

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160043-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 9. Januar 2017

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 28. Oktober 2016; Proz. FV160005**

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 19'224.– zuzüglich 5 % seit 2. Juli 2015 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. Oktober 2016:

1. Die Klage vom 26. Januar 2016 wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'600.– festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss von Fr. 3'150.– verrechnet. Der Überschuss von Fr. 550.– wird der klagenden Partei zurückerstattet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 2'800.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilungen / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Klägerin (act. 32):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 28. Oktober 2016 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 19'224.– zuzüglich 5% Zins seit 2. Juli 2015 zu bezahlen.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon sei aufzuheben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Erwägungen:

1.1 C._____ ist im Bereich der Personalsuche und -vermittlung tätig. Dabei trat er gegenüber der Beklagten früher als Vertreter einer D._____ oder D._____ AG auf, welche im aktuellen Verfahren nicht beteiligt ist. Im heute zu beurteilenden Zusammenhang trat er einerseits unter der Bezeichnung E._____ mit der mail-Adresse C'._____@E._____.ch auf. Andererseits steht er als Mitarbeiter im Dienst der A._____ AG, welche Vermittlung und Verleih von Personal zum Zweck hat; in dieser Funktion hat er nach dem Handelsregister keine Zeichnungsberechtigung; für die aktuelle Auseinandersetzung wurde er vom Verwaltungsrat F._____ bevollmächtigt (act. 13).

Die Beklagte betreibt eine Schreinerei und suchte um den Jahreswechsel 2014/2015 einen Projektleiter.

Die Klägerin beansprucht eine Provision für die Vermittlung des Mitarbeiters G._____ an die Beklagte; diese bestreitet die Forderung.

1.2 Am 5. November 2014 offerierte C._____ namens "E._____" unter Bezugnahme auf ein vorangegangenes Gespräch dem Verwaltungsrat H._____ der Beklagten seine Dienste für einen "Suchauftrag Projektleiter Innenausbau". Die detailliert beschriebenen Leistungen würden mit Fr. 5'600.-- für Inserate, einem "Basishonorar" von Fr. 8'000.-- und einem Erfolgshonorar von Fr. 12'000.-- in Rechnung gestellt werden. Die Beklagte wurde ersucht, "falls Sie mit dem Vorgehen einverstanden sind, (...) ein Exemplar unterschrieben zu retournieren" (act. 4/9). Ein schriftliches Akzept erfolgte nicht. Am 8. Januar 2015 erhielt die Beklagte Unterlagen über G._____, der sich darauf bei der Beklagten vorstellte. Am 21. Januar 2015 schlossen die Beklagte und G._____ einen Arbeitsvertrag, den sie aber bereits am 13. März 2015 und ohne dass der Arbeitnehmer die Stelle angetreten hatte im gegenseitigen Einvernehmen auflösten (act. 4/13).

Am 23. Januar 2015 hatte die Klägerin, die A._____ AG, der Beklagten unter dem Titel "Personalplatzierung (Erfolgshonorar) G._____" über Fr. 17'680.-- zuzüglich Mehrwertsteuer, zusammen Fr. 19'094.40 Rechnung gestellt (act. 4/10).

Die Beklagte reagierte am 24. Februar 2015 mit einem Brief an "E._____, Herr C._____". Sie verwies vorweg darauf, dass sie keine Offerte unterschrieben habe. Zudem habe ihr C._____ gesagt, dass das Dossier G._____ aus einem anderen Auftrag (aus einem "Suchauftrag ...") stamme und damit keine Aufwendungen verursachte. Sie schlug unpräjudizierlich ein Grund-Honorar von Fr. 4'500.-- und ein Erfolgshonorar nach Ablauf der Probezeit von Fr. 5'000.-- vor (act. 4/8). Nachdem der Vertrag mit G._____ aufgelöst worden war, stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, es sei gar kein Honorar geschuldet (act. 4/12).

Im Juni 2015 schrieb C._____ unter "C'._____@E._____.ch" der Beklagten per mail, er habe erfahren, dass G._____ nun doch angestellt worden sei, und ersuchte um Begleichung des Honorars. Die Beklagte antwortete, G._____ sei bei einem Partner-Unternehmen angestellt. Da die beiden Unternehmen eng zusammen arbeiteten und die gleiche Infrastruktur nutzten, sei G._____ "zum Teil (...) mit unserer Firma verbunden" oder leiste "projektspezifische Einsätze für unsere Firma". Einen Arbeitsvertrag gebe es aber nicht (act. 4/17, S. 2 resp. 1). Auf Be-
treibung hin erhob die Beklagte Rechtsvorschlag.

1.3 Mit Klagebewilligung vom 5. November 2015 erhob die Klägerin am 26. Januar 2016 Klage beim Einzelgericht. Unter Hinweis auf den vorstehend dargestellten Ablauf klagte sie auf Zahlung von Fr. 19'224.-- zuzüglich 5 % seit 2. Juli 2015 und Aufhebung des Rechtsvorschlages. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an, wofür sie sich auf die Korrespondenz berief und insbesondere hervorhob, der schriftlichen Offerte habe sie nie zugestimmt, und G._____ habe auch nie für sie gearbeitet. In der mündlichen Verhandlung stellte sich die nunmehr anwaltlich vertretene Beklagte auf den Standpunkt, auch wenn ein Vertrag zustande gekommen wäre, dann jedenfalls nicht mit der Klägerin, da diese nicht in Erscheinung getreten sei. C'._____ sei früher einmal für sie – die Beklagte – tätig gewesen, aber für eine D._____ AG, und habe dann erklärt, er habe nun eine neue Firma (Prot. I S. 6 ff., S. 15 f. und S. 19 ff.). Die Klägerin liess dagegen ausführen, "E._____" sei eine von ihr verwendete Marke, und bestritt, dass C._____ je zu erkennen gegeben hätte, dass er selber unter dieser Bezeichnung tätig sei (Prot. I S. 15 und S. 25 ff.).

Mit Urteil vom 28. Oktober 2016 wies der Einzelrichter die Klage ab, und zwar mangels Parteistellung der Klägerin in einem allfälligen Vertrag. Eine Stellvertretung müsse spätestens mit dem Vertragsschluss offen gelegt werden, es wäre denn, dem Vertragspartner sei es gleichgültig gewesen, mit wem er den Vertrag schliesse. Die Beklagte bestreite das von der Klägerin behauptete letztere und diese biete dafür keinen Beweis an, womit das nicht weiter zu verfolgen sei. Für eine direkte Stellvertretung behauptete die Klägerin keine ausdrückliche Äusserung C.____s, und Umstände, aus welchen die Beklagte auf ein Vertretungsverhältnis schliessen musste, lägen nicht vor, und insbesondere sei nicht erstellt, dass die Beklagte die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin kannte, in welchen diese die Marke E.____ als ihre eigene bezeichnet (im Einzelnen act. 33). Das Urteil wurde dem Vertreter der Klägerin am 3. November 2016 zugestellt.

2. Am 22. November 2016 und damit jedenfalls fristgerecht erhob die Klägerin Berufung gegen das Urteil vom 28. Oktober 2016.

Es wurden die erstinstanzlichen Akten eingeholt und ein Kostenvorschuss erhoben, aber keine weiteren prozessleitenden Verfügungen getroffen.

3.1 Die Klägerin stellt konkrete Anträge und setzt sich mit dem angefochtenen Urteil auseinander (Art. 311 ZPO). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss (Art. 98 ZPO) leistete sie innert der ersten Frist. Eintreten auf die Berufung steht ausser Frage.

Die Klägerin macht geltend, C.____ sei anders als der Einzelrichter annimmt in fremdem Namen aufgetreten, denn er habe seinem Namen die Bezeichnung "E.____" beigefügt und damit nicht nur stillschweigend, sondern ausdrücklich zu erkennen gegeben, dass er gerade *nicht* für sich selbst handle. Er hätte übrigens so gar nicht für sich selbst handeln dürfen, da er als Einzelunternehmer seine Firma nach Art. 945 OR im Wesentlichen aus seinem Namen hätte bilden müssen. Da "E.____" eine für die Klägerin eingetragene Marke sei, habe die Beklagte die Vertretung ohnehin erkennen können und erkennen müssen. Der Einzelrichter gehe davon aus, dass hinter "E.____" C'.____ stehe. Dieser Beweis

werde aber nicht gelingen und sei unmöglich, weil es nicht so sei. Falls die Beklagte es so verstand, wäre das unerheblich, da "E._____" nicht der Name einer natürlichen Person sei. Zur Frage, ob es der Beklagten gleichgültig war, mit wem sie den Vertrag schloss, komme es entgegen der Auffassung des Einzelrichters nicht auf Beweismittel an. Diese negative Tatsache könne ohnehin nicht bewiesen werden, und sie – die Klägerin – habe (gemäss Prot. I S. 15) ausdrücklich erklärt, "Wenn es nur ansatzweise so gewesen wäre, dass bei der Beklagten Unklarheiten über den Vertragspartner geherrscht hätten, wäre die natürliche Reaktion eine Nachfrage gewesen. Dazu kam es aber nicht. Vielmehr gab es eine normale Kommunikation und es wurde sofort auf den fraglichen Sachverhalt Bezug genommen" – und auch in der vorprozessualen Korrespondenz sei die Aktivlegitimation der Klägerin nie in Frage gestellt worden (im Einzelnen act. 32).

3.2 Die Klägerin räumt den Grundsatz ein, von welchem der Einzelrichter in seinen Erwägungen ausgeht: es ist als Normalfall des Rechtsverkehrs anzusehen, dass eine Person für sich selbst handelt, und für die rechtlichen Wirkungen einer Stellvertretung bedarf es besonderer Umstände.

Die Klägerin macht geltend, C'._____ habe sich mit der Bezeichnung "E._____" resp. "E._____" als Vertreter zu erkennen gegeben. Das trifft nicht zu. Wohl ist richtig, dass C._____ mit der Beklagten so weit ersichtlich nicht nur unter seinem Namen korrespondierte, sondern als "E._____/ C._____/ Berater, Partner" (act. 4/9), "C._____ C'._____@E._____.ch" resp. "E._____ Beratung Suche Auswahl / C._____/ Berater, Partner / Architektur, ...management ...engineering, ...technik / E._____.ch / C'._____@E._____.ch" (act. 4/16), "E._____ C._____" (act. 15/1), in einem anderen Zusammenhang und vor der hier streitigen Vermittlung als "C._____@D._____.ch" resp. "D._____ AG / D._____/ C._____/ Senior Consultant / Architektur, ...management ...-Engineering, ...technik" (act. 15/2). Die letztere Bezeichnung wies eindeutig auf eine juristische Person hin: die D._____ oder D._____ AG. Ein solcher Hinweis auf die Klägerin fehlt in der hier interessierenden Korrespondenz. "E._____" kann im Geschäftsverkehr als Marke sowohl einer Einzelunternehmung als auch einer juristischen Person verwendet werden (Art. 1 MSchG); daraus ergibt sich kein für den Standpunkt der Klägerin

verwertbarer Umstand. Die Vorschrift, dass der Inhaber einer Einzelunternehmung die Firma "im wesentlichen" aus seinem Familiennamen mit oder ohne Vornamen bilden muss (Art. 945 OR), hilft der Klägerin ebenfalls nicht, denn "C'._____", "C"._____" oder "C._____" wurde immer verwendet. Dieses Argument der Klägerin könnte sich zudem gegen sie wenden, denn nach Art. 954a OR muss sie im Geschäftsverkehr immer unter ihrer im Handelsregister eingetragenen Firma ("A.____ AG") auftreten, und nur "zusätzlich" darf sie weitere Bezeichnungen verwenden wie hier "E.____". Endlich mag zutreffen, dass die Klägerin "E.____" als Marke für ihre Dienstleistungen verwendet. Das Markenrecht als besondere Rechtsposition entsteht wohl nur durch den Eintrag im Register (Art. 5 MSchG), doch gibt es keine dem Handelsregister- oder dem Grundbuchrecht analoge Bestimmung, wonach der Registereintrag eine Kenntnisfiktion auslöste – und dass die Beklagte von einer (Art. 954a OR verletzenden) Verwendung dieser Bezeichnung durch die Klägerin gewusst hätte, macht diese nicht geltend. Die Klägerin trägt vor, "wenn es nur ansatzweise so gewesen wäre, dass bei der Beklagten Unklarheiten über den Vertragspartner geherrscht hätten, wäre die natürliche Reaktion eine Nachfrage gewesen. Dazu kam es aber nicht. Vielmehr gab es eine normale Kommunikation und es wurde sofort auf den fraglichen Sachverhalt Bezug genommen". Kam aber die Klägerin gar nie ins Spiel, weil C.____ sie nie namentlich nannte und auch keine anderen Anzeichen bestanden, dass er für sie handeln solle, gab es gar keine "Unklarheit" auszuräumen. Bis hierher ist der Standpunkt der Klägerin nicht begründet, sie sei Partei in einem allfälligen Vertrag über die Vermittlung eines Mitarbeiters an die Beklagte.

Nun macht die Klägerin geltend, aufgrund von Art. 32 Abs. 2 OR sei sie in jedem Fall Vertrags-Partei geworden: weil es der Beklagten gleichgültig war, mit wem sie den Vertrag schliesse. Das hat sie dem Einzelrichter vorgetragen (Prot. I S. 18 f.). Dieser hat aber richtig gefunden, mangels angebotener Beweismittel sei dem nicht weiter nachzugehen. In der Tat ist die "Gleichgültigkeit" des Vertragspartners gewiss rechtlich relevant, aber eine tatsächliche Behauptung, die im Streitungsfall zu beweisen ist (Art. 150 Abs. 1 ZPO), und eine solche Bestreitung lag vor (Prot. I S. 19, am Anfang des Abschnittes "RA lic. iur. Y.____ zur Duplik"). Der Klägerin ist auch nicht darin zu folgen, dass sie nicht zum Beweis verhal-

ten werden könne für den Umstand, etwas sei "nicht besprochen worden". Darum geht es nicht, sondern um die Haltung der Beklagten resp. deren sie vertretenden Organs, ob es ihr/ihm auf die Person des Vertragspartners ankam. Dazu liesse sich durch Einvernahme dieser Person sehr wohl Beweis führen; das wurde aber eben nicht angeboten. Damit hat es für diesen Punkt sein Bewenden.

Die Klägerin verweist darauf, in der vorprozessualen Korrespondenz sei die Aktivlegitimation der Klägerin nie in Frage gestellt worden. Das ist richtig. Allerdings kommt es für die Frage, wer nach Treu und Glauben Partei eines allfälligen Vermittlungsvertrages ist, spätestens auf den Zeitpunkt an, in welchem die Beklagte den ihr von C._____ (für wessen Recht auch immer) vermittelten G._____ einstellte. Und die Klägerin trat gegenüber der Beklagten erst in Erscheinung, als sie unter Hinweis auf den abgeschlossenen Vertrag Rechnung stellte (act. 4/10). Wenn ein Vertrag zustande gekommen war, dann bereits vorher. Eine andere - und rechtliche - Frage ist es, ob die Beklagte im Laufe der dann folgenden Korrespondenz stillschweigend einem Wechsel des Gläubigers zustimmte. Das wäre nicht unbedingt ausgeschlossen. Es ist aber hier nicht anzunehmen. Die Beklagte wandte sich auf die Zustellung der Rechnung hin nicht an die "A._____ AG" (also an die Klägerin), sondern an den "Sehr geehrten Herrn C._____", den sie im Adressfeld als "E._____, Herr C._____" anscrieb (act. 4/8, vgl. auch act. 4/12), und die Antwort darauf kam nicht von der Klägerin als "A._____ AG", sondern von "E._____" (act. 9). Ein folgender Brief der Beklagten ging zwar an die Klägerin (act. 4/14), allerdings schrieb C._____ darauf hin wieder ohne Verwendung der klägerischen Firma als "C'._____@E._____.ch" (act. 4/17), und die Frage der Aktivlegitimation wurde nie ausdrücklich thematisiert. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, nach Treu und Glauben habe die Beklagte einem Übergang der Forderung von C._____ auf die Klägerin zugestimmt. Die Beklagte hat sich zwar in der Korrespondenz und noch in der ersten Stellungnahme zur Klage nicht darauf berufen, es fordere die unrichtige Partei eine Entschädigung, sondern die Klage mit anderen Gründen bestritten. Damit hat sie aber die – rechtliche – Einrede der fehlenden Aktivlegitimation nicht verwirkt.

Die Berufung der Klägerin ist damit nicht begründet. Auch ohne dass ihre Argumentation als haltlos bezeichnet werden müsste, ist auf Weiterungen und insbesondere auf das Einholen einer Berufungsantwort zu verzichten (*BGer* 5A_849/2015 vom 27. Juni 2016 E. 3). Andernfalls würde die Klägerin nur zusätzlich mit einer Entschädigung belastet (wie in *BGer* 4A_5/2016 vom 20. Juli 2016).

4. Ausgangsgemäss trägt die Klägerin für das Verfahren der Berufung die Kosten, welche auf Fr. 3'000.-- festzusetzen sind. Der Beklagten sind keine Aufwendungen entstanden, welche ihr die Klägerin mit einer Parteientschädigung zu ersetzen hätte.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
3. Eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 32, sowie an das Bezirksgericht, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

5. 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. 19'224.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. K. Würsch

versandt am: