

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP130048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 11. Februar 2014

in Sachen

A._____ GmbH,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. September 2013; Proz. FV130037

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 29. Januar 2013 reichte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Klägerin) beim Friedensrichteramt C._____ ein Sühnbegehren ein und stellte das Rechtsbegehren, die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan: Beklagte) sei unter Kostenfolge zu ihren Lasten zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'204.35 nebst Zins zu 10% seit dem 27. November 2012 zu bezahlen. Zudem sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin die Betreuungskosten von CHF 73.00 zu bezahlen und es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes C._____ -... der Rechtsvorschlag aufzuheben. Die Klägerin stellte den Antrag, das Friedensrichteramt habe den Parteien einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten. Am 8. März 2013 führte das Friedensrichteramt die Sühnverhandlung durch und erliess einen Urteilsvorschlag, der von der Klägerin innert Frist abgelehnt wurde. Am 25. März 2013 wurde die Klagebewilligung ausgestellt (act. 1).

1.2. Mit Eingabe vom 20. Juni 2013 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Winterthur fristgerecht die Klagebewilligung ein und stellte zusätzlich zu dem vor Friedensrichter gestellten Rechtsbegehren das Begehren, die Beklagte sei zur Zahlung der Friedensrichterkosten von CHF 250.00 zu verurteilen und es sei der Klägerin eine Parteienschädigung von CHF 500.00 zuzusprechen (act. 2).

Mit Verfügung vom 25. Juni 2013 setzte die Vorinstanz der Klägerin Frist zur Zahlung eines Kostenvorschusses von CHF 700.00 an (act. 4). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 6). Am 19. September 2013 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt. Der vom Gericht ausgearbeitete Vergleichsvorschlag (act. 16) wurde von der Beklagten zurückgewiesen (Protokoll Vorinstanz S. 8). Mit Urteil vom 19. September 2013 hiess das Bezirksgericht Winterthur die Klage vollumfänglich gut (act. 27).

1.3. Mit Eingabe vom 25. Oktober 2013 erhob die Beklagte rechtzeitig Beschwerde. Sie stellt den Antrag, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin abzu-

weisen. Eventualiter sei das Urteil vom 19. September 2013 wegen örtlicher Unzuständigkeit aufzuheben, subeventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 24). Mit Verfügung vom 12. November 2013 wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 700.00 angesetzt (act. 28). Dieser ging fristgerecht am 20. November 2013 bei der Gerichtskasse ein (act. 30). Mit Verfügung vom 4. Dezember 2013 wurde der Klägerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 31). Diese wurde am 20. Januar 2014 fristgerecht erstattet (act. 36).

2. Behauptungen und Standpunkte der Parteien vor Vorinstanz

2.1 Die Klägerin betreibt das Personalverleihgeschäft. Am 10. August 2012 schloss sie mit D. _____ einen "Einsatzvertrag gemäss Art. 19 AVG und Art. 319 OR". Dieser sah vor, dass D. _____ ab dem 14. August 2012 bei der Beklagten eingesetzt wird. Vorgesehen war eine maximale Einsatzdauer von drei Monaten. Die Vertragsparteien vereinbarten für den Zeitraum bis zur vorgesehenen maximalen Einsatzdauer eine Kündigungsfrist von zwei Tagen (act. 3/2). D. _____ nahm am 14. August 2012 die Arbeit bei der Beklagten auf. Am 25. September 2012 kündigte D. _____ der Klägerin gegenüber den Einsatzvertrag per 28. September 2012 (act. 3/10). Am 12. Dezember 2012 teilte D. _____ der Klägerin mit, dass er seit dem 26. September 2012 über die E. _____ GmbH temporär bei der Beklagten beschäftigt werde (act. 3/13). Die Beklagte quittierte für die Kalenderwochen 34 bis 38 auf insgesamt sechs Wochenblättern die von D. _____ geleisteten Arbeitsstunden (act. 3/5 und 3/6). Für die "Zurverfügungstellung von Arbeitskräften" stellte die Klägerin der Beklagten folgende Rechnungen (act. 3/8), die von dieser bezahlt wurden (act. 2 und 3/9):

R'nummer	R'datum	Zeitraum	Betrag in CHF
116103	21.08.2012	KW 33/2012, 13.08.2012-19.08.2012	1'486.10
116279	31.08.2012	KW 34/2012, 20.08.2012-26.08.2012	1'857.60
116319	04.09.2012	KW 35/2012, 27.08.2012-02.09.2012	1'857.60
116414	11.09.2012	KW 36/2012, 03.09.2012-09.09.2012	1'857.60
116557	25.09.2012	KW 37/2012, 10.09.2012-16.09.2012	1'857.60
116558	25.09.2012	KW 38/2012, 17.09.2012-23.09.2012	1'857.60
116733	02.10.2012	KW 39/2012, 24.09.2012-30.09.2012	371.50
			<hr/>
			11'145.60

Dieser Sachverhalt ist unbestritten.

2.2 Die Klägerin behauptet weiter, sie habe den Einsatzvertrag (zwischen der Klägerin und D._____) zusammen mit dem Verleihvertrag (zwischen der Klägerin und der Beklagten) erstellt und der Beklagten ein bis zwei Tage vor Arbeitsantritt geschickt. Das dem Gericht eingereichte Exemplar (act. 3/3) entspreche bis auf das Datum (21. Januar 2013) demjenigen, welches der Beklagten gesendet worden sei. Beim erneuten Ausdruck sei automatisch das aktuelle Datum generiert worden. Der Vertrag sei jedoch bereits im August 2012 zugestellt worden. Entgegen der Aufforderung im Vertrag habe es die Beklagte unterlassen, diesen unterzeichnet der Klägerin zurückzuschicken. Die Klägerin habe die Beklagte deswegen mehrfach telefonisch gemahnt, jedoch ohne Erfolg. Die Beklagte sei diesbezüglich kein Einzelfall. Erfahrungsgemäss würde rund ein Drittel der Verträge nicht retourniert. Der Klägerin sei klar, dass der Verleihvertrag schriftlich geschlossen werden müsse. Da das Temporärgeschäft indes schnelllebig sei, sei es nicht immer möglich, den Verleihvertrag noch vor Arbeitsantritt zu unterzeichnen. Genau aus diesem Grund würden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch auf der Rückseite der Rapporte aufgedruckt, "damit niemand sagen kann, er habe diese nicht gekannt". Die Beklagte habe D._____ gezwungen, den Einsatzvertrag zu kündigen. D._____ sei dabei angedroht worden, er würde die Einsatzstelle bei der Beklagten verlieren, wenn er den Einsatzvertrag mit der Klägerin nicht auflöse. Darin sei ein unlauteres Wettbewerbsverhalten der Beklagten zu erblicken (Protokoll Vorinstanz S. 4-6, act. 2).

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass sowohl durch die Zusendung des Verleihvertrages als auch durch die Unterzeichnung der Rapporte die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Beklagten übernommen worden seien. Gemäss Ziffer 8 dieser Bestimmungen schulde die Beklagte der Klägerin eine Entschädigung, da sie im Anschluss an das Anstellungsverhältnis zur Klägerin D._____ über ein Drittunternehmen weiterbeschäftigt habe. Die Entschädigung belaufe sich auf CHF 3'204.35 und sei der Beklagten am 16. November 2012 mit einer detaillierten Aufstellung in Rechnung gestellt worden (act. 3/11).

2.3 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass der Verleihvertrag zwischen den Parteien gemäss Art. 22 Abs. 1 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) schriftlich hätte geschlossen werden müssen. Dies sei jedoch nicht geschehen. Es treffe nicht zu, dass die Beklagte den Verleihvertrag im August 2012 erhalten habe, gemäss dem von der Klägerin eingereichten Exemplar (act. 3/3) sei der Vertrag auch erst am 21. Januar 2013 ausgestellt worden, also zu einem Zeitpunkt, als D._____ bereits nicht mehr bei der Klägerin beschäftigt gewesen sei. Da die Parteien keinen schriftlichen Vertrag geschlossen hätten, sei aufgrund des gesetzlichen Schriffterfordernisses gar kein Vertrag zustande gekommen. Entgegen der Darstellung der Klägerin wäre es auch in Erfüllung der Vorgaben von Art. 22 AVG und Art. 50 AVV ohne weiteres möglich gewesen, den Verleihvertrag vor Arbeitsaufnahme schriftlich zu schliessen und die entsprechenden Dokumente per Fax zu übermitteln. Dies sei jedoch nicht geschehen. Die Beklagte führt weiter aus, sie hätte mit der Klägerin keinen Vertrag geschlossen, wenn ihr die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bekannt gewesen wären. Den eingeklagten nominalen Forderungsbetrag anerkennt die Beklagte für den Fall, dass ein Vertrag zustande gekommen und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernommen worden wären. Nicht geschuldet sei aber in jedem Fall der Verzugszins. Dies zum einen, weil kein Verzug eingetreten sei und zum anderen weil ein Zinssatz von 10 % wucherisch sei. In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts weist die Beklagte auf die Gerichtsstandsklausel gemäss Ziffer 10 AGB hin. Auf die detaillierten Ausführungen dazu ist später einzugehen (Protokoll Vorinstanz S. 4-9 und act. 12).

3. Begründung des vorinstanzlichen Entscheides

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass durch die Unterzeichnung der Arbeitsrapporte, auf deren Rückseite die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgedruckt seien, ein schriftlicher Vertrag zustande gekommen sei. Nach der Rechtsprechung des Zürcher Handelsgerichts (Entscheid vom 7. Juni 2012, Geschäftsnr. HG100031) genüge dem Schriftlichkeitserfordernis bereits ein unterzeichnetes Bestätigungsschreiben, das auf einen schriftlich abgefassten Personalverleihvertrag Bezug nehme. Mit der Unterzeichnung der Rapporte habe die Beklagte das

Vertragsverhältnis sowie die daraus resultierende Schuld anerkannt. Abgesehen davon sei die Schriftlichkeit kein Gültigkeitserfordernis für den Verleihvertrag. Die Beklagte habe die Leistung der Klägerin angenommen, die Rapporte unterzeichnet und die Rechnungen bezahlt. Die Klägerin habe zumindest nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen, dass der Verleihvertrag zustande gekommen sei. Unter den gegebenen Umständen wäre es an der Beklagten gewesen, sich nach dem Vertrag zu erkundigen, insbesondere weil die Klägerin die Rücksendung des unterzeichneten Vertrages mehrfach moniert habe. Wenn sich die Beklagte heute auf einen Formmangel berufe, so handle sie rechtsmissbräuchlich (act. 27 S. 6-8). Die Vorinstanz kommt zum Ergebnis, dass der Verleihvertrag inklusive der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustande gekommen sei. Da die Beklagte die Nominalforderung für den Fall der Gültigkeit der AGB anerkannt habe, sei die Klage in diesem Umfang gutzuheissen. Bezüglich des verlangten Zinses hielt sie fest, dass gemäss Ziffer 7 AGB im Inkassofall ein Verzugszins von 10 % gelte. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei dieser Zins nicht wucherisch und entsprechend der vertraglichen Verpflichtung geschuldet. Die Klage sei deshalb auch in Bezug auf die Zinsforderung gutzuheissen.

4. Standpunkt der Beklagten in der Beschwerdebegründung

Im Sinne eines Eventualstandpunkts rügt die Beklagte, die Vorinstanz sei aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen örtlich nicht zuständig gewesen, weshalb auf die Klage nicht einzutreten gewesen wäre (act. 24 S. 9-11)

In Bezug auf den Sachverhalt bemängelt die Beklagte, die Vorinstanz sei aktenwidrig davon ausgegangen, der Einsatzvertrag sei für drei Monate geschlossen worden, während er in Tat und Wahrheit für maximal drei Monate geschlossen worden sei. Im Weiteren habe die Beklagte vor Vorinstanz bestritten, dass die Klägerin über die Betriebsbewilligung gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz verfügt habe. Trotz dieser Bestreitung habe die Vorinstanz darüber keinen Beweis abgenommen und damit Art. 150 Abs. 1 ZPO verletzt, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen müsste (act. 24 S. 3 und S. 11).

Als Hauptstandpunkt führt die Beklagte weiter aus, zwischen den Parteien sei kein Vertrag, sondern bloss ein faktisches Vertragsverhältnis zustande gekommen. Die Beklagte habe von der Klägerin nie einen Vertrag zugesandt erhalten und auch durch die Unterzeichnung der Rapporte sei kein Vertrag zustande gekommen. Dies insbesondere auch deshalb, weil in den Rapporten keine Rede davon sei, dass mit der Unterschrift die Allgemeinen Geschäftsbedingungen anerkannt würden. Es bestehe lediglich ein Verweis auf Ziffer 7 AGB bezüglich der Fakturierung der Stunden, ein globaler Verweis fehle jedoch. Die Klägerin habe nicht behauptet, dass die Parteien in regelmässiger geschäftlicher Beziehung stünden, weshalb auch nicht gesagt werden könne, dass der Beklagten die AGB der Klägerin hätten bekannt sein müssen. Im Übrigen hält die Beklagte Ziffer 8 der AGB für unklar und ungewöhnlich. Auch aus diesem Grunde müsse die Klage abgewiesen werden.

5. Standpunkt der Klägerin in der Beschwerdeantwort

Zunächst vertritt die Klägerin die Auffassung, die Vorinstanz habe den Sachverhalt korrekt festgehalten. Die Frage, ob der Einsatzvertrag für drei Monate oder für maximal drei Monate geschlossen worden sei, sei nicht relevant. Eine Verletzung von Art. 150 Abs. 1 ZPO durch Verzicht auf ein Beweisverfahren liege nicht vor.

Die Klägerin bringt neu vor, die Klägerin lasse ihre administrativen Aufgaben hauptsächlich durch die Treuhandfirma F._____ AG erledigen, die sich zum Zweck der Verwaltung der Einsätze der Software G._____ bediene. Aufgrund der Verwendung dieses Programmes sei es ausgeschlossen, dass der Einsatzvertrag, nicht aber der Verleihvertrag versandt worden sei (act. 36 S. 4). Neu bringt sie auch vor, die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien branchenüblich und die AGB der Klägerin seien auf deren Webseite einsehbar (act. 36 S. 6-7).

Die Klägerin schliesst sich in Bezug auf die Würdigung im Wesentlichen dem vorinstanzlichen Entscheid an. Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit vertritt die Klägerin die Auffassung, die Beklagte habe sich auf die Klage eingelassen, weshalb

die Zuständigkeit der Vorinstanz zu bejahen sei. Die Ansicht der Beklagten, die AGB seien unklar und ungewöhnlich, hält sie für falsch.

6. Würdigung

6.1. Massgebliche Tatsachenbehauptungen

Massgeblich für diesen Entscheid sind die vor Vorinstanz vorgebrachten Tatsachenbehauptungen. Die von der Klägerin mit der Beschwerdeantwort neu vorgebrachten Behauptungen sind aufgrund des Novenverbotes nicht zu berücksichtigen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

6.2. Örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz

6.2.1. Wie noch zu zeigen sein wird, sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht vertraglich einbezogen worden, weshalb auch die Gerichtsstandsvereinbarung am Sitz der Klägerin gemäss Ziffer 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zur Anwendung kommt. Einschlägig ist deshalb der Gerichtsstand am Sitz der Beklagten in C._____ (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO), weshalb die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz zu bejahen ist.

6.2.2. Unabhängig davon wäre die Zuständigkeit der Vorinstanz auch zu bejahen, falls kein abweichender zwingender oder teilzwingender Gerichtsstand vorliegt und sich die Beklagte auf das Verfahren eingelassen hat (Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 35 Abs. 1 ZPO; Kuko-ZPO [Haas/Schlumpf] Art. 18 N 10).

Zu Recht macht die Beklagte nicht geltend, das Gesetz sehe für den vorliegenden Streit einen zwingenden oder teilzwingenden Gerichtsstand vor.

Eine Einlassung im Sinne von Art. 18 ZPO ist gegeben, wenn sich die Beklagte zur Sache äussert ohne bedingungslos die Unzuständigkeitseinrede zu erheben (Kuko-ZPO [Haas/Schlumpf] Art. 18 N 7). Um die Zuständigkeit durch Einlassung zu bewirken, genügt es bereits, dass sich die Beklagte zur Sache äussert, ohne sich überhaupt der Problematik der örtlichen Zuständigkeit bewusst zu sein. Umso mehr genügt eine bewusste Einlassung. Die Einlassung ist keine Willenserklärung, sondern eine prozessuale Disposition, die nicht zurückgenommen werden

und deren Wirkung auch durch Anrufung von Willensmängeln nicht mehr beseitigt werden kann (Dike-Kommentar ZPO, Online-Stand: 7. Juli 2013 [Daniel Fülle-
mann], Art. 18 N 2). Die Berufung auf die Unzuständigkeit des Gerichtes ist aus-
geschlossen, sobald sich die Beklagte gegenüber der beim Gericht eingereichten
Klage derart verhalten hat, dass die nachträgliche Erhebung der Unzuständig-
keitseinrede aus dem Gesichtspunkt der bona fides im Rechtsverkehr nicht gebil-
ligt werden kann (BGE 87 I 131). Nach diesen Grundsätzen hat sich eine Beklag-
te unwiderruflich auf eine Klage beim unzuständigen Gericht eingelassen, wenn
sie zunächst darlegt, dass nach ihrer Ansicht das Gericht nicht zuständig sei,
dennoch aber nicht bedingungslos die Unzuständigkeitseinrede erhebt, sondern
zu erkennen gibt, dass das Gericht in der Sache entscheiden soll. Würde man
anders entscheiden, so könnte sich eine Beklagte in Erwartung einer Klageabwei-
sung auf den Prozess einlassen, um nach verlorenem Prozess aber dennoch auf
die Unzuständigkeit zu pochen. Ein solches Verhalten widerspricht der bona fides
im Rechtsverkehr, weshalb in einem solchen Fall die Einlassung zu bejahen ist.

Die Beklagte führte in der Klageantwort vor Vorinstanz aus, dass gemäss Ziffer 10
der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, auf die sich die Klägerin berufe, das Ge-
richt am Sitz der Klägerin [Rapperswil-Jona, act. 3/1] ausschliesslich zuständig
sei. Die Klägerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie ihre Forderung auf die
Allgemeinen Geschäftsbedingungen stütze, sich aber in Bezug auf die Gerichts-
standsvereinbarung nicht daran halte. Dennoch erscheine der Beklagten die Kla-
ge vor dem Bezirksgericht Winterthur nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO als zulässig,
da die Beklagte ihren Sitz in C._____ habe. Die Beklagte bestreite die Zuständig-
keit des Bezirksgerichts Winterthur daher nicht. Im Anschluss daran äusserte sich
die Beklagte ausführlich zur Sache (act. 12 S. 1)

Die Beklagte hat sich nicht in Unkenntnis der Frage der örtlichen Zuständigkeit
zur Sache geäussert, sondern im vollen Bewusstsein der möglichen Unzuständig-
keit ausgeführt, sie bestreite trotz Bedenken die Zuständigkeit nicht, wohl in der
Hoffnung, das Gericht werde zu ihren Gunsten entscheiden. Wenn sie sich nun
nach verlorenem Prozess auf die Unzuständigkeit beruft, handelt sie wider Treu
und Glauben. Die Ausführungen der Beklagten stellen keine bedingungslose Un-

zuständigkeitseinrede dar. Sie hat sich auf die Klage eingelassen, weshalb die Zuständigkeit der Vorinstanz auch aus diesem Grund zu bejahen ist.

6.2.3. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte zwar erwähnt, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid ihre Zuständigkeit nicht begründet. Sie rügt in diesem Zusammenhang aber lediglich die falsche Anwendung von Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO, macht aber keine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Da im Beschwerdeverfahren das Rügeprinzip gilt (Art. 321 Abs. 1 ZPO; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; OGer RT120065, abrufbar auf www.gerichte-zh.ch) ist diese Frage nicht zu erörtern. Im Übrigen könnte selbst eine zu Recht und genügend gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt werden, da die Beschwerdeinstanz in Bezug auf die Rechtsanwendung über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügt (Art. 320 lit. a ZPO) und eine Rückweisung im vorliegenden Fall einen zu vermeidenden formalistischen Leerlauf bedeuten würde (BGer 5A_296/2013).

6.3 Materielle Prüfung

6.3.1. In Bezug auf den Sachverhalt wird im Folgenden zunächst allein auf die klägerische Behauptung abgestellt. Ergibt sich in einem ersten Schritt aufgrund dieses als wahr unterstellten Sachverhalts, dass die Klage gutzuheissen ist, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Bestreitungen der Beklagten einen rechtserheblichen Teil des Sachverhalts betreffen, so dass darüber ein Beweisverfahren zu führen wäre (Art. 150 ZPO). Lässt sich hingegen die von der Klägerin behauptete Rechtsfolge nicht aus der als wahr unterstellten Behauptung der Klägerin ableiten, so erweist sich die Klage als nicht schlüssig und ist ohne Beweisverfahren abzuweisen (Kuko-ZPO [Paul Oberhammer] Art. 55 N 2).

6.3.2. Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag formbedürftig ist. Die Frage der Formbedürftigkeit und die der Erfüllung der Form stellt sich somit erst, wenn sich die Parteien überhaupt über den Vertragsinhalt geeinigt haben. Dies ist sogleich zu prüfen.

6.3.3. Die Klägerin leitet ihren behaupteten Anspruch aus Ziffer 8 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab, die sie der Beklagten vor Beginn des Einsatzes von D._____ und später mit insgesamt sechs Wochenrapporten zur Kenntnis gebracht hat. Die Texte stimmen nicht überein. So ist gemäss erstgenanntem Formular die Entschädigungspflicht von einer Einsatzdauer von weniger als 540 Stunden abhängig (act. 3/4), während in den zweitgenannten Formularen auf eine Einsatzdauer von weniger als drei Monaten abgestellt wird. Gemäss diesen Formularen wird auch die Entschädigung ausgehend von Honorar und Gewinn berechnet, die für einen Einsatz von drei Monaten hätte bezahlt werden müssen (act. 3/5 und 3/7). Die Klägerin ist bei der Rechnungsstellung offensichtlich von der ersten Version ausgegangen (act. 3/11). Ob diese Differenzen relevant sind, wird später zu prüfen sein.

6.3.4. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind für sich genommen rechtlich unerheblich. Sie sind nur eine Vertragsschablone und kein Vertrag, sowenig als ein Bauplan ein Bau ist. Verbindlich werden Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Übernahme in den Vertrag. Diese erfolgt durch übereinstimmende Übernahmeerklärungen durch die Vertragsparteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages (Gauch/Schluep, OR AT, Band I, 9. Auflage, N 1132-1133, Zürcher Kommentar zum OR, Art. 1 N 433 und N 443). Diese sogenannte Einbeziehungsvereinbarung unterliegt den allgemeinen Abschlussregeln von Art. 1 ff. OR. Häufig kommt es vor, dass ein Vertrag ohne Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossen wird, jedoch im Nachhinein eine Vertragspartei auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweist, so zum Beispiel auf einem Lieferschein oder einer Rechnung. In einem solchen Hinweis ist ein blosses Angebot auf eine Vertragsänderung zu sehen. Stillschweigen auf dieses Angebot bedeutet keine Zustimmung. Eine solche darf auch nicht im Sinne von Art. 6 OR fingiert werden (Alfred Koller, OR AT, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Auflage, § 23 N13-16, Gauch/Schluep, OR AT, Band I, 9. Auflage, N 1133a).

6.3.5. Aufgrund der klägerischen Behauptung ist davon auszugehen, dass die Beklagte bei ihr einen Temporärmitarbeiter bestellte und dass die Klägerin mit D._____ am 10. August 2012 einen Einsatzvertrag (act. 3/2) abschloss. Aufgrund

dieses Vertrages, der die Beklagte als Einsatzfirma nennt, steht fest, dass es zu einem Kontakt zwischen den Parteien gekommen sein muss. Die Klägerin stellt dazu keine Behauptungen auf und lässt die Details der Bestellung im Dunkeln. Somit ist auch nicht behauptet, die Parteien hätten sich über die wesentlichen Vertragsbestandteile, so wie sie im Verleihvertrag (act. 3/3) festgehalten sind, geeinigt. Die Klägerin behauptet auch nicht, sie hätte in dieser Phase bis zum Versenden des Einsatzvertrages und des Verleihvertrages an die Beklagte dieser ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch nur zur Kenntnis gebracht, geschweige denn, diese hätte den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugestimmt. Eine Einbeziehungsvereinbarung ist bis zum Zeitpunkt der Versendung der Verträge nicht zu Stande gekommen.

Die Beklagte hat erstmals mit der Zusendung des Einsatzvertrages und des Verleihvertrages Kenntnis von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erhalten, jedoch nicht darauf reagiert. Da die Einbeziehungsvereinbarung nicht stillschweigend erfolgen kann, sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Beklagten durch den Empfang und das Unterlassen einer Reaktion nicht übernommen worden.

Beim Unterzeichnen der Wochenrapporte (act. 3/5 und 3/6) hat die Beklagte die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin insgesamt sechs Mal zur Kenntnis genommen. Wie dargelegt ist die Bekanntgabe von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Lieferscheinen etc. nicht bindend, sondern stellt bloss ein Angebot für eine Vertragsänderung dar. Die Wochenrapporte sind Quittungen für die von D._____ geleisteten Arbeitsstunden. Mit der blossen Bekanntgabe der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite der Formulare wurden diese nicht in den Vertrag übernommen.

Mit den Wochenrapporten wurden indes die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht nur bekanntgegeben, sondern sie unterzeichnete jeweils auch den folgenden Text: "Mit Ihrer Unterschrift anerkennen Sie die geleisteten Stunden unseres temporären Mitarbeiters. Die Stunden werden gemäss Auftragsbestätigung und allgemeinen Geschäftsbedingungen fakturiert." Gemäss diesem Text nimmt die Beklagte durch ihre Unterschrift lediglich zur Kenntnis, dass die

Klägerin die Stunden gemäss Auftragsbestätigung und Allgemeinen Geschäftsbedingungen fakturiert. Eine Anerkennung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch nur in Bezug auf die zu fakturierenden Stunden liegt in dieser Erklärung gerade nicht. Doch selbst wenn man in der Unterzeichnung des Textes nicht nur eine Kenntnisnahme, sondern eine Anerkennung erblicken würde, liesse sich daraus nichts zu Gunsten der Klägerin ableiten. Denn der Text bezieht sich nicht auf die gesamten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern nur auf die Verrechnung der geleisteten Arbeitsstunden und somit gerade nicht auf die im Streit liegende Entschädigung für die Weiterbeschäftigung über eine Drittfirma gemäss Ziffer 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Nach dem Gesagten liegt keine Willenserklärung der Beklagten auf Einbezug der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Da sich der klägerische Anspruch ausschliesslich auf Ziffer 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und nicht auf den diesem zu Grunde liegenden Verleihvertrag stützt, kann die Frage offen gelassen werden, ob dieser überhaupt zustande gekommen ist. Da keine Einbeziehungsvereinbarung vorliegt, ist der Umstand, dass die von der Klägerin eingereichten AGB-Texte nicht identisch sind, irrelevant.

6.3.6 Da keine Einbeziehungsvereinbarung zustande gekommen ist, stellt sich die Frage nach dem Schriffterfordernis nicht, weshalb auch das von der Vorinstanz erwähnte Präjudiz des Handelsgerichts nicht einschlägig ist, da es dort um die Frage geht, ob ein Schriffterfordernis auch durch zusammengesetzte Dokumente erfüllt werden kann.

Aus demselben Grund ist der Hinweis der Klägerin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 104 II 101), welche die nachträgliche Berufung auf einen Formmangel nach erfülltem Vertrag als rechtsmissbräuchlich bezeichnet, nicht einschlägig. Denn diese Rechtsprechung bezieht sich nur auf Fälle, bei denen ein Konsens gegeben ist, jedoch ein Formmangel vorliegt. Vorliegend fehlt es jedoch bereits am Konsens hinsichtlich der Einbeziehungsvereinbarung.

6.3.7. Die Vorinstanz hat nicht geprüft, ob seitens der Beklagten ein unlauteres Wettbewerbsverhalten vorliegt, wie dies die Klägerin vorgebracht hat. Mangels

Rüge ist darauf nicht näher einzugehen. Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass die Klägerin zwar ein unlauteres Verhalten der Beklagten behauptet hat, nicht aber eine der weiteren Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 9 Abs. 3 UWG, was aber Voraussetzung für einen nicht vertraglichen Anspruch aus unlauterem Wettbewerb wäre.

6.4 Fazit:

Stellt man auf die als wahr unterstellten Behauptungen der Klägerin ab, so hat die Beklagte weder durch Erhalt des Verleihvertrages noch durch die Unterzeichnung der Wochenrapporte den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugestimmt. Da die klägerische Forderung ausschliesslich auf den Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruht, ist sie mangels vertraglicher Vereinbarung nicht ausgewiesen. Die Klage ist nicht schlüssig und ist ohne Beweisverfahren abzuweisen. Demensprechend ist die beantragte Rechtsöffnung nicht zu erteilen. Da die Sache spruchreif ist, erfolgt ein reformatorischer Entscheid (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die von der Vorinstanz festgelegten Gerichtskosten sind zu bestätigen, jedoch der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen. Die Klägerin ist zu verpflichten, die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren gemäss §§ 2 Abs. 1 lit. a und 4 Abs. 1 AnwGebV zu entschädigen, zuzüglich Mehrwertsteuer.

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zu bemessen. Die Klägerin ist zu verpflichten, die Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren gemäss §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV zu entschädigen, zuzüglich Mehrwertsteuer.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1., 3. und 4. des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. September 2013 (Prozess FV130037) durch folgende Fassung ersetzt:
 1. Die Klage wird abgewiesen.
 3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
 4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 800.00 zuzüglich CHF 64.00 (8% MWSt) zu bezahlen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 700.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten den geleisteten Vorschuss von CHF 700.00 zu ersetzen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 400.00 zuzüglich CHF 32.00 (8% MWSt) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act 36, sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 3'204.35.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Hinden

versandt am: