

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP120026-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
A. Baumgartner

Urteil vom 7. Mai 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 21. März 2012 (FV110094)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 5'271.40 nebst 5 % Zins seit 2. November 2010 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 21. März 2012:**

(Urk. 25)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 4'601.75 nebst Zins zu 5 % seit 23. September 2011 zu bezahlen und ihr die Kosten der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Meilen vom 23. September 2011 im Betrag von CHF 250.– zu ersetzen.

Im Mehrumfang wird das Verfahren als durch Rückzug erledigt beschrieben.

2. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf CHF 1'200.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten zu 7/8 und der Klägerin zu 1/8 auferlegt.
4. Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'200.– verrechnet, sind ihr jedoch von der Beklagten zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'100.– zu bezahlen.
6. [Mitteilungssatz]
7. [Rechtsmittelbelehrung].

Beschwerdeanträge:

der Beklagten und Beschwerdeführerin (Urk. 24):

- "1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, und die gegnerische Klage sei abzuweisen.
2. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, zur Neuurteilung nach Durchführung eines Beweisverfahrens, subeventuell im Sinne der Erwägungen des Obergerichts.
3. [...]
4. Unter voller gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge für das vorinstanzliche sowie für dieses Verfahren zu Lasten der Klägerin."

der Klägerin und Beschwerdegegnerin (Urk. 31):

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 21. März 2012 sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Erwägungen:

I.

Durch Einreichung der ihr vom Friedensrichteramt Meilen ausgestellten Klagebewilligung erhob die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Klägerin) am 5. Dezember 2011 beim Bezirksgericht Meilen Klage gegen die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beklagte) mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren (Urk. 1). Nachdem am 23. Januar 2012 die Hauptverhandlung durchgeführt worden war (Urk. 18), verpflichtete das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen die Beklagte am 21. März 2012 zur Zahlung von Fr. 4'601.75 nebst Zins zu 5 % seit 23. September 2011 und zum Ersatz der Kosten der Klagebewilligung. Im Mehrumfang wurde das Verfahren als durch Rückzug erledigt abgeschlossen (Urk. 22 = Urk. 25). Gegen den ihr in begründete-

ter Ausfertigung am 8. Mai 2012 zugestellten Entscheid (Urk. 23/2) erhob die Beklagte mit Eingabe vom 6. Juni 2012 rechtzeitig Beschwerde und stellte die einleitend wiedergegebenen Rechtsmittelanträge (Urk. 24). In prozessualer Hinsicht beantragte sie, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 24 S. 2). Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 13. Juni 2012 abgewiesen und gleichzeitig wurde der Beklagten ein Kostenvorschuss von Fr. 970.– auferlegt (Urk. 28). In der Folge leistete die Beklagte den Kostenvorschuss rechtzeitig (Urk. 29). In ihrer am 8. August 2012 erstatteten Beschwerdeantwort schloss die Klägerin auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten (Urk. 31).

II.

Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO) und es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO), das heisst die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen – in der Beschwerde selbst – darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 3 f. zu Art. 326 ZPO). Echte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Schriftenwechsels entstanden oder gefunden worden sind. Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorge-

bracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 5 und N 8 zu Art. 229 ZPO).

III.

1. Der vorliegenden Auseinandersetzung liegt nach insoweit unbestrittener Darstellung folgender Sachverhalt zugrunde: Am 17. August 2010 unterzeichnete C._____ namens der Beklagten einen "Werbeflächenvertrag" mit der Klägerin. Darin verpflichtete sich die Klägerin, für die Beklagte Werbung herzustellen und diese während der Dauer von fünf Jahren auf dem Sozialmobil des ...-Heims Stiftung D._____ in E._____ zu platzieren. Die Parteien beabsichtigten, auf der Werbefläche den Schriftzug "... A._____ GmbH Restaurationsbetriebe" anzubringen. Nachdem ihr eine Vorlage der Werbeaufschrift (Korrekturabzug) zugestellt worden war (Urk. 12/6), teilte die Beklagte der Klägerin am 19. Oktober 2010 per E-Mail mit, dass sie "aus dem Vertrag zurücktrete" (Urk. 12/8). Die Klägerin ihrerseits teilte der Beklagten mit Schreiben vom 22. Oktober 2010 unter anderem mit, dass weiterhin Änderungswünsche betreffend den Korrekturabzug entgegen genommen würden oder eine geeignete Vorlage eingereicht werden könne. "Rein vorsorglich" wurde sodann darauf hingewiesen, dass eine kostenlose Kündigung des Auftrages nicht möglich sei, da eine solche vertraglich ausgeschlossen worden sei. Für den Fall, dass die Beklagte auf der Nichtveröffentlichung der Anzeige und der Kündigung des Auftrages bestehen sollte, sei die Klägerin gemäss Ziffer 15 der Allgemeinen Vertragsbedingungen berechtigt, die vereinbarte Vergütung (Fr. 4'890.-) abzüglich der ersparten Aufwendungen (Fr. 69.55 Grundpreis Druck, Fr. 23.70 Aufziehen der Folie, Fr. 195.- anteilige Materialkosten) in Rechnung zu stellen, weshalb die Beklagte ihr Fr. 4'601.75 zu bezahlen habe. Abschliessend wurde die Beklagte um eine schriftliche Bestätigung der Auftragskündigung gebeten und ihr wurde eine Frist bis zum 28. Oktober 2010 gewährt, um die Sache nochmals zu überdenken (Urk. 12/9). Am 28. Oktober 2010 meldete sich F._____, Ehemann der Geschäftsführerin der Beklagten, bei der Klägerin und teilte mit, der Vertrag sei nicht gültig, da C._____ nicht zeichnungsberechtigt

gewesen sei. Zudem sei der geschuldete Betrag nachträglich verändert worden (Urk. 12/10). Im April 2011 wurde das Sozialmobil schliesslich dem ...-Heim Stiftung D._____ übergeben, ohne dass Werbung der Beklagten platziert worden wäre (Urk. 11 S. 4; Urk. 14 S. 5; Urk. 15/14).

2. Die Vorinstanz qualifizierte den von den Parteien abgeschlossenen Vertrag als Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. Entgegen den Vorbringen der Beklagten kam sie zum Ergebnis, dass auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AGB) Vertragsbestandteil geworden seien. Als nächstes verwarf die Vorinstanz den Einwand der Beklagten, die Klägerin habe eine Leistung versprochen, von der sie gewusst habe beziehungsweise hätte wissen müssen, dass deren Erbringung unmöglich sei. Den dabei von der Beklagten angeführten Pachtvertrag zwischen der G._____ GmbH und dem ...-Heim Stiftung D._____ aus dem Jahre 2008 bezeichnete die Vorinstanz als unbeachtlich, da seitens der Beklagten keine Beweismittel für die Behauptung genannt worden seien, dieser Pachtvertrag habe die Grundlage für den vorliegend umstrittenen Werbevertrag gebildet. Die Beklagte könne sich gestützt darauf auch nicht auf eine subjektive Unmöglichkeit der Vertragserfüllung berufen. Soweit die Beklagte - fuhr die Vorinstanz fort - sodann einen Willensmangel geltend machen wolle, sei ein solcher unbeachtlich, da im Verhalten von C._____ und den Ausführungen der Beklagten im Prozess eine Genehmigung des Vertrages zu sehen sei. Es sei unbestritten, dass die Beklagte mit E-Mail vom 19. Oktober 2010 vom Vertrag zurückgetreten sei. Bei einer Kündigung des Vertrages durch den Auftraggeber sei die Klägerin gestützt auf Ziffer 15 der AGB berechtigt, eine Vergütung zu verlangen, wobei sämtliche bereits erbrachten Aufwendungen für die Vertragserfüllung und ferner unter dem Titel "volle Schadloshaltung" das positive Vertragsinteresse zu vergüten seien. Die Wahl der Berechnungsmethode sei in Bezug auf den Schadenersatz zwar umstritten, doch habe die Beklagte keine substantiierten Vorbringen gegen die von der Klägerin gewählte Abzugsmethode angebracht. Mit ihren unsubstantiierten und äusserst allgemein gehaltenen Ausführungen vermöge die Beklagte die Schadensberechnung der Klägerin nicht zu entkräften, sodass es letzterer gelungen sei, den infolge des Rücktritts vom Vertrag erlittenen Schaden zu beweisen (Urk. 25 S. 6 ff.).

3.1 Die Beklagte rügt im Beschwerdeverfahren in verschiedener Hinsicht die Verletzung von Verfahrensvorschriften und macht zunächst geltend, die Vorinstanz hätte ein Beweisverfahren durchführen und den Parteien in einer weiteren Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Stattdessen sei die Vorinstanz mit keinem Wort auf die Beweisanträge der Parteien eingegangen (Urk. 24 S. 3-6).

Der vorliegende Prozess untersteht den besonderen Vorschriften des vereinfachten Verfahrens nach den Art. 243 ff. ZPO. Nach Art. 246 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen Verfügungen, damit die Streitsache möglichst am ersten Termin erledigt werden kann. Erfordern es die Verhältnisse, so kann das Gericht einen Schriftenwechsel anordnen und Instruktionsverhandlungen durchführen (Art. 246 Abs. 2 ZPO). Das Gericht hat bei der Leitung des Verfahrens ein grosses Ermessen. Es hat sich dabei an der Verfahrensbeschleunigung als einem der Grundziele des vereinfachten Verfahrens zu orientieren (Killias, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, Bern 2012, N 1 zu Art. 246 ZPO; BSK ZPO-Mazan, N 2 zu Art. 246 ZPO). Nach Art. 247 Abs. 1 ZPO wirkt das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Ist das Verfahren spruchreif, so wird es gemäss der auch für das vereinfachte Verfahren massgeblichen Bestimmung von Art. 236 Abs. 1 ZPO durch Sach- oder Nichteintretensentscheid beendet. Spruchreife liegt dann vor, wenn der massgebende Sachverhalt so weit abgeklärt ist, dass unter Anwendung der in Betracht kommenden Rechtsnormen über das Rechtsbegehren entschieden werden kann (BSK ZPO-Oberhammer, N 6 zu Art. 236 ZPO). Ein durchzuführendes Beweisverfahren erfolgt nach den gleichen Regeln wie im ordentlichen Verfahren (Killias, a.a.O., N 18 zu Art. 246 ZPO). Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO).

3.2 Der von der Beklagten angerufene Anspruch auf Abnahme und Würdigung der angebotenen Beweise gilt nach dem Gesagten nicht unbeschränkt. Auf ein Beweisverfahren darf vielmehr verzichtet werden, wenn die einzigen offenen Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine unerhebliche Tatsache be-

treffen. Über die ganze Beschwerdeschrift verteilt nennt die Beklagte einzelne Sachverhaltselemente, die ihrer Ansicht nach beweismässig hätten erstellt werden müssen. Einmal beanstandet die Beklagte, es hätte C._____ zum Zustandekommen des Vertrages und weiteren Begebenheiten befragt werden müssen (Urk. 24 S. 3, S. 5 und S. 7). Was den Vertragsabschluss anbelangt, gab die Beklagte vor Vorinstanz an, von weiteren allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche rückseitig angebracht waren, sei nicht die Rede gewesen (Urk. 14 S. 4). Die Relevanz dieser Behauptung ist nicht ersichtlich, weshalb dahin gestellt bleiben konnte, wie es sich damit genau verhielt. Für die Vorinstanz war ausschlaggebend, dass C._____ - selbst wenn von der Sachdarstellung der Beklagten ausgegangen würde - aufgrund des klaren und gleich oberhalb des Unterschriftenfeldes angebrachten Hinweises auf die AGB jedenfalls die Möglichkeit gehabt hätte, diese zu lesen und sich bei Bedarf erklären zu lassen (Urk. 25 S. 7 f.). Dass C._____ den Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen tatsächlich nicht zur Kenntnis genommen hatte, wurde von der Beklagten nicht behauptet. Inwiefern der von der Beklagten geschilderte sonstige Ablauf der Vertragsverhandlungen (C._____ habe nur eine Spende tätigen wollen; der Verkäufer habe auf einem Vertragsschluss bestanden; Halten und Ausfüllen des vordruckten Vertragsformulars; Nichteinweihung in den Vertrag zwischen D._____ und der G._____ GmbH [Urk. 14 S. 4]) die vorinstanzliche Erkenntnis von den zufolge sogenannter Globalübernahme gültiger Vertragsbestandteil gewordenen Allgemeinen Vertragsbedingungen erschüttern könnte, wird in der Beschwerde nicht dargetan.

3.3 Die Beklagte behauptete im Weiteren, dass sich der Aussendienstmitarbeiter bei C._____ gemeldet und gesagt habe, es gäbe Probleme mit der Werbung und diese müsse geändert werden. Mit den Änderungsvorschlägen sei er nicht einverstanden gewesen, man habe sich nicht einigen können und er habe daraufhin auf die Werbefläche auf dem Sozialmobil und auf den Vertrag mit der Klägerin verzichtet (Urk. 14 S. 5). Wann dieses Gespräch stattgefunden hat, vermochte die Beklagte nicht mehr zu sagen (Urk. 18 S. 17). Diese Ausführungen wurden seitens der Klägerin bestritten (Urk. 18 S. 8 f.). Unbestritten ist hingegen, dass die Klägerin der Beklagten in der Folge eine Werbevorlage ("Gut zum Druck") zugesandt hat sowie dass C._____ in einer E-Mail vom 19. Oktober 2010 Einwände

gegen die Druckvorlage erhob und in einer weiteren E-Mail vom gleichen Tag mitteilte, dass er "aus dem Vertrag" zurücktrete (Urk. 12/8). Aus diesen Ereignissen darf jedenfalls der Schluss gezogen werden, die Parteien hätten sich zuvor nicht einverständlich über die Aufgabe des Werbeprojektes geeinigt. Dass dem so gewesen wäre, hat die Beklagte denn auch nicht geltend gemacht. Ebenso wenig hat die Beklagte behauptet, die Vorlage für die Werbebeschriftung sei ihr gegen ihren Willen zugesandt worden. Wurde der abgeschlossene Vertrag indessen bis zur "Rücktrittserklärung" vom 19. Oktober 2010 im gegenseitigen Einverständnis umgesetzt, muss irrelevant bleiben, ob die Beklagte bereits in einem früheren Zeitpunkt allenfalls den Ausstieg aus dem Vertragsverhältnis gewünscht hat. C._____ brauchte daher auch zu diesem Sachverhaltselement nicht befragt zu werden. Die weiteren tatsächlichen Umstände, zu denen C._____ gemäss den Anträgen der Beklagten befragt werden sollte, sind entweder nicht bestritten oder aber in rechtlicher Hinsicht nicht bedeutsam. Im Beschwerdeverfahren erneuert die Beklagte schliesslich ihre Behauptungen, wonach die AGB der Klägerin sich auf das Insertionsgeschäft beziehen und von einer anderen Gesellschaft stammen würden (Urk. 24 S. 7). Da indessen nicht bestritten wurde, dass der zu den Akten gereichte Vertrag über die Werbeflächenbelegung samt den auf der Rückseite befindlichen AGB von C._____ unterzeichnet wurde, ist nicht einzusehen, weshalb dieser von der Vorinstanz zu dieser Thematik hätte als Zeuge befragt werden müssen. Zuletzt rügt die Beklagte die Nichtabnahme der Zeugenbefragungen von C._____ und von H._____ (Leiterin ...-Heim Stiftung D._____) zu seinen Vorbringen, wonach die Beklagte die beabsichtigte Werbung auf dem Fahrzeug gar nicht hätte realisieren können, weil einerseits die von den "selben Hintermännern" beherrschte G._____ GmbH sich die Fläche auf dem zur Verfügung gestellten Fahrzeug ausschliesslich zur Vermarktung mittels Werbung gesichert habe und andererseits ausdrücklich festgehalten worden sei, dass keine Erotikwerbung auf dem Fahrzeug angebracht werden dürfe (Urk. 24 S. 6).

3.4 Vorab zeigt die Beklagte nicht auf, wo in ihren vorinstanzlichen Darlegungen sie zu diesen Fragestellungen entsprechende Beweise angeboten hätte. Dabei wurden die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vor den zweiten Parteivorträgen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie sämtliche Beweismittel zu be-

zeichnen haben (Urk. 18 S. 5). Den von der Beklagten angerufenen Beweismitteln muss im Übrigen die Erheblichkeit abgesprochen werden. Einerseits hat die Klägerin - was von der Beklagten nicht substantiiert bestritten wurde - geltend gemacht, dass sie von der G._____ GmbH berechtigt worden sei, über die Werbefläche zu verfügen (Prot. I S. 11). Darüber brauchte demnach kein Beweis geführt zu werden. Andererseits bemühte sich die Beklagte mit ihren Vorbringen vor allem aufzuzeigen, dass sie berechtigt gewesen sei, den Vertrag einseitig aufzukündigen, weil die Klägerin eine unmögliche Leistung versprochen habe. Unabhängig von der verwirlichen Terminologie ("subjektive Leistungsunmöglichkeit" oder "objektive Leistungsunmöglichkeit") vermögen die entsprechenden Ausführungen nicht zu überzeugen. Die von der Klägerin versprochene Leistung war weder objektiv noch subjektiv unmöglich. Es lässt sich weder sagen, dass überhaupt kein Schuldner die beabsichtigte Werbung auf dem Fahrzeug hätte anbringen lassen können, noch ist davon auszugehen, dass die Klägerin dies von allem Anfang an nicht hätte tun können. Es mag zutreffen, dass die Klägerin durch die Bewerbung eines erotischen Dienstleistungsbetriebes allenfalls in Konflikt geraten wäre mit den im Vertrag mit der Stiftung ...-Heim D._____ eingegangenen Verpflichtungen. Es lässt sich auch nicht ausschliessen, dass die Stiftung gegen die Anbringung einer solchen Werbung interveniert und die Klägerin als Folge davon den Vertrag mit der Beklagten nicht hätte erfüllen können. Diesfalls hätte die Beklagte sich auf die nicht gehörige Erfüllung berufen und die entsprechenden Ansprüche gegenüber der Klägerin geltend machen können. Demgegenüber steht nicht von vornherein fest, ob die Werbung letztlich nicht doch so hätte ausgestaltet werden können, dass sie den Anforderungen der Stiftung ...-Heim D._____ gerecht geworden wäre. Nachdem die Beklagte auf die Werbung verzichtet hat, lässt sich dies heute naturgemäss nicht mehr abschliessend feststellen. Die Beklagte hat zudem selber angeführt, C._____ sei angesichts des Umstandes, dass er ein Etablissement für sexuelle Dienste betreibe, vorsichtig gewesen und habe zunächst angeboten, nur eine Spende zu tätigen, als eine Werbefläche zu belegen (Urk. 14 S. 4). Auch wenn C._____ der Inhalt des zwischen der Stiftung ...-Heim D._____ und der Klägerin abgeschlossenen Vertrages nicht bekannt war, war ihm demnach durchaus bewusst, dass das Vorgehen mit gewissen Risiken verbunden war. Wenn C._____ bei dieser unsicheren Ausgangslage für die Be-

klagte gleichwohl einen "Werbeflächenvertrag" für eine Zeit von fünf Jahren abschloss, wäre es zumutbar gewesen, im Falle einer späteren Vertragsverletzung durch die Klägerin die einschlägigen Rechtsbehelfe zu ergreifen. Die Beklagte kann sich aber nicht nachträglich darauf berufen, es habe objektiv ein wichtiger Grund vorgelegen, der sie zur entschädigungslosen Vertragsauflösung berechtigt hätte. Ob im Vertrag zwischen der Klägerin und der Stiftung ...-Heim D._____ eine die Anbringung von Erotikwerbung verbietende Klausel enthalten war, kann mithin offen gelassen werden. Folglich braucht auch nicht abgeklärt zu werden, in welcher gegenseitigen Beziehung der zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag und der von der Beklagten eingereichte Pachtvertrag vom 5. November 2008 über einen Kleintransporter zwischen der G._____ GmbH und der Stiftung ...-Heim D._____ standen (Urk. 18 S. 13 f. und S. 16; Urk. 15/11; Urk. 24 S. 6 f.). Auf die Einvernahme der Zeugen C._____ und H._____ durfte demnach verzichtet werden. Damit erübrigt es sich schliesslich, auf die weitere Rüge der Beklagten näher einzugehen, die Vorinstanz habe von ihr einen "unmöglichen" Beweis verlangt (Urk. 24 S. 6).

3.5 Aus den dargelegten Gründen hat die Vorinstanz die Angelegenheit zu Recht für spruchreif gehalten und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens ein Urteil gefällt. Die von der Beklagten behauptete unrichtige Handhabung von Art. 246 ZPO und von Art. 247 ZPO liegt nicht vor. In rechtlicher Hinsicht macht die Beklagte geltend, die Klägerin habe die Werkvertragsleistung nicht vertragskonform erfüllt (Urk. 24 S. 5). Diese Auffassung ist nicht nachvollziehbar. Soweit die Beklagte zu deren Stützung vorbringt, die Klägerin habe auf dem Korrekturabzug die ihr ausgehändigte Visitenkarte verfälscht, weil darauf nur der Name der Betreibergesellschaft und nicht jener des Etablissements gestanden habe (Urk. 24 S. 5), handelt es sich um eine neue und im Beschwerdeverfahren unzulässige Behauptung (vgl. Erwägung II. hiavor). Abgesehen davon hat die Beklagte nicht bestritten, dass der von der Klägerin eingereichte Korrekturabzug demjenigen entsprach, der auch tatsächlich zugestellt wurde. In diesen Korrekturabzug wurden nun aber sowohl das Etablissement ("...") als auch die Betreibergesellschaft ("A._____ GmbH Restaurationsbetriebe") aufgenommen (Urk. 12/6). Die Beklagte wurde mit der Zusendung ausdrücklich aufgefordert, allenfalls ge-

wünschte Änderungen auf dem Korrekturabzug vorzunehmen (Urk. 12/6). Es lässt sich daher nicht mit Bestimmtheit sagen, der Werbeaufdruck hätte nicht noch nach den Vorstellungen der Beklagten gestaltet werden können. Anstatt Änderungsvorschläge zu unterbreiten, hat die Beklagte es aber vorgezogen, auf die Werbung ganz zu verzichten, und dies der Klägerin auch entsprechend mitgeteilt (Urk. 12/8 und Urk. 12/10). Was genau in diesem Zusammenhang noch mit dem an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz nicht anwesenden C. _____ hätte geklärt werden müssen (vgl. Urk. 24 S. 5), zeigt die Beklagte nicht auf und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen werden Rechtsfragen nicht in einem Beweisverfahren, sondern auf der Grundlage eines erstellten Sachverhaltes beantwortet. Alsdann bringt die Beklagte vor, die Vorinstanz habe das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses zu Unrecht verneint (Urk. 24 S. 8). Die Beanstandung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Beklagte geltend gemacht hatte, aus einem wichtigen Grund zur entschädigungslosen Vertragsauflösung berechtigt gewesen zu sein (Urk. 14 S. 9), die Vorinstanz ihr jedoch entgegen gehalten hat, ein solches Kündigungsrecht stehe praxisgemäss nur bei einem hier nicht vorliegenden Dauervertrag zur Verfügung (Urk. 25 S. 13 f.). Mit Recht weist die Beklagte darauf hin (Urk. 24 S. 8), dass der von der Klägerin geschuldete Erfolg namentlich darin bestanden hätte, dass die von der Klägerin auf dem vorgesehenen Fahrzeug anzubringende Werbung der Beklagten während der gesamten Laufzeit von mindestens fünf Jahren angebracht sei und auch instand gehalten werde (vgl. Urk. 12/2). Diese neben Gestaltung, Druck und Platzierung der Werbung zu leistende Aufgabe erscheint daher als wiederkehrende Arbeitsleistung mit bestimmtem Arbeitserfolg, weshalb der in Frage stehende Vertrag wohl richtigerweise als sogenannter "Dauer-Werkvertrag" zu qualifizieren gewesen wäre (ZR 104 [2005] Nr. 42 E. IV./2c und die dort zitierte Rechtsprechung). Ein solches Dauerschuldverhältnis kann aus wichtigem Grund einseitig aufgelöst werden (BSK OR I-Zindel/Pulver, N 2 zu Art. 377 ZGB). Nachdem sich indessen ergeben hat (vgl. Erwägung III./ 3.4 hiervor), dass die Beklagte zu einer Vertragsauflösung aus wichtigem Grund nicht berechtigt war, wirkt sich die unrichtige Vertragsqualifikation durch die Vorinstanz im Ergebnis nicht zu Ungunsten der Beklagten aus.

3.6 Nach den vorstehenden Erwägungen steht fest, dass die Beklagte den gültig abgeschlossenen "Werbeflächenvertrag" mit der Klägerin ohne einen wichtigen Grund gekündigt hat und die Klägerin gestützt auf Ziffer 15 der allgemeinen Geschäftsbedingungen berechtigt ist, eine Vergütung zu verlangen. Ein weiterer Rückkomplex in der vorliegenden Beschwerde betrifft nun die vorinstanzlichen Erwägungen zur Feststellung des von der Klägerin behaupteten Schadens. Die Beklagte sieht dadurch erneut prozessuale Vorschriften verletzt. Es wird geltend gemacht, für sie habe es sich erübrigt, in ihrem zweiten Parteivortrag näher auf die Methode der Schadensberechnung einzugehen (Urk. 24 S. 7). Im Sinne der Eventualmaxime wäre die Beklagte jedoch gehalten gewesen, sich unter allen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten zum vorgetragenen Klagefundament zu äussern. Im gleichen Kontext scheint die Beklagte der Meinung zu sein, dass die Vorinstanz den Parteien anlässlich einer weiteren Verhandlung Gelegenheit zur Replik und Duplik hätte geben müssen (Urk. 24 S. 3). Eine Gesetzesvorschrift, welche den Gerichten eine solche Vorgehensweise vorschreiben würde, gibt es nicht. Hätte sich der beklagtische Rechtsvertreter - aus welchen Gründen auch immer - ausser Stande gefühlt, den zweiten Parteivortrag abschliessend zu erstatten, hätte er die Vorinstanz sogleich darüber in Kenntnis setzen müssen. Es kann nicht angehen, dass der Beklagte die ihm anlässlich der Hauptverhandlung zustehenden Parteivorträge hält und im Rechtsmittelverfahren einwendet, die Vorinstanz hätte zu einer zusätzlichen Verhandlung vorladen müssen. Ansonsten beschränken sich die Beschwerdevorbringen zur Schadensproblematik auf die Kritik, die Anwendung der Berechnungsmethode sei eine Rechtsfrage, welche von der Vorinstanz falsch beantwortet worden sei, indem sie ohne Begründung einer Minderheitsmeinung gefolgt sei und auf die Abzugsmethode abgestellt habe (Urk. 24 S. 7). An den Ausführungen der Beklagten ist soviel richtig, dass die Wahl der Berechnungsmethode umstritten ist (BSK OR I-Zindel/Pulver, N 17 zu Art. 377 OR mit zahlreichen Hinweisen). Um den Begründungsanforderungen im Beschwerdeverfahren zu genügen, hätte die Beklagte indessen aufzeigen müssen, weshalb der Rückgriff auf die Abzugsmethode unter den vorliegend gegebenen Umständen zu einem unrichtigen Ergebnis geführt hat. Ausserdem hat die Klägerin den Schaden vor Vorinstanz auch nach der von der Beklagten favorisierten Additionsmethode berechnet, wobei das Resultat identisch war (Urk. 11

S. 8 ff.). Dass die Beklagte die Schadensberechnung der Klägerin entgegen dem Dafürhalten der Vorinstanz hinreichend substantiiert bestritten hätte, wird im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht. Damit erweisen sich die Rügen der Beklagten auch hinsichtlich der Höhe der zu leistenden Vergütung als unbegründet. Im Hinblick auf die von der Vorinstanz erwähnte Schadensminderungspflicht der Klägerin (vgl. Urk. 25 S. 12) ist schliesslich anzumerken, dass die klägerischen Behauptungen, die ursprünglich für die Beklagte vorgesehene Werbefläche habe trotz Bemühungen nicht anderweitig belegt werden können (Urk. 11 S. 4), nicht konkret bestritten wurden.

4. Zusammenfassend gelingt es der Beklagten nicht, einen Beschwerdegrund nachzuweisen. Ihre Rügen erweisen sich als unbegründet, soweit sie überhaupt rechtsgenügend motiviert sind. Die Verlegung von Kosten und Entschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren wird einzig im Zusammenhang mit dem Prozessenerfolg im Beschwerdeverfahren angefochten. Mangels selbstständig begründeter Rügen ist darauf nicht weiter einzugehen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

IV.

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 970.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 830.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Meilen sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'601.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc