

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP200038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

## **Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2021**

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B1.**\_\_\_\_\_, **Zweigniederlassung der B2.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (3. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Oktober 2020; Proz. FV170217**

**Rechtsbegehren:**  
**(act. 2 S. 2 und act. 41 S. 28)**

(Klage)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 25'000.00 zzgl. Zins zu 5% seit Fälligkeit zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

(Widerklage)

1. Der Widerbeklagte/Kläger habe der Widerklägerin/Beklagten widerklageweise Fr. 30'000.00 nebst Zins zu 5% seit 16.8.2017 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Widerbeklagten.

**Urteil des Bezirksgerichtes:**  
**(act. 90)**

1. Die Klage wird abgewiesen.
  2. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten Fr. 30'000.– zuzüglich Zins von 5% seit dem 6. März 2018 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
  3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'300.– festgesetzt.
  4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch einstweilen auf die Staatskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.  
Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Klägers, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, wird einstweilen durch die Staatskasse entschädigt. Über die Höhe der Entschädigung wird mit separater Verfügung entschieden.
  5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 8'080.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 6./7. (Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

des Klägers (act. 87):

1. Es sei Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung, vom 8. Oktober 2020 (Geschäfts-Nr. FV170117-L) aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger den Betrag von Fr. 25'000.-- zuzüglich Zins zu 5% seit Fälligkeit zu bezahlen.
2. Es sei Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung, vom 8. Oktober 2020 (Geschäfts-Nr. FV170117-L) aufzuheben und es sei die Widerklage der Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei Dispositiv-Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung, vom 8. Oktober 2020 (Geschäfts-Nr. FV170117-L) insofern aufzuheben, als dass die Gerichtskosten dem Berufungskläger auferlegt werden, und es seien die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
4. Es sei Dispositiv-Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung, vom 8. Oktober 2020 (Geschäfts-Nr. FV170117-L) aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger eine Parteientschädigung (zzgl. MWSt) für das erstinstanzliche Verfahren gemäss dem Ausgang des Verfahrens zu bezahlen.
5. Eventualiter zu Ziff. 1 bis 4 sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung, vom 8. Oktober 2020 (Geschäfts-Nr. FV170117-L) vollumfänglich aufzuheben und das Verfahren zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

### **Erwägungen:**

1. Der Kläger ist ein (Film-)Regisseur, (Drehbuch-)Autor und Fotograf. Mit Vertrag vom 2. März 2010 schloss er mit der Beklagten einen "C.\_\_\_\_ / Vertrag ...-Koproduktion" (act. 4/3), Bezug nehmend auf einen "C.\_\_\_\_ / Allgemeine Vertragsbedingungen vom 1.1.2009 zum Vertrag ...-Koproduktionen" (act. 42/2.2). Der Vertrag hatte "die Herstellung des nachfolgend umschriebenen audiovisuellen Werkes mit dem Arbeitstitel "D.\_\_\_\_" zum Gegenstand. Er enthält

zahlreiche technische und administrative Bestimmungen und einen Zeitplan, die dem Kläger zu zahlende Vergütung und die seitens der Beklagten für Redaktion und Produktion verantwortlichen Personen. Die mit der Wendung "des nachfolgend umschriebenen audiovisuellen Werkes" geweckte Erwartung erfüllt er nicht. Neben der Bestimmung "Programmcharakter: Kinodokumentarfilm" enthält er keine auch nur angedeutete inhaltliche Angaben zum Inhalt des Werkes. "Bei Ablieferung" hatte der Kläger ein "Dialogbuch", eine "Musikliste" und "Fotos" zu liefern. Gemäss dem Abschnitt "Zahlungsmodus" sollte der Kläger vier Raten von je Fr. 15'000.-- und eine Schlusszahlung von Fr. 10'000.-- erhalten, zusammen also Fr. 70'000.--. Nach der Darstellung des Sachverhalts im angefochtenen Urteil verlangt der Kläger mit seiner Klage die Zahlung der ausstehenden letzten beiden Raten und fordert die Beklagte von den bereits geleisteten Fr. 45'000.-- einen Teilbetrag von Fr. 30'000.-- zurück (act. 90 S. 3 und 9 f.).

Nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens und dem Einleiten des gerichtlichen Verfahrens mittels nicht weiter begründeter Eingaben beider Seiten mit ihren Rechtsbegehren erstatteten die Parteien ihre Vorträge schriftlich. Eine im Verlauf des Verfahrens durchgeführte Instruktions- und Vergleichsverhandlung (Prot. I S. 5 f.) führte zu keiner Einigung. Am 8. Oktober 2020 fällt die Einzelrichterin das vorstehend im Dispositiv wiedergegebene Urteil, mit welchem sie die Hauptklage ab- und die Widerklage guthiess (act. 90). Das Urteil wurde dem Vertreter des Klägers am 29. Oktober 2020 zugestellt (act. 83).

2. Am (Montag) 30. November 2020 gab der Kläger seine Berufungsschrift mit den vorstehend erwähnten Anträgen zur Post (act. 87). Der Referent des Obergerichts übersah bedauerlicherweise den Antrag um unentgeltliche Prozessführung; das Missgeschick wurde mit der Abnahme der zunächst angesetzten Frist zum Leisten des Kostenvorschusses behoben (act. 93).

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen.

Der Kläger stellt mit der Berufung den Antrag, es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen (act. 87 S. 3). Das wäre möglich (Art. 316 Abs. 2 ZPO), doch besteht dafür kein Anlass. Wie sich zeigen wird, kann über die Berufung ohne

Einholen einer Antwort entschieden werden. Der Kläger musste seine Argumente in der Berufung abschliessend darlegen, und auf eine zweite Äusserung hat er keinen Anspruch (*BGer 5A\_849/2015* vom 27. Juni 2016 E. 3). Würde eine Berufungsantwort eingeholt und schliesse die Beklagte darin auf Bestätigung des angefochtenen Urteils, stünde dem Kläger nach dem Prinzip des letzten Wortes noch eine weitere Äusserung zu, allerdings nur zu diesem Schriftsatz, und nicht für weitere eigene Argumente. An solchen zwei zusätzlichen Parteivorträgen hat er kein vom Prozessrecht geschütztes Interesse – so wenig wie daran, dass er der Beklagten in diesem Fall unabhängig vom Erfolg seines Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege eine Parteientschädigung zahlen müsste.

3.1 Die Einzelrichterin begründet das angefochtene Urteil zusammengefasst wie folgt: Sie macht zuerst Ausführungen zu den Anforderungen einer Mängelrüge im Werkvertrag und kommt zum Schluss, die Beklagte habe ausreichend und zeitgerecht gerügt, weil der Kläger seinerseits seiner Behauptungs- und Beweislast nicht genügt habe (Urteil S. 11 ff.). Unter dem Titel der Mangelhaftigkeit des Werks folgen nicht wie eigentlich zu erwarten Ausführungen dazu, was denn (als Werk) herzustellen war, sondern zu "vertraglich zugesicherten Eigenschaften", die sich allerdings in Gemeinplätzen erschöpfen, wie dass der Inhalt eines Vertrages aufgrund der Willenserklärungen der Parteien, subsidiär allenfalls aufgrund der Umstände nach dem Vertrauensprinzip zu erforschen sei. Der einzige Hinweis auf den Inhalt des zu produzierenden Films ergebe sich aus dessen (vorläufigem, Arbeits-)Titel, "D.\_\_\_\_\_", was auf das Märchen von D.\_\_\_\_ und der ...-lampe hinweise, aber keine weitere Konkretisierung erlaube. Der Kläger stelle sich auf den Standpunkt, er habe überhaupt keine inhaltlichen Vorgaben zu erfüllen gehabt. Demgegenüber geht die Einzelrichterin davon aus, es habe aufgrund früherer Entwürfe und Vorarbeiten des Klägers Anhaltspunkte gegeben und geben müssen, was der Inhalt des Films sein solle – sonst hätte nicht zuletzt die im Vertrag vorgesehene "Genehmigung" keinen Sinn gehabt. Sie kommt zum Schluss, der Kläger habe keine schrankenlose künstlerische Freiheit gehabt, sondern sich an die allgemeinen Bedingungen und die inhaltliche Umschreibung in "Produktionsdossier, Treatment und Drehvorlage" respektieren müssen. Im Folgenden setzt sie sich mit Äusserungen der Beklagten auseinander, mit welchen

diese diverse Elemente eines "Rohschnittes" (also wohl einer Rohfassung des Filmes) kritisiert, namentlich mit Hinweis auf Stellen, welche in den Augen des Verfassers der Kritik "reinste Pädophilie" bildeten resp. "die Legalisierung seines offensichtlichen Kindsmisbrauches" enthielten; das habe "nichts mehr mit dem zu tun, was ich auf Grund des Dossiers erwartet habe". Die Einzelrichterin erwägt, mit der "Duschszene" habe die Beklagte nicht rechnen müssen, auch wenn sie nicht per se einen Mangel darstelle. Immerhin filme ein erwachsener (45-jähriger) Mann den nackt duschenden 15- oder 16-jährigen Jungen, was sein homoerotisches Interesse suggeriere. Hingegen wirke es nicht als erotische Anspielung, wenn der ... [Szene] sei. Gleichwohl – und das wird näher ausgeführt – komme in dem Film zum Ausdruck, dass D. \_\_\_\_\_s Reise von E. \_\_\_\_\_ [Kontinent] nach Europa durch einen älteren Mann ermöglicht werde, welcher seinerseits eine sexuelle Beziehung zum Jungen unterhalte – und dass das als unproblematisch dargestellt werde. Das habe die Beklagte angesichts ihrer in den allgemeinen Vertragsbedingungen vorbehaltenen publizistischen Leitlinien nicht akzeptieren müssen, insbesondere nicht in einem "dokumentarischen" Werk. Dieses sei vielmehr mangelhaft, und die Mängelrüge der Beklagten sei daher berechtigt. Unter dem Titel "Mängelrechte" stellt die Einzelrichterin die Behelfe des Bestellers im Werkvertrag dar. Nach der ersten Mängelrüge, mit welcher die Beklagte Nachbesserung verlangt habe, sei sie angesichts des uneinsichtigen Verhaltens des Klägers berechtigt gewesen, vom Vertrag zurückzutreten. Daraus folgt ihre Abweisung der Haupt- und Guttheissung der Widerklage.

Der Kläger lässt das nicht gelten. In einer zusammenfassenden Vorbemerkung zur Berufung führt er aus, er habe der Beklagten wie vertraglich vereinbart einen Film abgeliefert, dessen Inhalt zuvor nicht definiert worden sei. Er enthalte homoerotische Komponenten, was die Beklagte aber aufgrund seiner früheren Arbeiten habe erwarten müssen. Ihre Ablehnung des Werkes sei homophob und diskriminierend. Im Einzelnen kritisiert er die Annahme der Einzelrichterin, die Beklagte habe überhaupt und rechtzeitig eine Mängelrüge angebracht. Die als "feedback" bezeichnete Äusserung der Beklagten sei eine Anregung gewesen, ein Input oder ein Anpassungsvorschlag, aber keine klare Mängelrüge. Eine solche wäre auch in der Sache nicht berechtigt gewesen. Weder im Vertrag noch in den all-

gemeinen Bestimmungen sei das abzuliefernde Werk inhaltlich definiert worden; ein "treatment", eine Drehvorlage und ein Produktionsdossier seien wohl vor dem Vertragsschluss erstellt, aber nie zum Vertragsbestandteil gemacht worden. Gegenteilig hätten die Parteien diese Unterlagen gerade nicht zum Vertragsbestandteil erheben wollen – was nicht zuletzt durch den ausdrücklichen Schriftlichkeitsvorbehalt in den allgemeinen Bestimmungen (Ziff. 11.1) bekräftigt werde. Die Parteien hätten übereinstimmend die früheren Unterlagen zu einem Filmprojekt "D.\_\_\_\_\_" nicht zur Grundlage des Vertrages machen und dem Beklagten damit keine Grenzen bei der Entfaltung der künstlerischen Freiheit setzen wollen. Da der Vertrag keine inhaltlichen Eigenschaften des Films definierte, habe die abgelieferte Fassung auch gegen keine vertragliche Bestimmung verstossen können. Das bedeute nicht, dass er (der Kläger) "schrakenlos produzieren" konnte, aber ein Abweichen von subjektiven Präferenzen bei der Bestellerin könne keinen Mangel darstellen, da gar nichts vereinbart gewesen sei. Im Übrigen seien die Kriterien der Überprüfung gemäss Vertrag so vage, dass sie jedenfalls im vorliegenden Fall nicht griffen. Der Kläger bestreitet ferner die einzelnen Elemente, welche die Einzelrichterin als problematisch beurteilt – er wiederholt, dass die Beklagte bei ihm als Werk-Unternehmer mit homosexuellen Elementen rechnen musste – sie habe mit ihm zusammen früher schon den Film "F.\_\_\_\_\_" produziert, und es sei ihr auch bekannt gewesen, dass er in seinen Filmen allgemein sexuelle Beziehungen älterer Herren zu Knaben zeige. Das sei etwas durchaus Anderes als das Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses oder strafbarer Sex mit Kindern – und den Satz im Film "ich habe mich stets für die sexuelle Befreiung der Kinder eingesetzt" so zu verstehen, dass er Kindsmisbrauch legitimieren wolle, sei absurd. Im Übrigen habe der abgelieferte Film auch nicht gegen Konzessionsbestimmungen der Beklagten verstossen. Eventuell hätte er (der Kläger) sein Nachbesserungsrecht ausüben dürfen, und der Vertragsrücktritt der Beklagten sei darum ungerechtfertigt gewesen (act. 87).

3.2 Der Kläger verlangt mit seiner Klage Leistungen aus einem Vertrag. Unstreitig ist, dass er aufgrund der Abmachungen mit der Beklagten einen Film herstellen sollte, und dass das aus rechtlicher Sicht Gegenstand eines Werkvertrages im Sinne der Art. 363 ff. OR sein kann (BSK OR I-Zindel/Schott, N. 11 zu

Art. 363 OR). Das Zustandekommen eines Vertrages verlangt nach den grundlegenden Prinzipien des Vertragsrechts die Umschreibung des herzustellenden Werkes (die Entgeltlichkeit ist ebenfalls zwingend ein Element des Werkvertrages; die Höhe der Vergütung, welche der Vertrag der Parteien detailliert regelt, muss demgegenüber nicht vereinbart sein: Art. 374 OR). Im schriftlichen Vertrag der Parteien steht dazu nichts. Auch die Einzelrichterin tut sich im angefochtenen Urteil schwer mit dem Punkt. Sie erwägt, die Auslegung des Vertrages habe ungeachtet von dessen Wortlaut danach zu erfolgen, was die Parteien übereinstimmend wollten, allenfalls danach, was unter den gegebenen Umständen und nach Treu und Glauben als ihr Wille ermittelt werde. Das ist richtig und gibt die Art. 18 OR und Art. 2 ZGB zutreffend wieder. Es ersetzt aber nicht die Feststellung, was für ein Werk abzuliefern war. Diese Feststellung ist unabdingbare Voraussetzung für die Prüfung der Frage, ob die Vergütung nach der (wenn auch subsidiären, hier durch spezifische Abmachungen verdrängten) Bestimmung von Art. 372 OR fällig wird. Zudem ist durch einen Vergleich des Gelieferten mit dem Geschuldeten zu beurteilen, ob der Besteller zu Recht die Annahme verweigert, weil überhaupt nicht das Bestellte abgeliefert wurde, oder Mängel geltend macht – welche begrifflich eine Abweichung vom Vereinbarten sind (Art. 368 OR).

Die Parteien haben sich auf die Erstellung eines "Kinodokumentarfilms" von 90 Minuten Dauer mit dem "Arbeitstitel: D. \_\_\_\_\_" durch den Kläger geeinigt (act. 4/3). Weitere Spezifikationen fehlen im Vertrag. Daher stellt sich die Frage, ob das abzuliefernde Werk überhaupt bestimmt werden kann. Gewiss ist es unter dem Aspekt der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) zulässig, die vertragliche Leistung nur rudimentär zu umschreiben, was dem Leistungspflichtigen die Konkretisierung erlaubt, so lange er nur "mittlere Qualität" anbietet (vgl. Art. 71 OR). Auch dann muss das Gericht allerdings im Streitfall entscheiden, ob der Vertrag überhaupt erfüllt wurde, und es muss eine Mängelrüge am vertraglich Geschuldeten gemessen werden können; das ist aber nicht möglich, wenn die Referenzgrösse – die geschuldete Leistung – nicht bekannt ist und nicht ermittelt werden kann. Ein "Film" ist eine reproduzierbare rasche Folge von Bildern (im Vertrag definiert mit technischen Parametern: Ziff. 1.10), und ein "Dokumentarfilm" nimmt auf reale Gegebenheiten Bezug. Allein unter dem Aspekt von Art. 19 OR ist es nicht un-

denkbar, dass jemand ohne weitere Spezifikation so etwas bestellt, das (als drittes Element im Vertrag der Parteien) eine Dauer von 90 Minuten haben soll. Das ist freilich äusserst unwahrscheinlich, weil sich der Besteller damit der völligen Willkür des Vertragspartners aussetzt. Der Kläger ist zwar der Ansicht, die mangelnde Bestimmung des Werkes bedeute nicht, dass er hätte "schrakenlos produzieren" können; gleichzeitig verwahrt er sich aber unter Berufung auf seine "künstlerische Freiheit" gegen jegliche inhaltliche Einschränkung, reklamiert also genau die Schrankenlosigkeit, welche er verneint. Dass sich die Beklagte als im öffentlichen Interesse stehende Institution mit staatlichem Auftrag und mit Zwangsgebühren finanziert einem solchen Diktat unterwerfen wollte, ist kaum denkbar. Die Einzelrichterin sieht richtig, dass die vom Kläger in Anspruch genommene Freiheit, was für einen Film er der Beklagten abliefern wolle, nach Treu und Glauben aus der Sicht der Bestellerin keinen Sinn ergibt, und dass das der Kläger erkennen konnte und musste (Art. 2 ZGB). Es kommt hinzu, dass der Vertrag selber zwar keine Spezifikation enthält, aber den ausdrücklichen Hinweis auf eine solche: "das nachstehend umschriebene audiovisuelle Werk" – und eine solche Spezifikation ist also offenbar gewollt. So weit drängte sich der rechtliche Schluss auf, die Parteien hätten keine Einigung über die wesentlichen Bestandteile des Vertrages gefunden (Art. 1 Abs. 1 OR und Art. 2 Abs. 1 OR e contrario). Damit fehlte der Klage auf Vertragserfüllung das rechtliche Fundament, und deren Abweisung durch die Einzelrichterin wäre im Ergebnis ohne Weiteres richtig. Die von der Beklagten geleisteten Teilzahlungen erfolgten ohne Rechtsgrund (Art. 2 Abs. 2 OR). Da die Parteien ein Papier unterzeichnet hatten, welches sie als bindenden Vertrag ansahen, hätte sich die Beklagte im Irrtum über ihre Leistungspflicht im Sinne von Art. 64 Abs. 1 OR befunden und könnte sie die Zahlungen zurückfordern. Auch die Guttheissung der Widerklage wäre also im Ergebnis richtig.

Die Einzelrichterin hat freilich mit Recht weitergedacht. Sie hat untersucht, was nach Treu und Glauben ein konkreter(er) Inhalt des Vertrags unter den Parteien sein könnte, und so ist auch hier vorzugehen.

Einem unbefangenen Dritten wird wie auch der Einzelrichterin von den rudimentären Vorgaben im Vertrag zuerst der (vorläufige) Titel des Films auffallen:

D.\_\_\_\_\_. Die spontane Assoziation führt zum Märchen aus "G.\_\_\_\_\_" : der arme Junge D.\_\_\_\_\_ erfährt von einer ... [Szene]. Andere Assoziationen zu "D.\_\_\_\_\_" drängen sich dem unbefangenen Dritten nicht auf, und im Prozess wird auch nichts in diese Richtung behauptet. Das Märchen könnte man, auch wenn H.\_\_\_\_\_ es bereits getan hat, zweifellos verfilmen. Das scheint aber nicht die Absicht der heutigen Parteien gewesen zu sein.

Der Kläger hatte bei Vertragsschluss allerdings auch schon Vorarbeiten zu einem Film "D.\_\_\_\_\_" geleistet, und das dazu erarbeitete Dossier lag der Beklagten vor (act. 14/3 = act. 42/3.1). In dem diesem Dossier vorangestellten Papier "Inhalt" wird dieser angegeben als Weg eines jungen I.\_\_\_\_\_ "vom ...-jungen zum bildenden ... [Beruf]", schwierigen Verhältnissen in der Familie, und von einem Deutschen namens J.\_\_\_\_\_, welcher dem Jungen zur Ausreise nach Europa verhilft und ihm später künstlerische Anregungen gibt. Gemäss dem folgenden "Kommentar" soll die globale Migrationsproblematik gezeigt werden und namentlich nicht ein Mensch "von der bedrohlichen Seite des Zauns", sondern ein "ganz normaler Junge", dem ähnlich wie seinen Altersgenossen in Europa bestimmte gesellschaftliche Chancen verwehrt sind. Nicht zur Sprache kommen sowohl in der Übersicht zum Inhalt als auch im "Kommentar" die Problematik der sexuellen Ausbeutung und der sexuelle Missbrauch von Kindern oder Jugendlichen, welche aus E.\_\_\_\_\_ nach Europa auswandern wollen.

In der gegebenen Situation ist bei einer objektivierten Betrachtung nach Treu und Glauben anzunehmen, das Dossier habe Grundlage des Vertrages der Parteien gebildet.

Zwar bestimmen die allgemeinen Vertragsbedingungen, welche die Parteien zum Bestandteil ihres spezifischen Vertrages machten (act. 42/2.1 S. 1 unten), dass "Änderungen und Ergänzungen an diesem Vertrag" nur schriftlich gültig seien (act. 42/2.2 Ziff. 11.). Da stellt sich vorweg die Frage, ob "dieser Vertrag" die als "C.\_\_\_\_\_" bezeichnete Rahmen-Vereinbarung oder aber den spezifischen Vertrag über einen konkreten Film meint. Wörtlich genommen ist das erste der Fall, und dann steht die Klausel einer nicht-schriftlichen, also stillschweigenden Definition des bestellten Werkes nicht entgegen. Unbefangen verstanden sollte

der Vorbehalt aber doch wohl auch auf den einzelnen Vertrag bezogen werden. Allerdings ist auch das nach Treu und Glauben zu verstehen und anzuwenden. Das bedeutet zuerst, dass die ausdrücklichen Bestimmungen des einzelnen Film-Vertrages wie die technischen Spezifikationen, der Zeitplan und der Werklohn nur schriftlich sollen abgeändert werden können. Der Rückgriff auf Unterlagen zum Vertrag, welche in diesem nicht genannt sind, stellt zwar eine "Ergänzung" dar. Vernünftigerweise und unter korrekten Vertragspartnern konnte aber nicht die Meinung sein, dass eine solche Art der Ergänzung, welche das bestellte Werk überhaupt erst definiert, ausgeschlossen sei. Anders wäre es, wenn der Vertrag auf das Produktions-Dossier Bezug nähme und an diesem nachträglich Änderungen vorgenommen werden sollten. Dann würde sich die Frage stellen, ob die Parteien einvernehmlich und stillschweigend den Vorbehalt der Schriftlichkeit aufgehoben hätten (was zulässig wäre, aber im Bestreitungsfall bewiesen werden müsste). Darum geht es aber heute nicht. Vorläufiges Zwischenergebnis ist demnach, dass der Inhalt des von der Beklagten bestellten und vom Kläger zu liefernden Films dem genannten Produktionsdossier zu entnehmen ist.

So weit ist freilich erst der so genannte normative Konsens ermittelt. Richtig hat die Einzelrichterin erwogen, es komme demgegenüber primär darauf an, was die Parteien übereinstimmend wollten (Art. 18 Abs. 1 OR). Das ist eine Frage nach tatsächlichen Umständen und muss gegebenenfalls Gegenstand von Beweiserhebungen bilden.

Der Kläger behauptet, die Parteien hätten bewusst keinen Verweis auf die Vorarbeiten zu einem Film "D.\_\_\_\_\_, ... [Titel]" in den Vertrag aufgenommen, um ihm volle Freiheit zu sichern (act. 87 Rz. 34, 51, 111, ausdrücklich auch schon in erster Instanz: act. 33 Rz 19 ff.). Die Beklagte behauptet demgegenüber, Grundlage sei die vom Kläger verfasste "Beschreibung des Drehvorhabens" gewesen (act. 41 S. 3 unten). Sie "bestreitet, dass ..." [die Unterlagen]" nicht zum Bestandteil der Vereinbarung worden sind" (act. 41 S. 16/ad 22) und behauptet, "Der Film sollte exemplarisch die Fluchtgeschichte der jungen E.\_\_\_\_ auf ihrem Weg nach Europa erzählen" (act. 41 S. 19/ad 30). Als positive Behauptung des inneren Willens ihrer Organe ist diese gewundene Ausdrucksweise etwas dünn, als Bestrei-

tung der Behauptung des Klägers aber ausreichend. Was die Parteien ungeachtet ihrer allenfalls unklaren oder missverständlichen Äusserungen in Wahrheit wollten (worauf es nach Art. 18 Abs. 1 OR ankommt), ist eine tatsächliche Frage, über welche Beweis zu erheben ist. Das setzt allerdings voraus, dass die beweisbelastete Partei (hier der Kläger) rechtzeitig die erforderlichen Beweismittel genannt hat (Art. 221 Abs. 1 lit. e und Art. 55 Abs. 1 ZPO). Der Kläger nennt nun für seine Behauptung keine tauglichen Beweismittel. Der zum Beweis angerufene schriftliche Vertrag stützt seine Auffassung nicht, auch wenn er keine inhaltliche Umschreibung enthält (dazu vorstehend). Im Übrigen offeriert der Kläger nur seine eigene Befragung (act. 33 Rz. 14, 29, act. 72 S. 5/Rz. 12, S. 6/Rz. 14 S. 13/Rz. 38). Diese Beweisangebote erfolgten überdies gar nicht zu diesem Thema, sondern dazu, dass von ihm (dem Kläger) nach Treu und Glauben ein pointiert homoerotischer Film zu erwarten gewesen sei, und dass die Ablehnung seiner Arbeit durch die Beklagte auf einer homophoben Grundeinstellung von deren Organen beruhe. Das Zeugnis von K.\_\_\_\_\_ soll belegen, dass diese den abgelieferten Film gut fand (act. 72 S. 27/Rz. 88); das trüge, würde es auch bestätigt, zur hier interessierenden Frage nichts bei. Zudem könnte die Befragung des Klägers (allein), wenn sie dafür offeriert wäre, allenfalls den Beweis erbringen, dass er glaubte und wollte, in schrankenloser Freiheit einen Film zu produzieren, den die Beklagte aufgrund des Vertrages abnehmen und zahlen müsse. Zur (für den Kläger) erfolgreichen Anwendung von Art. 18 OR müsste aber auch bewiesen werden können, dass die *Beklagte* dieser Meinung war. Mit den vom Kläger genannten Beweismitteln ist dieser Beweis nicht zu erbringen.

Damit war und ist in diesem Punkt kein Beweis abzunehmen. Es bleibt dabei, dass der Inhalt des Werkvertrages nach Treu und Glauben aufgrund der beim Vertragsschluss vorhandenen Vorarbeiten zu bestimmen ist.

3.3 Die Einzelrichterin behandelt vor der Diskussion der geltend gemachten Mängel die Rüge der Beklagten (Urteil S. 10 ff). Der Kläger folgt dem in der Berufung (act. 87 Rz. 19 ff.).

Die Beteiligten diskutieren eine E-Mail der Beklagten vom 30. Juli 2011 als (mögliche/behauptete/bestrittene) Mängelrüge. Die Einzelrichterin stellt ihren Er-

wägungen allgemeine Überlegungen zur Mängelrüge im Werkvertrag voran. Wie die Rüge bezeichnet werde, spiele keine Rolle, wenn der Unternehmer nur erkennen könne, dass sein Werk beanstandet und in der bestehenden Form nicht als vertragskonform betrachtet werde. Das ist nach Auffassung des angefochtenen Urteils offenkundig der Fall, denn der Kläger habe auf das Mail der Beklagten hin (act. 14/4) geantwortet, er habe die Einwände mit seiner Cutterin besprochen (act. 14/5).

Der Kläger lässt das nicht gelten. Die behauptete Rüge sei als "feedback" bezeichnet worden und sei das auch: eine Anregung, und keine Rüge. Der Autor der Mail, L.\_\_\_\_\_, habe zum Ausdruck gebracht, er sei nicht ganz glücklich oder zufrieden, aber er habe gerade nicht erklärt, das Gelieferte weiche vom Versprochenen ab. Seine (des Klägers) Mail vom 8. August 2011 bedeute auch keineswegs die Anerkennung einer Rüge (act. 87 Rz. 19 ff.).

L.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Beklagten schrieb dem Kläger in der Mail vom 30. Juli 2011 (act. 14/4): "Anbei mein ausführliches und teilweise vielleicht etwas hartes feedback (...) doch es bringt nicht viel, bei einem so heiklen Thema um den Brei herumzureden. Wie Du sehen wirst, bin ich mit einigen Entscheidungen nicht glücklich, weil es aber offensichtlich noch ein früher Rohschnitt ist, hoffe ich, dass der nächste eher unseren Erwartungen entspricht". In einem Anhang sind zahlreiche Kritikpunkte aufgelistet. Zum Teil betreffen sie den Erzähl-Strang (schon zu Beginn sei die Fluchtgeschichte "erledigt", die Einführung des Mannes mit dem Fernglas/Schriftsteller "funktioniere" nicht, "wo ist die Mutter?", der Zusammenbruch D.\_\_\_\_\_'s nach dem Tod des Vaters sei "zu lange erzählt", "Konzert von D.\_\_\_\_\_ ist mir ein Rätsel (...) ist es überhaupt seine Stimme?", "Alles komplett unverständlich. Bis hin zur Hochzeit"). Dass solche handwerklich-filmerischen Elemente im Sinne der Auffassung des Klägers als quasi kollegiale Anregungen zur Optimierung zu verstehen sind, ist nicht auszuschliessen, die Wortwahl der Beklagten dazu ist nicht eindeutig. Anders verhält es sich allerdings mit den homoerotischen Aspekten. Die Beklagte schreibt, die "Szene ... [Szene]: Gänzlich weglassen, jede Sekunde zeigt, ob gewollt oder nicht, das ausschliesslich pädophile Interesse des Europäers am Jungen" (S. 2 Mitte). Weiter: "Über die

Duschszene muss man wohl nicht gross diskutieren. Reinste Pädophilie, auch hier wieder" (ebenda). Ferner: "Dann der Mann (...) Soll er stellvertretend für alle Ausländer sein, die die ...-jungs so ausbeuten, wie sein Blick auf den Körper des Jungen verraten? (...) als delirierte D.\_\_\_\_\_ über den Tod seines Freundes bei der Flucht, und selbst hier verzichtet der Film nicht auf genau jenen ausbeuterischen Blick auf seinen Körper" (S. 3 Mitte). dann: "Jetzt schreibt der <Schriftsteller> tatsächlich über D.\_\_\_\_\_? (...) Ich, der mich stets für die sexuelle Befreiung der Kinder eingesetzt habe ... (...) Abgesehen von dieser Ungeheuerlichkeit: kompletter Stilbruch (...) Dieser Schriftsteller muss als handelnde Figur komplett raus" (S. 3 Mitte und unten).

Zutreffend hat die Einzelrichterin erwogen, die Bezeichnung "feedback" sei für sich allein genommen nicht entscheidend. Was das Gesetz für den Inhalt des Vertrages bestimmt (Art. 18 Abs. 1 OR), gilt nach Art. 2 Abs. 1 ZGB auch für alle anderen Willensäusserungen und Willensbetätigungen der Parteien. "Feedback" heisst sprachlich nichts anderes als "Rückmeldung", und eine solche kann positiv oder negativ sein – das sieht man daran, dass die Wendung "das feedback des Bestellers war vernichtend" nicht als Widerspruch verstanden wird. Einzuräumen ist, dass ein Titel "Mängelrüge" über der Mail die Sache klarer gemacht hätte. Dass eine rücksichtsvollere Formulierung gewählt wurde, mag der persönlichen Beziehung von Sender und Empfänger geschuldet sein (sie verkehrten jedenfalls damals per Du). Immerhin steht schon in der ersten Zeile, die Reaktion sei "vielleicht etwas harsch", und namentlich "(bringe es) nicht viel, bei einem so heiklen Thema um den Brei herumzureden". Deutlich wird auch, dass vom Kläger Änderungen erwartet werden: dass der nächste Rohschnitt "eher unseren Erwartungen entspricht" (act. 14/4 S. 1).

Ist dieser Vorspann auch noch zurückhaltend, macht dann der Anhang klar, dass der gelieferte Rohschnitt so nicht als Vertragserfüllung akzeptiert werde. Offenkundig und unmissverständlich stösst sich der Absender konkret an der homoerotischen Seite des Films und an der Rolle, welche dem älteren Europäer gegenüber D.\_\_\_\_\_ zugewiesen wird. Ob das von der künstlerischen Freiheit des Klägers gedeckt war, ist eine Frage des Mangels an sich, nicht der Rüge. Dass diese

ausreichend deutlich erklärt wurde, hat die Einzelrichterin zutreffend gefunden und ist auch die Auffassung der Kammer.

Der Kläger beharrt zwar in der Berufung darauf, die Beklagte habe verspätet gerügt (act. 87 Rz. 19 und 24). Dies aber auf der Grundlage seiner Auffassung, das erste "feedback" der Beklagten sei nicht als Rüge zu verstehen, und die Beanstandungen nach der zweiten Fassung des Films seien zu spät erfolgt. Das dürfte zutreffen, so weit es um Elemente geht, welche schon im ersten "Rohschnitt" enthalten waren. Dass schon das "feedback" als Rüge verspätet sei, macht der Kläger aber nicht geltend.

3.4.1 Der Diskussion der geltend gemachten Mängel stellt die Einzelrichterin die Bestimmungen im Vertrag voran, wonach die Beklagte durch ihre Verantwortlichen die Herstellung des Werkes begleitete und "in Anwendungs- und auslegungsfragen fachlicher Art" entscheiden sollte und "für den künstlerisch-redaktionellen Bereich (Inhalt und Form)" zuständig war. Bei den einzelnen Schritten würde die Qualität der Produktion in künstlerischer und technischer Hinsicht überprüft, sowie die Vereinbarkeit des Inhalts mit den Programmbestimmungen der Konzession B2.\_\_\_\_\_. Die Abnahme des Werkes konnte verweigert werden, wenn es von den in den Besonderen Vereinbarungen vereinbarten Spezifikationen in erheblicher Weise abwich, oder wenn berechtigte Mängelrügen, die anlässlich früherer Abnahmen erhoben wurden, nicht beachtet worden wären (act. 90 S. 14 ff.).

Die einzelnen Streitpunkte fasst das angefochtene Urteil als Auszug aus dem vorstehend beschriebenen Mail L.\_\_\_\_s an den Kläger zusammen (act. 90 S. 23). Zur "*Duschszene*" stellt das Urteil fest, D.\_\_\_\_\_ werde von seinem Gönner J.\_\_\_\_\_ vollkommen nackt beim Duschen gefilmt. Dabei spiele eine Rolle, dass der Film für den unbefangenen Betrachter keine klare Aussage über das Alter D.\_\_\_\_s mache, dass der Junge im Bereich der sexuellen Mündigkeit nach schweizerischem Recht also durchaus noch darunter sein könnte. Zudem suggeriere die Szene, dass J.\_\_\_\_\_ ein sexuelles Interesse an D.\_\_\_\_\_ habe, umso mehr, als für die gezeigte und geäußerte Zuneigung der beiden kein anderer Hintergrund plausibel werde. Bei der Szene "... [*Szene*]", bei welcher der ein ... [Le-

bensmittel] verschlingende D.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ einen "strahlend-lächelnden" Kontakt aufnehmen, ist die Assoziation ...[Gegenstand] > Phallus nach Ansicht der Einzelrichterin denkbar, aber so weit hergeholt, dass sie unbedenklich ist. Bedenklich beurteilt sie andererseits die "*Brief-Szene*". J.\_\_\_\_\_ liest aus einem Brief vor, wonach D.\_\_\_\_\_ mit einer 12-Jährigen schlafe, und sagt: "(...) ich der mich stets für die sexuelle Befreiung der Kinder eingesetzt habe...". Im Zusammenhang mit den anderen Szenen müsse der Zuschauer den Satz so verstehen, dass J.\_\_\_\_\_ "eine Vorliebe für Kinder hat bzw. Kindsmisbrauch zu legitimieren scheint" – und dabei gehe es um die sexuelle Ausbeutung an sich und unabhängig vom Geschlecht der missbrauchten Person. Der Film zeige, wie D.\_\_\_\_\_ bei seinem "väterlichen Freund" J.\_\_\_\_\_ wohne, von ihm verschiedentlich unterstützt werde und dank seiner Hilfe am Ende die Ausreise nach Europa schaffe. Dabei werde suggeriert, dass das D.\_\_\_\_\_ letztlich dank seiner – als sexuell dargestellten – Beziehung zu J.\_\_\_\_\_ gelinge. Dieser Mechanismus werde gleichsam als üblich/unproblematisch hingestellt und weder kritisch hinterfragt noch sonst aufgearbeitet.

Damit habe die Beklagte aufgrund der Vorgaben zu dem Film nicht rechnen müssen, und das Gelieferte weiche daher vom Vereinbarten ab. Zudem widerspreche das Werk auch den publizistischen Leitlinien und den Programmbestimmungen der Konzession der Beklagten – allerdings nicht wegen der heiklen Thematika Kindsmisbrauch oder Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses, sondern weil dazu jede kritische Reflexion fehle (act. 90 S. 27 ff.).

3.4.2 Der Kläger fasst in der Berufung seine Rügen zum Thema Mangel wie folgt zusammen: er habe "einen Film geliefert, der den Nerv der Zeit trifft und eben auch eine homoerotische Komponente beinhaltet. (...). Als Pädophilie, Kindsmisbrauch und die Ausbeutung eines Abhängigkeitsverhältnisses wurde diese homoerotisch Komponente ausgelegt, obwohl dies ganz offensichtlich nicht zutrifft. Die Berufungsbeklagte musste bereits aufgrund des Portfolios des Berufungsklägers mit solchen Szenen rechnen" (act. 87 Rz. 14), und als Fazit stellt er fest, nicht nur verletze das angefochtene Urteil das Vertragsrecht, sondern auch seine (des Klägers) künstlerische Freiheit als Ausfluss der Meinungsfreiheit und

übe damit Zensur (act. 87 Rz. 95). Im Detail erläutert der Kläger unter dem Titel "keine Mangelhaftigkeit" (act. 87 Rz. 28 ff.) seine Auffassung, dass ihm als Künstler durch den Vertrag mit der Beklagten keine inhaltlichen Schranken auferlegt seien – zusammengefasst sei ein inhaltlicher Mangel daher per se ausgeschlossen (Rz. 55).

Konkret habe die Beklagte, wenn sie beim Kläger einen Film bestellte, mit Szenen wie der "Duschszenen" rechnen müssen. Schon in erster Instanz habe er dargelegt, dass sein Stil und seine Richtung bekannt gewesen seien. Er habe früher den Film "M. \_\_\_\_\_" produziert, die Geschichte eines jungen Knaben, der von zu Hause wegläuft und als Strassenstrolch in die Arme von Männern getrieben wird, mit denen er sich sexuell einlässt. Und sein Werk "F. \_\_\_\_\_" (das er mit der Beklagten zusammen produzierte) beschreibt er mit "Herren im Ruhestand haben sich in die I. \_\_\_\_\_ Hafenstadt N. \_\_\_\_\_ zurückgezogen, um hier Sonne, Meer, Leben und Sex zu genießen - schwulen Sex", wobei es (um einiges expliziter als in "D. \_\_\_\_\_") um den Kontakt zwischen jüngeren und älteren Männern gehe. Was das Alter von D. \_\_\_\_\_ im Film angeht, betrachtet es der Kläger als willkürlich, aus fehlenden konkreten Angaben abzuleiten, der Junge könnte jünger als 16 Jahre alt sein (tatsächlich sei er 16 Jahre alt) – und wenn das einzelne Kinobesucher meinten, wäre das nicht relevant. Der dargestellte J. \_\_\_\_\_ verhalte sich objektiv betrachtet weder pädophil noch kindsmisbräuchlich, auch wenn er sexuelles Interesse an D. \_\_\_\_\_ zeige – das sei, wie die homoerotische Komponente überhaupt, im Verfahren nie bestritten worden. Die "Duschszenen" sei kein Mangel. Bei der "Szene mit dem ... [Lebensmittel]", einer Schlüsselszene des Films, werde das homoerotische Interesse von J. \_\_\_\_\_ an D. \_\_\_\_\_ gezeigt, aber daran sei nichts Verwerfliches. Der Satz von J. \_\_\_\_\_, "ich der mich stets für die sexuelle Befreiung der Kinder eingesetzt habe", bedeute keine Andeutung einer Billigung von Pädophilie oder Ausnützung von Abhängigkeit. Eine romantische Beziehung zwischen einem Erwachsenen und einem Kind werde nicht dargestellt. Dass die Einzelrichterin eine Beziehung herstellt zwischen dem Wohnen D. \_\_\_\_\_s bei J. \_\_\_\_\_, dessen Hilfe und Unterstützung des Jungen zur Ausreise und einer sexuellen Beziehung, findet der Kläger abstrus. Die Äusserungen D. \_\_\_\_\_s über J. \_\_\_\_\_ ("mit diesem Ausländer begann für mich ein neues Leben – es entwickel-

te sich eine grosse Zuneigung zwischen uns – er hat sich um mich gekümmert wie ein echter Vater – war er an mir sehr interessiert, denn ich erzählte ihm mein ganzes Leben...") böten keinen Anhaltspunkt für eine sexuelle Beziehung.

Der Kläger verweist zudem darauf, dass ihm über zwanzig international renommierte Künstler ihre Solidarität ausdrückten und die Haltung der Beklagten als "Versuch der Diffamierung" und "völlig unbegründete, anachronistische Zensur" betrachteten (act. 23/13).

Ein Verstoss gegen publizistische Leitlinien oder Konzessions-Bestimmungen liegt nach Auffassung des Klägers nicht vor, da der Film keine pädophilen Szenen enthalte und weder Kindsmisbrauch noch Ausnützen von Abhängigkeit angedeutet werden – was allerdings in einem semi-dokumentarischen Werk zu diesem Thema gar nicht gegen die Konzession verstiesse (Rz. 81 ff.).

3.4.3 Wie vorstehend erörtert (E. 3.2), hatte der Kläger beim Herstellen des Films nicht die völlige Freiheit, die er für sich reklamiert. Wäre dem so, hätte er Recht, und es erübrigte sich eine Diskussion von Mängeln als Abweichung vom Vereinbarten. Nach der Auffassung der Kammer ist aber zu prüfen, ob sich das Gelieferte an das Geschuldete hält, also ob der Film die Erwartungen erfüllt, welche eine vernünftige und korrekte Vertragspartei als Bestellerin aufgrund der beschriebenen Vorarbeiten erwarten durfte. Dabei kann angesichts der doch erst generellen Umschreibung des Film-Inhaltes nur eine relativ schwer wiegende Abweichung als Mangel relevant sein. Andererseits darf es für das Gericht keine Rolle spielen, wenn sich bedeutende Künstler mit dem Kläger solidarisieren und ihre Meinung zum Ausdruck bringen, der Kläger werde "diffamiert" und "zensuriert". Diese Äusserung hat soweit ersichtlich auch gar keinen Bezug zu den vertraglichen Grundlagen, um welche es geht.

In erster Linie steht der Kläger auf dem Standpunkt, er sei als Künstler mit erotischen Filmen über homosexuelle Beziehungen bekannt geworden, und die Beklagte habe das gewusst. Das letztere dürfte zutreffen, wenn die Beklagte den Film des Klägers "F.\_\_\_\_\_" seinerzeit mitverantwortete. Von da her wäre nicht unerwartet gewesen, wenn der D.\_\_\_\_\_ des Films seine ersten sexuellen Erfah-

rungen mit einem jungen Mann und nicht mit einer jungen Frau gehabt hätte (nach Darstellung des Klägers ist das letztere der Fall; er beschreibt die "Brief-Szene" als Reaktion darauf, dass D.\_\_\_\_\_ mit einem Mädchen schlafe). Und solche Andeutungen oder Szenen liessen sich auch ohne Weiteres damit vereinbaren, dass D.\_\_\_\_\_ als junger I.\_\_\_\_\_ dargestellt werden soll, der familiär, sozial und wirtschaftlich Schwierigkeiten hat und sich in Europa eine sozusagen paradiesische Zukunft erhofft ("... [Titel]") – wie die Vorarbeiten zum Film erwarten liessen.

Etwas sehr Anderes ist es, dass der ältere Europäer, welcher sich D.\_\_\_\_\_s annimmt, ihm bei der Ausreise nach Europa behilflich ist und ihm künstlerische Anregungen gibt (so gemäss den Vorarbeiten zum Film), auch nach Darstellung des Klägers ein offenes sexuelles Interesse an dem Jungen zeigt. So erklärt der Kläger selbst, schon die "Szene mit dem ... [Lebensmittel]" – bei welcher die Assoziation der ... [Gegenstand] im Hintergrund mit einem Phallus für den unbefangenen Betrachter durchaus etwas gesucht ist – zeige das homoerotische Interesse von J.\_\_\_\_\_ an D.\_\_\_\_\_. Der ganze Film habe eine homoerotische Komponente, und daran sei ja nichts Verwerfliches. Dass J.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ beim Duschen nackt filmt, ist entgegen der Auffassung des Klägers aber sehr wohl bedeutsam: D.\_\_\_\_\_ sagt, J.\_\_\_\_\_ kümmere sich "wie ein Vater" um mich. Das mag vom Engagement im Hinblick auf die Ausreise nach Europa und für künstlerische Anregungen zutreffen. Aber auch ein homosexuell orientierter Vater dürfte seinen halbwüchsigen Sohn niemals nackt filmen. Täte er das, wäre es in höchstem Mass alarmierend (und das gleiche gälte selbstverständlich, wenn ein heterosexuell veranlagter Vater seine Teenager-Tochter nackt filmte). Letztlich nicht klar einzuordnen ist die "Szene mit dem Brief", in welcher J.\_\_\_\_\_ sagt, "Ich, der mich stets für die sexuelle Befreiung der Kinder eingesetzt habe". Im Zusammenhang mit dem Umstand, dass D.\_\_\_\_\_ eine zwölfjährige Geliebte hat, macht er kaum Sinn – dieses Mädchen hat sich offenbar sexuell bereits "befreit". Auch D.\_\_\_\_\_ dürfte mit "Kind" nicht direkt angesprochen sein, auch wenn der Gedanke nahe liegt – wirkliche "Kinder", die körperlich noch nicht entwickelt sind, dürfte J.\_\_\_\_\_ kaum meinen. Die Szene macht aber im Zusammenhang mit dem sexuellen Interesse des J.\_\_\_\_\_ an D.\_\_\_\_\_ (welches der Kläger schon in der "Schlüsselsze-

ne" mit dem ... [Lebensmittel] erklärermassen zum Ausdruck bringen will) so oder so deutlich, dass sich J.\_\_\_\_\_ zu jungen männlichen Partnern hingezogen fühlt. Ob D.\_\_\_\_\_ gerade schon oder noch nicht sechzehnjährig ist, lässt sich aufgrund der Akten und der Vorträge der Parteien nicht abschliessend beurteilen. Wenn die Einzelrichterin annimmt, einzelne Betrachter könnten glauben, D.\_\_\_\_\_ sei noch (nach schweizerischen Massstäben) im Schutzalter, dürften das doch eher Ausnahmen sein. Keinesfalls "abstrus", wie der Kläger meint, sondern aus der Sicht eines unbefangenen Betrachters sehr nahe liegend ist allerdings der Eindruck, J.\_\_\_\_\_ verbinde seine Unterstützung und Förderung D.\_\_\_\_\_s (auch) mit dessen sexuellen Hingabe – dieses Ausnützen wird für den unbefangenen Betrachter nahe gelegt nicht zuletzt in Verbindung mit dem Umstand, dass D.\_\_\_\_\_ eine sexuelle Beziehung mit einem Mädchen hat, also nicht ausschliesslich homosexuell orientiert ist. Dabei spielt sehr wohl auch eine Rolle, dass D.\_\_\_\_\_ bei J.\_\_\_\_\_ wohnt. Der Kläger mag Recht haben damit, dass er keine expliziten Sex-Szenen zeigt, und dass er das Verhältnis der beiden Männer nicht als "romantisches" darstelle. Die Beklagte hat sich aber nicht an "expliziten" Szenen gestört, sondern daran, dass J.\_\_\_\_\_ als wesentlich älterer Mann sich für den jungen D.\_\_\_\_\_ sexuell interessiert, und dass eben für einen unbefangenen Betrachter der Schluss sehr nahe liegt, D.\_\_\_\_\_ erkaufe sich die Unterstützung des "väterlichen Freundes" mit sexueller Gefälligkeit. Das wird bekräftigt dadurch, dass D.\_\_\_\_\_ bei J.\_\_\_\_\_ wohnt, und dazu bedarf es keiner Einstellung, welche die beiden im selben Zimmer oder sogar zusammen im Bett zeigt. Es spielt auch keine entscheidende Rolle, ob der Tatbestand von Art. 188 Ziff. 1 StGB ("Sexuelle Handlungen mit Abhängigen") tatsächlich erfüllt wird. Das Thema ist, wie es L.\_\_\_\_\_ zutreffend ausdrückte, sehr delikate. Darüber könnte man durchaus einen Film drehen. O.\_\_\_\_\_, einer der moralischen Unterstützer des Klägers (act. 23/13), hatte das in "P.\_\_\_\_\_" zum Thema Inzest getan, ein vielleicht noch heikleres Thema, wenn auch vom Strafrecht hinsichtlich der Strafdrohung gleich behandelt (Art. 213 StGB). Nur hatte die Beklagte mit dem abgeschlossenen Vertrag nicht so einen Film bestellt. Es sollte ein "Dokumentarfilm" werden, zum Thema Migration, der zum Ausdruck bringe, dass die jungen Menschen, die nach Europa drängen, die nämlichen Freuden und Nöte erleben wie ihre Altersgenossen in Europa (vorste-

hend, Erw. 3.2). Wenn der ältere Europäer, welcher dem jungen E.\_\_\_\_\_ behilflich ist, an diesem sexuell interessiert ist, und wenn nahe gelegt wird, dass der junge Mann ihm nachgibt, um seine Ziele zu erreichen, ist dieses Element vom Vertrag nicht gedeckt. Dabei spielt es keine Rolle, wenn die Beklagte frühere Arbeiten des Klägers kannte, welche offenbar ziemlich explizit die sexuellen Kontakte älterer Herren mit jungen Burschen zeigten, denn Solches hatten die Parteien in diesem Fall eben nicht vereinbart. Das Verhältnis von D.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ betrifft auch nicht einen Neben-Strang der Erzählung oder eine beiläufig erzählte Episode, sondern einen zentralen Punkt des Films – wie gesehen erklärt der Kläger selbst, das erste Zusammentreffen der beiden Protagonisten, bei welchem J.\_\_\_\_\_ sein sexuelles Interesse an D.\_\_\_\_\_ zu erkennen gibt, sei eine Schlüsselszene des ganzen Films. Im Sinne der nicht nur untergeordneten Abweichung des Gelieferten vom Geschuldeten ist das ein Mangel.

Ob der Film abgesehen von der Abweichung vom Vertrag auch die publizistischen Leitlinien der Beklagten und die Konzessionsbestimmungen verletzte, kann damit offen bleiben. Gewiss läge eine solche Verletzung nicht im Thema an sich. Wie der Kläger zu Recht sagt, kann Homosexualität allein heutzutage nicht mehr problematisch sein. Allerdings ist es das Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses sehr wohl (unabhängig vom Geschlecht der ausgenützten Person, wie die Einzelrichterin zutreffend anmerkt), und die Beklagte hat darum mit Recht darauf hingewiesen, dass das Verhalten von J.\_\_\_\_\_ im Film kritisch hätte reflektiert werden müssen. Der Kläger macht nicht geltend, dass das der Fall sei – aus seiner Sicht konsequent, denn diese Bedenken brauchten ihn tatsächlich nicht zu kümmern, wenn er überhaupt keine Rechenschaft zum Inhalt des Films schuldet, was aber nicht zutrifft (vorstehend, E. 3.2).

Wenn der Kläger den Organen der Beklagten Homophobie und der Einzelrichterin Willkür vorwirft, übergeht er die vertraglichen Grundlagen der Auseinandersetzung. Die Beklagte hatte von ihm einen Dokumentarfilm mit dem in den Vorarbeiten dargestellten Inhalt bestellt, und was er lieferte, wich wesentlich davon ab (was er einräumt: die homoerotische "Szene mit dem ... [Lebensmittel]" sei eine Schlüsselstelle des Werkes). Es kommt daher nicht darauf an, ob Organe

der Beklagten die Homosexualität generell ablehnen. Auch wenn dem so sein sollte, durfte die Beklagte auf Erfüllung des Vertrages bestehen.

3.5 Die Einzelrichterin erörtert weiter das Verhalten der Parteien nach der erfolgten Mängelrüge. Sie erwägt, mit der Rüge habe die Beklagte ihr Recht auf Nachbesserung ausgeübt, und der Kläger habe das in seiner Reaktion anerkannt. In der Folge habe er zwar eine neue Fassung des Films abgeliefert, die wesentlichen Kritikpunkte der Beklagten dabei aber nicht berücksichtigt. Die Reaktion der Beklagten vom 23. Dezember 2011 auf die neue Fassung könne als neues Angebot für eine Nachbesserung verstanden werden, auch wenn darin dem Kläger für den Fall, dass die Nachbesserung nicht ausreichend wäre, der Rücktritt vom Vertrag angedroht wurde. Der Kläger sei darauf nicht eingegangen, sodass die Beklagte zum Vertragsrücktritt berechtigt war (im Einzelnen act. 90 S. 34 ff.).

Der Kläger findet diese Erwägungen haarsträubend. Da sein Film nicht mangelhaft gewesen sei, habe die Beklagte keine Nachbesserung verlangen können. Er habe sich bemüht, so gut als möglich ihren gerechtfertigten Wünschen entgegen zu kommen, weil er ja seine Kunden zufrieden stellen wolle. Er habe den technischen und dramaturgischen Wünschen im Rahmen der zweiten Fassung entsprochen, nicht aber bei den Szenen, welche sich auf "die vorgeschobene Begründung der Pädophilie bezogen oder mit dem Beschrieb <homoerotische Szenen> moniert wurden, da es diesbezüglich nichts anzupassen gab". Die Einzelrichterin habe zwar richtig erkannt, dass die Beklagte ihm auch nach Ablieferung der zweiten Version die Möglichkeit der Nachbesserung gegeben habe. Dann habe sie aber willkürlich angenommen, der Rücktritt vom Vertrag sei zulässig gewesen, obgleich die Wahl der Nachbesserung für die Beklagte verbindlich war. Er habe der Beklagten signalisiert, dass er auch die zu Unrecht verlangten Anpassungsvorschläge umsetzen wollte, aber das hätte einen weiteren Aufwand bedeutet, und darum habe er um einen Extra-Zuschuss gebeten. Ein Vertragsrücktritt sei zudem nur schon darum ausgeschlossen gewesen, weil keine erheblichen Mängel vorlagen (act. 87 Rz. 96 ff.).

Die Einzelrichterin hat die rechtlichen Grundlagen für Mängelrüge und Vertragsrücktritt im Werkvertrag sorgfältig dargelegt; darauf kann zum Vermeiden von

Wiederholungen verwiesen werden. Der Kläger hat zwar durchaus Recht damit, dass die Mängelrechte des Bestellers vor allem anderen erhebliche Mängel des Abgelieferten voraussetzen (Art. 368 OR, Ziff. 2.1 und 3.6 der Allgemeinen Vertragsbedingungen act. 14/2.2). Nach Auffassung des angefochtenen Urteils und auch der Kammer war das aber der Fall (vorstehend, E. 3.4). Auch wenn es der Kläger anders sieht, kann er mit seinem Argument, das Werk sei mängelfrei und der Vertragsrücktritt schon darum unzulässig gewesen, nicht durchdringen. Richtig ist auch, dass ihm die Beklagte nach der Ablieferung der zweiten Fassung nochmals die Gelegenheit gab, ihren erneut konkret formulierten Beanstandungen Rechnung zu tragen (act. 46/3). Der Kläger nahm diese Möglichkeit aber nicht wahr, sondern verlangte eine zusätzliche Vergütung dafür, dass er die (aus seiner Sicht zu Unrecht) beanstandeten Szenen ändere (act. 42/7.1 und /7.2). Dazu war er nicht berechtigt. Wenn die Beanstandungen zu Recht erfolgt waren – und so war es nach der vorstehend dargestellten Auffassung –, musste er die Nachbesserung auf eigene Kosten vornehmen. Sein Verlangen nach Auszahlung der vierten Rate des Werklohnes von Fr. 15'000.-- (nach dem Vertrag act. 42/2.1 Ziff. 3.2 "zahlbar nach Rohschnitt-Abnahme") war ebenfalls nicht berechtigt. Gleichviel ob es sich bei der zweiten Fassung des Films um einen weiteren "Roh-" oder um einen "Feinschnitt" handelte: die Beklagte hatte die Abnahme der ersten Fassung (offenbar nach übereinstimmender Auffassung der Parteien ein "Rohschnitt") zu Recht verweigert, und damit war die Fälligkeit der vierten Rate nicht eingetreten. Mit Feinarbeit am Film ohne Behebung der zu Recht beanstandeten Mängel konnte er die fehlende Abnahme des abgelieferten Rohschnittes nicht überspielen. Die Beklagte war nicht in Verzug. Mit seinem Begehren nach einer zusätzlichen Vergütung brachte der Kläger zum Ausdruck, dass er die verlangte (weitere) Nachbesserung als Beststellungsänderung betrachte, und er beanspruchte dafür eine gesonderte Vergütung. Somit lehnte er die ihm angebotene Nachbesserung ab. In dieser Situation war auch die Beklagte an ihr Angebot der Nachbesserung nicht mehr gebunden und durfte sie vom Vertrag zurücktreten. Das tat sie mit Schreiben vom 1. Februar 2012 (act. 42/6.2).

3.6 Trat die Beklagte berechtigterweise vom Vertrag zurück, schuldet sie keine weitere Vergütung und kann sie darüber hinaus das bereits Geleistete zu-

rückfordern (Art. 109 OR). Die Berufung ist daher abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

4. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Kläger kostenpflichtig. Die Entscheidgebühr ist in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.-- festzusetzen.

Der Kläger stellt den Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege. Das hatte ihm schon die Einzelrichterin bewilligt, und seine finanzielle Situation ist glaubhafterweise nicht besser geworden. Zwar wird die Berufung abgewiesen, ohne dass eine Antwort eingeholt wurde. Die Kammer setzt aber in ständiger Praxis das "unbegründet" im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO nicht dem "aussichtslos" von Art. 117 lit. b ZPO gleich. Nach dem gängigen Kriterium, ob die Gewinnaussichten so deutlich geringer seien als die Verlustgefahren, sodass ein Selbst-Zahler das Risiko nicht auf sich genommen hätte, kann dem Kläger zugestanden werden, dass er die Berufung vernünftigerweise erheben durfte. Auch war der Beizug eines Anwaltes in der nicht einfachen Sache geboten. Die unentgeltliche Rechtspflege ist daher einschliesslich Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Vertreter zu bewilligen.

Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen: dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil sie mit der Berufung keine Aufwendungen hatte, welche ihr zu ersetzen wären. RA lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird nach definitiver Erledigung der Sache und nach der Vorlage einer Aufstellung seiner Bemühungen zu honorieren sein (§ 23 AnwGebV).

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Kläger wird für die Berufung die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, einschliesslich Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Vertreter.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachstehendem Erkenntnis.

**sodann wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt. Die Gebühr wird als Folge der dem Kläger bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt der Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 87), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

i.V. die Vorsitzende:

i.V. der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Bantli Keller

MLaw R. Jenny

versandt am: