finden. Die Beklagte hat der Klägerin daher ermessensweise die Werbekosten für ein Jahr in der Höhe von Fr. 700.00 zu entschädigen. Der von der Klägerin geltend gemachte Zins von 5% seit dem 9. Juni 2010 ist ausgewiesen (Urk. 2 S. 6 Rz. 15 mit Hinweis auf Urk. 4/11).

d) Mit der ermessensweisen Festsetzung (Art. 4 ZGB) der Entschädigung auf Fr. 700.00 (entsprechend den Werbekosten für 1 Jahr) wird einerseits berücksichtigt, dass die Klägerin keine Verantwortung für die Vertragsauflösung aus wichtigem Grund trifft (oben lit. a) und dass sich die Beklagte trotz unsicherer Ausgangslage (keine Betriebsbewilligung für das Restaurant 'D.____') auf ein Dauerschuldverhältnis von 5 Jahren einliess (oben lit. b). Andererseits wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es die Obliegenheit der Klägerin gewesen wäre, innert nützlicher Frist an Stelle der obsolet gewordenen Werbung für das Restaurant 'D.____' eine andere Kundschaft zu suchen und den durch die vorzeitige Vertragsauflösung bewirkten Schaden einzugrenzen (vgl. oben lit. c).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Klägerin verlangt neben Schadenersatz für die entstandenen Aufwendungen auch den Ersatz der Kosten für das Friedensrichterverfahren im Umfang von Fr. 250.00 (Urk. 25 S. 2). Der Ersatz dieser Kosten ist Teil der Entschädigungsfolgen und in der zuzusprechenden Parteientschädigung enthalten. Die Klägerin obsiegt im Beschwerdeverfahren zu rund 1/5, weshalb ihr die Kosten für das Friedensrichterverfahren im gleichen Umfang zu ersetzen sind, was Fr. 50.– entspricht.
2. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung wurde im Beschwerdeverfahren nicht beanstandet. Zwar wird die Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragt. Gleichzeitig wird die Gutheissung der klägerischen Begehren beantragt, wobei keine Anträge zu den erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen gestellt werden (vgl. Urk. 25 S. 2).
3. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren richtet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 770.– festzusetzen. Die Klägerin unterliegt im vorliegenden Verfahren zu rund 4/5. In diesem Umfang sind ihr auch die Kosten zu auferlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

4. Die Prozessentschädigung richtet sich für das Beschwerdeverfahren nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) und ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 450.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine nach der Verrechnung der gegenseitigen Entschädigungsansprüche auf 3/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 270.– zuzüglich 8% MWSt (vgl. Urk. 33 S. 2) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 25. Juli 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 700.00 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 9. Juni 2010 zu bezahlen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 770.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 4/5 der Klägerin und zu 1/5 der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 154.– zu ersetzen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das friedensrichterliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 50.– sowie für das Beschwerdeverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 291.60 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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. 3'632.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am:
mc