



<b>Fall-Nr.:</b>	VZ.2008.49
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	06.11.2008
<b>Entscheiddatum:</b>	06.11.2008

### Entscheid Kantonsgericht, 06.11.2008

**Art. 363, Art. 394, Art. 404 und Art. 377 OR (SR 220). Die Optimierung einer Webseite, wozu das individuelle Kodieren, die Anpassung des HTML Codes und das Konfektionieren der Keywords gehören, stellt ein geistiges Werk dar; die entsprechenden Leistungen können damit Gegenstand eines Werkvertrages sein. Da die Qualität der Webseite - unter dem Gesichtspunkt der Suchergebnisse - und namentlich die Auswahl der geeigneten Suchbegriffe eine nach objektiven Kriterien überprüfbare Leistung ist, kann ein Arbeitserfolg versprochen werden. Ein SEO- Vertrag ist daher als Werkvertrag zu qualifizieren (Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der III. Zivilkammer, 6. November 2008, VZ.2008.49).**

#### Erwägungen

I.

1. Am 2./7. November 2005 schlossen die B-GmbH und die A-AG, ehemals E-AG, einen Vertrag ab, wonach sich die B-GmbH zu folgender Leistung verpflichtete: "Suchmaschineneintragung mit vorgängiger Optimierung inkl. Webhosting (Start-Up)". Zu optimieren war die Webseite "www.e-ag". Der Vertrag begann am 1. Januar 2006, und es wurde eine Vertragsdauer von zwölf Monaten vereinbart plus zusätzlich drei bzw. fünf Monate Gratislaufzeit (kläg. act. 1 und bekl. act. 1; Klage, 4). In Bezug auf die Vertragsdauer war in Ziffer 6 der Vertragsbedingungen ferner festgehalten:

" Beginn, Dauer und Verlängerung: Dieser Vertrag beginnt mit der beidseitigen Unterzeichnung. Er kann erstmals auf den Ablauf der vereinbarten festen Laufzeit



gekündigt werden. Erfolgt keine Kündigung, verlängert er sich jeweils automatisch um ein weiteres Jahr zum jeweils bei Ablauf der Kündigungsfrist gültigen Standardpreis. Die Kündigungsfrist beträgt 3 Monate. Die Kündigung hat per Einschreiben zu erfolgen. Ein Rücktritt vom Vertrag ist nur aus wichtigem Grund möglich."

Die A-AG bezahlte die gemäss Vertrag geschuldete Entschädigung von Fr. 3'230.- exklusive 7,6% Mehrwertsteuer für das erste Vertragsjahr fristgerecht (Klage, 4; Beschwerde, 3). Mit E-Mail vom 28. Juni 2007 ersuchte die B-GmbH die A-AG, ihr die aktuellen Daten zukommen zu lassen, worauf die A-AG in ihrem E-Mail vom 29. Juni 2007 die Ansicht vertrat, sie habe den Vertrag "vor einiger Zeit nicht weitergeführt"; es sei daher in dieser Angelegenheit nichts mehr zu unternehmen (kläg. act. 5). Am 29. Juni 2007 stellte die B-GmbH der A-AG den Pauschalpreis von Fr. 3'230.- plus Mehrwertsteuer für das zweite Vertragsjahr mit einer Laufzeit vom 1. Juni 2007 bis 31. Mai 2008 in Rechnung (kläg. act. 4). Diese Rechnung bezahlte die A-AG nicht (Beschwerde, 4).

2. Da anlässlich des Vorstandes vom 19. Dezember 2007 keine Einigung erzielt werden konnte (vi-act. 2), reichte die B-GmbH am 19. Februar 2008 beim Kreisgericht Klage ein mit dem Antrag, die A-AG sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 3'475.50 nebst Zins zu 5% seit 7. September 2007 zu bezahlen unter Kosten- und Entschädigungsfolge (Klage, 2). In ihrer Klageantwort vom 25. Februar 2008 beantragte diese die Abweisung der Klage und machte gleichzeitig Aufwands- und Schadenersatzansprüche von insgesamt Fr. 2'984.- geltend (Klageantwort, 2). Mit Entscheid vom 9. April 2008 hiess die Vorinstanz die Klage gut und verpflichtete die A-AG, der B-GmbH Fr. 3'475.50 nebst 5% Zins seit 26. September 2007 zu bezahlen. Gemäss diesem Ausgang des Verfahrens wurden die Gerichtskosten von Fr. 600.- der A-AG auferlegt, und diese wurde zudem verpflichtet, die B-GmbH mit Fr. 1'876.30 für die Parteikosten zu entschädigen (Urteil, 7).

3. Gegen dieses Urteil, versandt am 16. Juni 2008, reichte die A-AG am 18. August 2008 fristgerecht Rechtsverweigerungsbeschwerde ein. Sie verlangt die Aufhebung des Entscheids des Kreisgerichtspräsidiums vom 9. April 2008 (Beschwerde, 2). Die



Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme (Schreiben Kreisgericht vom 1. September 2008), die Beschwerdegegnerin stellt in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2008 den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

II.

1. Die gemäss Art. 79 ZPO von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese erfüllt sind (Art. 254 Abs. 2 und Art. 255 Abs. 1 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Präsidenten der III. Zivilkammer folgt aus Art. 20 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. Aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien ist ferner die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz wie auch des Kantonsgerichts gegeben (kläg. act. 1 Ziffer 9, wonach die Parteien als Gerichtsstand Z vereinbarten).

2. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 254 ff. ZPO ist ein unvollkommenes Rechtsmittel, welches keine allgemeine Überprüfung des angefochtenen Entscheids erlaubt. Es ist daher im Einzelnen darzulegen, welche formellen und/oder materiellen Rechtsverweigerungen geltend gemacht werden. Es gilt mithin das Rügeprinzip (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 2b zu Art. 255 ZPO).

3. Die Beschwerdegegnerin stellt den Antrag, die im Rahmen der Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 18. August 2008 neu eingereichten Akten 1 bis 4 seien aus dem Recht zu weisen (Stellungnahme, 3).

Im Verfahren der Rechtsverweigerungsbeschwerde ist es ausgeschlossen, neue Behauptungen aufzustellen und neue Beweismittel einzureichen oder zu beantragen. Es ist die Aktenlage massgeblich, die auch die Vorinstanz ihrem Entscheid zu Grunde gelegt hat (sogenanntes Novenverbot; leuenberger/uffertobler, a.a.O., N 3 zu Art. 255 ZPO; GVP 1978 Nr. 38). Die von der Beschwerdeführerin mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde neu eingereichten Urkunden act. 3 und act. 4 können daher nicht zugelassen werden. Die act. 1 und 2 sind hingegen zu den Akten



zu nehmen: Beim act. 1 handelt es sich um den angefochtenen Entscheid und beim act. 2 um den Auszug aus "Track and Trace" betreffend dessen Zustellungsdatum.

III.

Mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde können zum einen formelle Rechtsverweigerungen gerügt werden (Art. 254 Abs. 1 lit. a ZPO). Zum anderen kann geltend gemacht werden, ein Kreisgerichtspräsident habe bei der Ausübung seiner Befugnisse willkürlich gehandelt (Art. 254 Abs. 1 lit. c ZPO).

1. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, es liege eine formelle Rechtsverweigerung vor. Die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihr keine Gelegenheit eingeräumt habe, zur - auf "zufällig vorhandenes" Fachwissen gestützten, aber falschen - Auffassung des Gerichts, es handle sich vorliegend um Software, Stellung zu nehmen (Beschwerde, 11 Ziff. 16). Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, die Beschwerdeführerin habe weder im Schriftenwechsel noch anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung eine gerichtliche Expertise beantragt. Im Rechtsverweigerungsverfahren sei es ausgeschlossen, neue Beweismittel zu beantragen. Zudem seien ihre Leistungen im Vertrag klar umschrieben (Stellungnahme, 9).

Das Gericht hat die rechtliche Qualifikation eines Vertrages von Amtes wegen vorzunehmen (vgl. gauch/schluep/schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Nr. 1038; Entscheid des Bundesgerichts 4A 51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.2). Hier hatte die Vorinstanz zu prüfen, ob der Inhalt des strittigen Vertrages die gesetzlichen Merkmale des Auftrages oder diejenigen des Werkvertrages erfüllt. Zur Abgrenzung zwischen diesen beiden Vertragstypen stellte die Vorinstanz namentlich auf das Versprechen eines Arbeitserfolges ab (vgl. Urteil, 4 Ziff. 3a). Sie kam in ihrer Entscheidung zum Schluss, der zwischen den Parteien abgeschlossene Suchmaschinenoptimierungsvertrag sei als Werkvertrag zu qualifizieren, denn die Beschwerdegegnerin habe einen Erfolg zu erbringen gehabt, nämlich das verbesserte Ranking bei Suchmaschinen. In Bezug auf das Erfordernis der



Herstellung eines Werkes führte die Vorinstanz aus, auch ein Vertrag über die entgeltliche Herstellung individueller auf die konkreten Bedürfnisse des Anwenders zugeschnittener Programme oder über die Anpassung vorhandener Software gelte als Werkvertrag (Urteil, 4 f.). Sinngemäss folgte die Vorinstanz aus diesem Umstand, auch der vorliegende Suchmaschinenoptimierungsvertrag könne Gegenstand einer werkvertraglichen Leistung sein.

Nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs haben die Parteien das Recht, dem Gericht ihre Rechtsauffassung darzulegen. Grundsätzlich besteht aber kein Anspruch, zu der vom Gericht in Aussicht genommenen rechtlichen Würdigung der vorgetragenen Tatsachen noch besonders gehört zu werden. Den Parteien ist lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn die rechtliche Würdigung des Gerichts in einem wesentlichen Punkt völlig überraschend kommt und sie damit nicht rechnen mussten (leuenberger/uffer-tobler, a.a.O., N 3a und 3b zu Art. 78 ZPO). Von einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs kann vorliegend keine Rede sein: In ihrer Klageantwort äusserte sich die Beschwerdeführerin zur Frage der Vertragsqualifikation und insbesondere zur Frage, ob die von der Beschwerdegegnerin erbrachten Leistungen als Herstellung eines Werkes zu betrachten seien (Klageantwort, 1). Ferner wurde dieser Punkt an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz thematisiert (vgl. Plädoyernotizen der Beschwerdegegnerin, 2; vi-act. 8). Indem sich die Vorinstanz damit auseinandersetzte und eine juristische Lehrmeinung zitierte (Urteil, 5 oben), stützte sie sich nicht auf Fachwissen, welches sie den Parteien vorgängig zur allfälligen Stellungnahme hätte unterbreiten müssen.

2. a) Die Beschwerdeführerin kritisiert ferner, dass die Vorinstanz den Vertrag analog zu den Verträgen betreffend Softwareherstellung bzw. -anpassung unter die Werkverträge subsumiert hat. Gegenstand des strittigen SEO-Vertrages sei weder die Erstellung noch die Anpassung eines Computerprogramms. Die Dienstleistung, welche die Beschwerdegegnerin erbracht habe, sei als reine EDV-Anwendung zu verstehen. Die Vorinstanz habe denn den massgeblichen Sachverhalt, d.h. die Frage, ob es sich um Software handle oder nicht, willkürlich festgestellt bzw. das Recht willkürlich angewendet (Beschwerde, 6 f. Ziff. 5). Die Beschwerdegegnerin legt demgegenüber dar, das individuelle Kodieren, die Anpassung des HTML-Codes sowie das Konfektionieren der Keywords und deren Eintragung in die Suchdienste mit Hilfe der



## St.Galler Gerichte

Software-Module sei als Werk zu betrachten. Nach einer individuellen Content-Analyse der Webseite mit Hilfe ihres WebAnalyzers habe sie Software Module programmiert. Das Software Modul sei ein Werk, dessen Einbau die Werksübergabe. Auch die konfektionierten und erfolgreich platzierten Keywords seien als Werk zu qualifizieren (Stellungnahme, 5).

Bei einem Auftrag hat der Beauftragte die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR), während sich beim Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung verpflichtet (Art. 363 OR). Das Werk wird als Ergebnis einer Tätigkeit bestimmt. Die Art der Tätigkeit spielt bei der Definition keine Rolle. Sie kann geistig oder körperlich, menschlich oder mechanisch, dauernd oder nicht, schwierig oder nicht sein. Es ist ferner unwesentlich, ob der Unternehmer Material liefern muss, ob er Eigentümer des Werkes bis zu seiner Übergabe ist. Das Vorliegen eines Werkes setzt jedoch voraus, dass die Tätigkeit ein Resultat erzeugt, das dem Besteller geliefert wird. Das Werk kann des Weiteren nicht nur darin bestehen, eine neue Sache zu schaffen, sondern unbestrittenermassen auch darin, eine bestehende Sache umzuändern, zu vergrössern, zu verbessern, zu renovieren, ihr neue Eigenschaften zu verleihen (BGE 130 III 458 E. 4 = Praxis 94 [2005] Nr. 41 E. 4; Entscheid des Bundesgerichts 4A 51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.3; peter gauch, Der Werkvertrag, Nr. 24 ff. und Nr. 334 ff.; alfred koller, a.a.O., N 125 ff. und N 220 ff. zu Art. 363 OR; zindel/pulver, Basler Kommentar, N 1 ff. vor Art. 363 - 379 OR). Die Qualifikation als Werkvertrag hat aufgrund einer Analyse der im konkreten Fall vereinbarten Leistungen zu erfolgen.

Die Beschwerdegegnerin verpflichtete sich, die Webseite der Beschwerdeführerin "[www.xy.ch](http://www.xy.ch)},title:{" >

Zu den Leistungspflichten der Beschwerdegegnerin gehörte zudem das Webhosting, d.h. das Zur-Verfügung-Stellen von Speicherkapazität für die Webseite der Beschwerdeführerin (vgl. markus dill, a.a.O., 1519). Der Website-Hosting-Vertrag gehört zu den sogenannten Internet-Verträgen (claire huguenin, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., N 1656). Im Überlassen von Speicherplatz liegt ein pachtrechtliches Element, wobei die gesamte Unterhaltspflicht im Gegensatz zur Pacht beim Hosting-Provider liegt (claire huguenin, a.a.O., N 1661).



## St.Galler Gerichte

Im Lichte dieser Erwägungen ist die Rechtsauffassung der Vorinstanz, die von der Beschwerdegegnerin erbrachten Leistungen könnten Gegenstand eines Werkvertrages sein (Urteil, 5), keineswegs willkürlich.

b) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, seitens der Beschwerdegegnerin sei ein sorgfältiges und zielgerichtetes Tätigwerden in ihrem Interesse geschuldet gewesen, um nach Möglichkeit die Suchsituation für ihre Webseite zu verbessern. Von einer eigentlichen Erfolgsgarantie für Toppositionen sei im Vertrag keine Rede. Es könne lediglich von einem zielgerichteten Wirken die Rede sein. Bei einem SEO-Vertrag könne kein Arbeitserfolg garantiert werden. Nicht bestritten werde jedoch, dass eine Verbesserung des Ranking einer Webseite grundsätzlich möglich sei. Der SEO-Vertrag sei klarerweise als Auftrag einzuordnen (Beschwerde, 5 bis 8, Ziff. 2 bis 10). Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Ansicht, im strittigen Vertrag werde klar ein Arbeitserfolg versprochen, nämlich das verbesserte Ranking bei Suchmaschinen unter den vorher vereinbarten Suchbegriffen. Die Vorinstanz habe das vorliegende Rechtsverhältnis zu Recht als Werkvertrag und nicht als Auftrag qualifiziert (Stellungnahme, 5 f.).

Der Werkvertrag setzt begriffswesentlich das Versprechen eines Arbeitserfolgs voraus. Bei unkörperlichen Arbeitsergebnissen ist von einem Werkvertrag auszugehen, wenn das Resultat nach objektiven Kriterien überprüft und als richtig oder falsch qualifiziert werden kann. Dagegen ist von einem Auftrag auszugehen, wenn die Richtigkeit des Ergebnisses nicht objektiv überprüft werden kann (Entscheid des Bundesgerichts 4A 51/2007 vom 11. September 2007 E. 4.3).

Ziel des Vertrages war, die Keywords über periodische Fortschrittskontrollen in den Toppositionen der Suchdienste zu positionieren und dort zu halten. Gemäss Ziffer 1 der Vertragsbedingungen garantierte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin erste sichtbare Resultate 6 Wochen nach Aufschaltung der Neuprogrammierungen. In Ziffer 3 der Bedingungen ist zudem ein Reporting vorgesehen. Danach hatte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin nach erfolgter Eintragung einen Report per E-Mail zuzustellen (Ist-Zustand und Real Time-Zustand), damit sie Eintragungen und Platzierungen ihrer Webseite überprüfen konnte (kläg. act. 1). Die Qualität der Webseite der Beschwerdeführerin - unter dem Gesichtspunkt der Suchergebnisse -,



und namentlich die Auswahl der geeigneten Suchbegriffe, ist eine nach objektiven Kriterien überprüfbare Leistung. Zudem ist es möglich, durch einen Vergleich der Suchresultate, vorgenommen zu verschiedenen Zeitpunkten, festzustellen, ob sich das Ranking verbessert hat (vgl. kläg. act. 8).

Zu bemerken ist, dass es sich hier um einen "Dauer-Werkvertrag" handelte (kläg. act. 1; bekl. act. 1: Die erste Vertragsperiode betrug 15 bzw. 17 Monate). Dieser unterscheidet sich vom reinen Werkvertrag dadurch, dass die Herstellungspflicht des Unternehmers nicht auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt, sondern eine Dauerschuld ist (alfred koller, a.a.O., N 174 zu Art. 363 OR; peter gauch, a.a.O., Nr. 322 f.). Für die hier zu beurteilenden Fragen ist dies jedoch ohne Belang.

Auch in Bezug auf das Kriterium des Arbeitserfolgs hat die Vorinstanz demnach den Vertrag richtig gewürdigt, und es kann ihr damit keine Willkür vorgeworfen werden.

c) In einem Eventualstandpunkt macht die Beschwerdeführerin weiter geltend, der strittige Vertrag könne auch als ein aus Elementen von Auftrag und Werkvertrag gemischter Vertrag qualifiziert werden. Nachdem sie der Beschwerdegegnerin sensitive FTP-Daten übermittelt habe, sei nicht von der Hand zu weisen, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber ihr eine Vertrauensstellung eingenommen habe. Als Folge dieser Vertrauensstellung sei es sachgerecht, in Bezug auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses Auftragsrecht anzuwenden (Beschwerde, 8 f. Ziff. 11). Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass zwischen ihr und der Beschwerdeführerin ein Vertrauensverhältnis bestanden habe. Zudem könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten (Stellungnahme, 6).

Der Grund für das in Art. 404 OR vorgesehene jederzeitige und grundsätzlich entschädigungslose Widerrufsrecht des Auftraggebers ist in der fehlenden Erfolgsbezogenheit des Auftrags zu sehen: Während der Besteller bei Nichteintreten des Erfolgs die Mängelrechte hat und insbesondere den Werkpreis herabsetzen kann, bewahrt das Ausbleiben des Erfolgs den Auftraggeber grundsätzlich nicht vor der Bezahlung des ganzen Honorars. Davon ist er nur befreit, wenn er nachweisen kann, dass der Mandatar unsorgfältig gearbeitet hat. Das jederzeitige Beendigungsrecht entspricht somit der "Offenheit" bzw. Unbestimmtheit der Auftragsverhältnisse (alfred



koller, a.a.O., N 142 zu Art. 363 OR; rolf h. weber, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 404 OR). Art. 404 OR lässt sich damit nicht mit dem Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses rechtfertigen. Im Übrigen ist hier fraglich, ob ein solches Vertrauensverhältnis überhaupt bestand.

3. Zudem vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, die Vorinstanz habe willkürlich den vollen Werklohn zugesprochen. Ohne ihre Mitwirkung habe die Beschwerdegegnerin die vertragsgegenständliche Dienstleistung gar nicht erbringen können. Der Beschwerdegegnerin seien daher keine Arbeit und Kosten erwachsen. Der Unternehmer müsse sich anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Werkvollendung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen habe. Die Vorinstanz habe dies willkürlich unberücksichtigt gelassen (Beschwerde, 9 f. Ziff. 12). Die Beschwerdegegnerin wendet ein, Art. 377 OR sei dispositiver Natur. Die Parteien hätten den Rücktritt im Vertrag, vorbehältlich aus wichtigen Gründen, ausgeschlossen. Ein Rücktrittsrecht der Beschwerdeführerin aus wichtigem Grund sei zu verneinen. Sie habe somit Anspruch auf die volle Werklohnforderung für das Folgejahr (Stellungnahme, 7).

Gemäss Art. 377 OR kann der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten. Gemäss herrschender Lehre enthält Art. 377 OR dispositives Recht (zindel/pulver, a.a.O., N 20 zu Art. 377 OR; peter gauch, a.a.O., Nr. 582). Die Vertragsbestimmung, wonach ein Rücktritt vom Vertrag nur aus wichtigen Gründen möglich ist (kläg. act. 1 Ziff. 6), ist daher zulässig. Die Beschwerdeführerin hat keine solchen Gründe dargetan. Nicht zu beanstanden ist somit, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin verpflichtet hat, der Beschwerdegegnerin den vollen Werklohn zu bezahlen (Urteil, 6). Von Willkür kann keine Rede sein.

4. Die Beschwerdeführerin rügt des Weiteren, die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise die Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel nicht beachtet und habe im SEO-Vertrag aufgestellte unzulässige Formerfordernisse ignoriert (Beschwerde, 10 Ziff. 13 und 14). Die Beschwerdegegnerin macht hierzu geltend, der vorliegende Vertrag sei



im Sinne der Lehre als Dauer-Werkvertrag zu qualifizieren. Ziffer 6 des Vertrages sei klar und deutlich zu entnehmen, dass sich der Vertrag jeweils um ein weiteres Jahr verlängere, wenn keine Kündigung erfolge. Die verlangte Formvorschrift für die Kündigung - per Einschreiben -, sei nicht ungewöhnlich; sie mache durchaus Sinn (Stellungnahme, 8).

Ziffer 6 der Vertragsbedingungen, enthaltend die Stichwörter "Beginn, Dauer und Verlängerung", bestimmt, dass sich der Vertrag, falls keine Kündigung erfolge, jeweils automatisch um ein weiteres Jahr verlängere. Eine solche Regelung ist bei der Art des hier zu beurteilenden Dauervertrages keineswegs aussergewöhnlich. Zudem ist diese Bestimmung gut sichtbar platziert, denn der Vertrag umfasst, inklusive Unterschriften, lediglich eine Seite. Die Beschwerdeführerin kann sich damit nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen (vgl. gauch/schluemp/schmid, a.a.O., Nr. 1141 ff.). Beizufügen bleibt, dass die Beschwerdeführerin nicht an der fraglichen Formvorschrift als solcher gescheitert ist, sondern am Nachweis einer rechtzeitigen Kündigung überhaupt (Urteil, 5 Erw. 4a).

5. Schliesslich behauptet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in willkürlicher aktenwidriger Weise die Vertragslaufzeit festgestellt (Beschwerde, 10 f. Ziff. 15). Die Beschwerdegegnerin betont, die wesentlichen Vertragselemente seien bei beiden Vertragskopien dieselben. Der Unterschied zwischen kläg. act. 1 und bekl. act. 1 betreffe lediglich eine Gratisleistung von ihr. Es sei ohne Bedeutung, ob zwei Monate früher oder später fakturiert werde (Stellungnahme, 8 f.).

Sowohl im Vertragsexemplar der Klägerin (kläg. act. 1) wie auch in demjenigen der Beklagten (bekl. act. 1) ist in der Rubrik "Spezifische Kundendaten" die Vertragsperiode mit "1 Jahr" sowie zusätzlich "3 Monate Gratislaufzeit" angegeben. Beim Exemplar der Klägerin findet sich zudem der handschriftliche Vermerk "+ 2 Mt gratis". Nachdem der Vertrag am 1. Januar 2006 zu laufen begonnen hatte (kläg. act. 1 und bekl. act. 1), dauerte die erste Vertragsdauer inklusive Gratislaufzeit bis Ende März bzw. bis Ende Mai 2007. In ihrem Email vom 29. Juni 2007 äusserte die Beschwerdeführerin zum ersten Mal ihre Ansicht, der Vertrag sei nicht weitergeführt worden (kläg. act. 5); das Kündigungsschreiben wurde am 19. Oktober 2007 versandt (bekl. act. 3). Die Beschwerdeführerin hat damit den Vertrag, unabhängig davon, ob die



Gratislaufzeit drei oder fünf Monate betrug, nicht fristgerecht unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist aufgelöst. Gemäss Ziffer 6 der Vertragsbedingungen verlängerte er sich damit um ein weiteres Jahr (kläg. act. 1). Der Entscheid der Vorinstanz ist in diesem Punkt ebenfalls nicht zu beanstanden (Urteil, 5 Ziff. 4a).

6. Aufgrund dieser Erwägungen durfte die Vorinstanz, ohne in Willkür zu verfallen, den strittigen Vertrag als Werkvertrag qualifizieren und die Forderung der Beschwerdegegnerin schützen. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist demnach abzuweisen.

-----