

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP160021-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro.

Urteil vom 12. September 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

substituiert durch Substitutin lic. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 21. September 2015 (FV150034-G)

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Sachverhalt

Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Klägerin) ist ein Werbeunternehmen. Sie stellt dabei interessierten Unternehmen bzw. Institutionen mittels Pachtvertrag kostenlos ein Fahrzeug zur Verfügung, dessen Karosserie sie als Werbeträger nutzt. Diese Werbefläche bietet sie – in einzelne Flächen unterteilt – ihrer Kundschaft für deren Werbung entgeltlich an. Der Beklagte und Beschwerdeführer (fortan: Beklagter) betreibt ein Einzelunternehmen für Küchenplanung. Die Parteien gingen am 24. September 2013 einen Vertrag ein (Urk. 4/3; fortan: Vertrag). Sie vereinbarten darin, dass die Klägerin die Werbung des Beklagten (nebst Werbung anderer Unternehmen) für Fr. 5'000.– fünf Jahre lang (ab Auslieferung des Fahrzeugs an den Vertragspartner) auf der Fahrertüre eines Smarts platziere, welcher der C.____-Apotheke in D.____ zur Verfügung gestellt werden sollte. Noch bevor der Smart ausgeliefert wurde, kündigte der Beklagte am 25. April 2014 den Vertrag (Urk. 15/4). Nach weiterer Korrespondenz (Urk. 15/5-6; 15/9-10) stellte die Klägerin unter Berufung auf Ziffer 15 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (fortan: AGB) schliesslich dem Beklagten einen Betrag von Fr. 4'000.–, entsprechend 80% des vereinbarten Entgelts, in Rechnung (Urk. 15/12). Am 22. Oktober 2014 folgte schliesslich eine Zahlungserinnerung, mit welcher zusätzlich eine Mahngebühr von Fr. 10.– in Rechnung gestellt wurde (Urk. 15/15).

2. Erstinstanzliches Verfahren

Mit Eingabe vom 26. Mai 2015 machte die Klägerin schliesslich gestützt auf die Klagebewilligung vom 17. März 2015 eine Klage beim Einzelgericht am Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) anhängig (Urk. 1 und 2). Der Gerichtsstand Meilen wurde in den AGB vereinbart (Urk. 4/3, Ziff. 21). Die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz blieb unbestritten. Die Vorinstanz erklärte sich – stillschweigend – zu Recht als zuständig, einerseits infolge Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO) bzw. andererseits, soweit diese nicht zum Tragen käme, infolge Einlassung im

Sinne von Art. 18 ZPO. Hinsichtlich des Verfahrensgangs vor Vorinstanz ist auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil vom 21. September 2015 zu verweisen (Urk. 29, Ziff. II/1). Die begründete Fassung des Urteils nahm der Beklagte am 31. März 2016 in Empfang (Urk. 27/2).

3. Zweitinstanzliches Verfahren

Mit Eingabe vom 22. April 2016 erhob der Beklagte Beschwerde dagegen mit folgenden Anträgen (Urk. 28; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 30 und 31/1-10):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 21.09.2015 aufzuheben und die Forderung der B._____ GmbH vollumfänglich abzuweisen;
2. Die Kosten des erst- wie auch des zweitinstanzlichen Verfahrens seien nach Verfahrensausgang zu verlegen;
3. Der Beschwerdeeingabe sei zur Vermeidung vollstreckungsrechtlicher Massnahmen zu Lasten des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 28. April 2016 abgewiesen (Urk. 32). Den mit nämlicher Verfügung auferlegten Kostenvorschuss leistete der Beklagte innert Frist (Urk. 36). Die Klägerin beantwortete die Beschwerde mit Eingabe vom 16. Juni 2016 fristgerecht (Urk. 37, Urk. 38; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 39 und 40/1, 40/3, 40/5-6, 40/8-9, 40/11-13, 40/16). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beklagten am 23. Juni 2016 zugestellt (Urk. 45). Dieser nahm dazu mit Replik vom 1. Juli 2016 Stellung (Urk. 43), die Klägerin duplizierte mit Eingabe vom 13. Juli 2016 (Urk. 45). Die Duplik wurde dem Beklagten am 18. Juli 2016 zugestellt (Urk. 45). Seither erfolgten keine weiteren Eingaben. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

4. Rügepflicht

4.1. *Vorbringen der Parteien*

Die Klägerin bringt vor, der Beklagte mache mit der Beschwerde weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend. Er nenne keine Bestimmung, welche von der Vorinstanz unrich-

tig angewandt worden sei (Urk. 38 Rz 4). Der Beklagte wendete dagegen sinngemäss ein, eine falsche Rechtsanwendung gerügt zu haben, in dem er geltend mache, die Vorinstanz habe unzutreffend eine rechtsgenügli­che Vertragsgrundlage angenommen (Urk. 43 Rz 1). Die Klägerin hält dafür, bei der Feststellung, ob eine rechtsgenügli­che Vertragsgrundlage bestehe, handle es sich um eine Sachverhaltsfeststellung und nicht um eine Rechtsanwendung (Urk. 45 Rz 3).

4.2. Rügepflicht, Kognition in Rechtsfragen und Rechtsanwendung von Amtes wegen

Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet zu erheben. Der Inhalt dieser Bestimmung erschliesst sich durch einen Vergleich mit der entsprechenden Regelung für das bundesgerichtliche Verfahren in Art. 42 Abs. 2 BGG. Die Anforderungen an die Rügepflicht sind tiefer als vor Bundesgericht. Bei anwaltlich vertretenen Parteien rechtfertigt sich dennoch eine gewisse Strenge (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15, mit Verweis auf BGE 134 II 244 E. 2.4). So wird vom Beschwerdeführer nicht verlangt, dass er explizit verletzte Gesetzesartikel nennt, da die kantonale Beschwerdeinstanz das Gesetz von Amtes wegen anwendet. Vom Beschwerdeführer muss aber verlangt werden, dass er klar und substantiiert darlegt, welchen Mangel der angefochtene Entscheid aufweist. Dabei hat er sich insbesondere konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen. Er muss erläutern, welche Erwägung aus welchen Gründen nicht zutreffend ist. Der gerügten Erwägung sind die aus Sicht des Beschwerdeführers zutreffenden Überlegungen gegenüberzustellen und es ist darzutun, zu welchem von jenem der Vorinstanz abweichenden Ergebnis diese führen. Der Beschwerdeführer kann seiner Rüge- und Begründungspflicht nicht durch einen globalen Verweis auf bisherige Eingaben oder die Akten nachkommen. Insbesondere genügt die Erklärung der gesamten bisherigen Ausführungen zum Bestandteil der Beschwerde nicht. Werden keine oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO). Die Beschwerde muss diesfalls abgewiesen werden.

In Tatfragen ist die Kognition der Beschwerdeinstanz gemäss Art. 320 lit. b ZPO auf die offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellung beschränkt. Erforderlich ist

eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts. "Offensichtlich unrichtig" ist dabei gleichbedeutend mit willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 320 N 5). In Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 320 lit. a ZPO indessen volle Kognition. Entsprechend dem Grundsatz "iura novit curia" wendet die Beschwerdeinstanz das dem Prozessstoff zugrunde liegende Recht – ebenso wie die Vorinstanz – von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Rechtsanwendung von Amtes wegen bedeutet, dass diesbezüglich keine Rügeobliegenheit der Parteien besteht. Eine Partei, die falsche oder gar keine Ausführungen zur Rechtsanwendung macht, darf keinen Rechtsnachteil erleiden (Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, § 17 Rz 1358 mit Verweis auf ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 57 N 17 und BSK ZPO-Gehri, Art. 57 N 3 ff., insbesondere N 7). Damit ist die Beschwerdeinstanz nicht an eine unvollständige oder irriige rechtliche Begründung der Parteien gebunden. Insofern hat die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen zu entscheiden, ob die Beschwerdeanträge im Ergebnis begründet sind oder nicht.

4.3 *Fazit*

Bei der Feststellung, ob eine genügende Vertragsgrundlage besteht, geht es entgegen der Auffassung der Klägerin um Rechtsanwendung, es ist nämlich zu entscheiden, ob die mündlichen und schriftlichen Absprachen (Tatsachenfeststellung) genügen, um ein bestimmtes Vertragsverhältnis zu begründen. Dazu sind die massgeblichen rechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Wenn der Beklagte beanstandet, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Konsens bejaht (Urk. 38 S. 9) und Ziffer 15 der AGB für gültig erachtet (Urk. 38 S. 8), rügt er somit eine Rechtsverletzung. Ausserdem macht der Beklagte geltend, die Vorinstanz habe die Forderung der Klägerin zu Unrecht nicht als rechtsmissbräuchlich taxiert (Urk. 38 S. 6) und die unmögliche bzw. gescheiterte Vertragserfüllung durch die Klägerin nicht beachtet (Urk. 38 S. 7). Damit rügt der Beklagte ebenfalls eine Rechtsverletzung. Weiter beanstandet der Beklagte mit der Beschwerde, die Vorinstanz habe unzutreffend die Zahlungsmodalitäten und den Auslieferungstermin nicht als für ihn subjektiv wesentlich erachtet (Urk. 38 S. 10). Er zeigt diesbezüglich jedoch nicht auf, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung willkürlich sei. Auf

diese Rügen kann deshalb nicht eingetreten werden. Schliesslich kritisiert der Beklagte die Sachverhaltsfeststellung dahingehend, die Vorinstanz habe unzutreffend festgestellt, es sei für die Klägerin nicht erkennbar gewesen, dass für den Beklagten die Platzierung der Werbung auf einem *Elektrofahrzeug* von Bedeutung gewesen sei. Diesbezüglich begründet der Beklagte immerhin in den Grundzügen, weshalb die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung falsch sei (Urk. 38 S. 11). Insgesamt gibt der Beklagte in erster Linie den Sachverhalt und seine Sichtweise mit der Beschwerde erneut wieder, was für sich genommen der Rügepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien nicht zu genügen vermöchte. Wie soeben gezeigt, lassen sich jedoch konkrete Kritikpunkte an der Rechtsanwendung wie auch an der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ausmachen, welche gerade noch genügen, um auf die Beschwerde einzutreten. Die erwähnten Punkte sind im Folgenden zu überprüfen.

5. Novenverbot

5.1. *Vorbringen der Klägerin*

Die Klägerin macht geltend, bei den vom Beklagten mit der Beschwerde neu eingereichten Urk. 31/19 und 31/20 handle es sich um unzulässige Noven (Urk. 38 Rz 4).

5.2. *Umfassendes Novenverbot*

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 im Wesentlichen 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 (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3 f.). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können.

5.3. *Fazit*

Der Beklagte reichte die Urk. 31/19 und 31/20 erstmals mit der Beschwerde ein. Er zeigt keinen Grund auf, weshalb diese trotz des umfassenden Novenverbots zulässig sein sollen. Sie sind deshalb nicht zu beachten und es ist auf die im Zusammenhang mit diesen aufgestellten Behauptungen nicht einzugehen. Soweit der Beklagte mit der Beschwerde unzulässige neue Tatsachenbehauptungen aufstellt, ist im Rahmen der materiellen Behandlung der Beschwerde darauf hinzuweisen und von deren Beachtung abzusehen.

II. Materielles

1. Vertragsschluss und -gültigkeit

1.1. *Vorbringen des Beklagten*

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es habe ein Konsens der Parteien über die *essentialia negotii* vorgelegen (Urk. 28 Rz 9 S. 8 f., Rz 13; Urk. 43 Rz 2). Aus dem Vertragstext werde weder klar, ob die Vertragsdauer zwei oder fünf Jahre betrage, noch ob für die Jahre 2014/2015 insgesamt Fr. 5'000.– oder für die Dauer von fünf Jahren je Fr. 1'000.– pro Jahr zu bezahlen seien (Urk. 28 Rz 9). Im oberen Schriftfeld des Vertrags sei für 2014/2015 handschriftlich je Fr. 2'500.– festgelegt worden, während im Widerspruch dazu im mittleren Schriftfeld von einem Preis für fünf Jahre Laufzeit von Fr. 1'000.00 pro Monat (recte: pro Jahr, vgl. Urk. 43 Rz 5) gesprochen werde (Urk. 28 Rz 6 S. 5 und Rz 7). Ferner habe auch Herr E. _____ von der Klägerin anlässlich eines persönlichen Besuchs beim Beklagten am 3. April 2014 erklärt, der Vertrag sei "völlig unbrauchbar abgefasst" und um eine Unterschrift unter ein angepasstes Vertragsdokument ersucht. Der Beklagte habe aber nicht erneut unterschrieben. Damit sei die Klägerin selbst davon ausgegangen, dass kein Konsens zustande gekommen sei, ansonsten nicht eine neue Unterschrift verlangt worden wäre (Urk. 28 S. 9). Der Beklagte habe seine Einschätzung, dass die Angaben im Vertrag widersprüchlich seien, mit Schreiben vom 25. April 2014 klar zum Ausdruck gebracht (Urk. 28 Rz 10 Abs. 1). Im übrigen seien die Zahlungsmodalitäten für

den Beklagten subjektiv wesentlich gewesen, weil sich daraus die Dauer der Werbeaktion herleite (Urk. 28 Rz 10 Abs. 2). Auch der Ausliefertermin des Fahrzeugs (Urk. 28 Rz 10 Abs. 2) und dass die Werbung auf einem Elektro- und nicht einem Benzin-Smart angebracht würde (Urk. 28 Rz 11), sei für ihn subjektiv wesentlich gewesen. Die Vorinstanz erwäge unzutreffend, es sei für die Klägerin nicht erkennbar gewesen, dass die Verwendung eines Elektrofahrzeugs für den Beklagten von Bedeutung gewesen sei. Die Klägerin habe damit geworben, dass ein Elektrofahrzeug eingesetzt werde (Urk. 28 S. 11).

1.2. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin erwidert, aus dem Vertrag sowie der dazugehörenden Ziffer 5 der AGB gehe klar hervor, dass die Parteien einen Werbeflächenvertrag über fünf Jahre geschlossen hätten. Dies zeige sich an folgenden Formulierungen (Urk. 38 Rz 7):

- "Mindest[werbe]laufzeit: 5 Jahre" [3. Feld von oben, links]
- "Preis für 5 Jahre Werbelaufzeit" [4. Feld von oben]
- "Wichtig: Die Mindestlaufzeit beträgt 5 Jahre [...]" [5. Feld von oben]
- "Die Mindestlaufzeit beträgt 5 Jahre" [AGB, Ziffer 5].

Es sei sodann dafür ein Betrag von Fr. 5'000.– vereinbart worden, wie an den folgenden Formulierungen erkennbar sei (Urk. 38 Rz 7):

- "2014 2'500.– / 2015 2'500.– db" [1. Feld von oben, handschriftlich]
- "1000.– pro Jahr / 5000.– SFr. zzgl. MwSt." [4. Feld von oben]
- "5000.–" [bei Unterschrift/Stempel des Beklagten]

Der vermeintliche Widerspruch betreffend die Zahlungsmodalitäten ergebe sich daraus, dass unter "Preis für 5 Jahre Werbelaufzeit" auch die jährliche Belastung für den Beklagten angegeben worden sei. Im obersten und untersten Feld hätten sich die Parteien aber klar auf zwei Ratenzahlungen geeinigt (Urk. 38 Rz 7). Die Parteien hätten sich damit über die essentialia negotii – die Herstellung eines Werks und die Leistung einer Vergütung – geeinigt. Der Vertrag sei unmissverständlich für eine Dauer von fünf Jahren geschlossen worden. Es sei offensichtlich, dass sich die Anmerkung "2014 2'500.– / 2015 2'500.– db" [1. Feld von oben] nur auf die Zahlungstermine beziehe. Die Vorinstanz habe zu Recht ausgeführt,

dass die im Raum stehenden Ungereimtheiten betreffend die Zahlungsmodalitäten für die Frage des Zustandekommens des Vertrages unbeachtlich seien (Urk. 38 Rz 11). Herr E._____ von der Klägerin habe den Beklagten am 3. April 2014 ferner nur aufgesucht, um vermeintliche Unklarheiten betreffend die Zahlungsmodalitäten zu bereinigen (Urk. 38 S. 7), und habe nicht die Aussage gemacht, der Vertrag sei völlig unbrauchbar abgefasst (Urk. 38 S. 11).

1.3. *Zustandekommen eines Vertrags*

Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäußerungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR). Diese können ausdrücklich oder stillschweigend sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Grundsätzlich gilt ein Vertrag als geschlossen, wenn sich die Parteien über alle objektiv wesentlichen Elemente des Geschäfts, die sogenannten *essentialia negotii*, sowie die subjektiv wesentlichen Punkte geeinigt haben (Koller, OR AT, 3. Aufl., Bern 2009, § 6 N 1 f.). Subjektiv wesentlich ist ein Punkt, der für eine Partei so wichtig ist, dass sie den Vertrag ohne Einigung darüber – für die Gegenpartei erkennbar – nicht schliessen würde (Koller, a.a.O., § 6 N 17 und 19). Grundsätzlich kann jeder Punkt subjektiv wesentlich sein, so auch die Zahlungsmodalitäten. Jene Partei, die subjektive Wesentlichkeit geltend macht, ist aber grundsätzlich dafür auch beweis- und damit behauptungsbelastet (vgl. Koller, a.a.O., § 6 N 20). Es muss bezüglich sämtlicher subjektiv und objektiv wesentlichen Punkte ein sogenannter Konsens vorliegen. Ein tatsächlicher (natürlicher) Konsens liegt vor, wenn jede Partei die von der Gegenpartei abgegebene Erklärung richtig verstanden hat und die so ermittelten Erklärungsinhalte übereinstimmen. Wenn sich nicht ermitteln lässt, was die Parteien tatsächlich gewollt und verstanden haben, ist auf das Vertrauensprinzip abzustellen und zu fragen, ob die nach diesem Prinzip ausgelegten Erklärungen übereinstimmen; bejahendenfalls liegt ein rechtlicher (normativer) Konsens vor (Koller, a.a.O., § 6 N 4). Bestehen die Willenserklärungen der Parteien in der Unterzeichnung eines Vertragsdokumentes und blieb ein natürlicher Konsens unbewiesen, ist zu überprüfen, ob sich dem Vertragstext bei dessen Auslegung nach dem Vertrauensprinzip eine Einigung über sämtliche wesentlichen Punkte entnehmen lässt.

1.4. *Dauerwerkvertrag*

Die Vorinstanz qualifizierte den Vertrag in Übereinstimmung mit den Parteivorbringen und unter Verweis auf die Rechtsprechung (ZR 104 Nr. 42) als Dauerwerkvertrag. Der geschuldete Erfolg des Unternehmers bestehe darin, die Werbung auf dem Fahrzeug anzubringen und dafür besorgt zu sein, dass diese während der gesamten Laufzeit angebracht bleibe (Urk. 29 Ziff. III/1). Diese Qualifikation blieb im Beschwerdeverfahren zu Recht unbestritten (Urk. 28 Rz 8; Urk. 38 Rz 9). Die *essentialia negotii* des Werkvertrags im Sinne von Art. 363 OR sind die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung eines Werks einerseits und jene des Bestellers zur Leistung einer Vergütung andererseits (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 363 N 1). Beim Dauerwerkvertrag ist zusätzlich die Vertragsdauer als objektiv wesentliches Element des Geschäfts zu betrachten.

1.5. *Subjektiv wesentliche Punkte (Sachverhaltsrügen)*

Der Beklagte kritisiert, die Vorinstanz habe zu Unrecht festgestellt, er habe nicht geltend gemacht, die Zahlungsmodalitäten und der Auslieferungszeitpunkt seien für ihn wesentlich gewesen. Ausserdem habe die Vorinstanz unzutreffend erwoogen, es sei für die Klägerin nicht erkennbar gewesen, dass der Umstand, dass ein Elektrofahrzeug verwendet würde, für den Beklagten von entscheidender Wichtigkeit gewesen sei (Urk. 28 S. 10 f.).

1.5.1. Die Vorinstanz erwog, aufgrund von Ziffer 3 f) der AGB (Bearbeitungszeit von max. 12 Monate nach Vertragserteilung) habe sich der Beklagte im Klaren sein müssen, dass bis zur Auslieferung des Fahrzeugs eine gewisse Zeit verstreichen würde. Auch aufgrund der für die Zahlungen vereinbarten Fälligkeitstermine ("1. Rate bei Smartauslieferung, 2. Rate März 2015") ergebe sich, dass die Auslieferung erst im Laufe des Jahres 2014 oder anfangs 2015 erfolgen würde, womit der Auslieferungstermin – soweit objektiv vertragswesentlich – ausreichend bestimmt worden sei (Urk. 29 Ziff. III/3.3). Mit Bezug auf den Auslieferungszeitpunkt und die Zahlungsmodalitäten stellte die Vorinstanz fest, der Beklagte habe nicht geltend gemacht, dass diese für ihn subjektiv wesentlich seien (Urk. 29 Ziff. III/3.2.-3.3.). Der Beklagte zeigt nicht auf, inwiefern diese Tatsachenfeststellung willkürlich (oder zumindest falsch) sein soll. Folglich hat es bei der vorinstanzli-

chen Feststellung zu bleiben, dass der Auslieferungszeitpunkt und die Zahlungsmodalitäten für den Beklagten nicht subjektiv wesentlich waren.

1.5.2. Bezüglich der entscheidenden Bedeutung der Verwendung eines Elektrofahrzeugs für ihn stellte der Beklagte vor Vorinstanz folgende Behauptungen auf:

- "Vorausgegangen infoschrift act 1 von F._____, Leiter der Einrichtung. Elektrofahrzeug als Werbeträger [...] Führte zu Vertrag mit A._____
24.09.13" (Urk. 20 S. 3)
- "Die C._____-Apotheke diente als 'Türöffner'. Im E-Mail an Herrn F._____ wird ein innovativer Elektromart erwähnt. Der sei es aber dann doch nicht gewesen...?" (Urk. 17 S. 5)
- "Der Beklagte dachte, es handle sich um einen Elektromart. Wenn die Klägerin Missverständnisse verursacht, muss sie diese klären."
(Urk. 17 S. 6).

Dass für ihn ausschlaggebend gewesen sei, dass es sich um ein Elektrofahrzeug handeln solle, machte der Beklagte somit in den Grundzügen bereits vor Vorinstanz geltend (Urk. 17 S. 5 f.; Urk. 20 S. 3). Dies ist insofern unumstritten. Die Vorinstanz stellte hingegen fest, der Beklagte habe keine Anhaltspunkte dafür geltend gemacht, dass für die Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennbar gewesen wäre, dass die Verwendung eines Elektrofahrzeugs für den Beklagten ausschlaggebend gewesen sei (Urk. 29 S. 9). Der Beklagte beanstandet mit der Beschwerde, diese vorinstanzliche Tatsachenfeststellung habe keine Gültigkeit, da die Klägerin das Projekt in Urk. 15/1 mit einem geräuschlosen, emissionsfreien Fahrzeug als Werbeträger beworben habe. Deshalb sei für sie erkennbar gewesen, dass für den Beklagten die Verwendung eines Elektrofahrzeugs ausschlaggebend gewesen sei. Der Beklagte bezieht sich auf ein undatiertes Schreiben der C._____-Apotheke D._____ "An die Unternehmen im Einzugsbereich unserer Stadt", in welchem das Anbringen von Werbung auf einem Elektrofahrzeug angepriesen wird (Urk. 15/1). Die Klägerin stellte sich jedoch auf den Standpunkt, dieses Schreiben habe ein anderes Projekt betroffen, in welchem es um einen Elektromart gegangen sei. Dieses Projekt sei jedoch nicht zustande gekommen.

Dem Beklagten sei aber Werbung auf einem normalen Smart angeboten worden, welcher bereits von der C.____-Apotheke seit 2008 verwendet worden sei (Urk. 17 S. 3 und 5, Urk. 18 S. 1). Die Klägerin machte folglich geltend, es habe offenbar ein Missverständnis bestanden. Die Klägerin habe den Beklagten als Inserent für den alten Smart anwerben wollen, dieser habe gedacht, er würde für den neuen (Elektro-)Smart angeworben. Der Beklagte erwiderte dazu im Wesentlichen: "Der Beklagte dachte, es handle sich um einen Elektrosmart. Wenn die Klägerin Missverständnisse verursacht, muss sie diese klären." (Urk. 17 S. 6). Inwiefern das von der Klägerin geltend gemachte Missverständnis für sie erkennbar gewesen sein soll, zeigte der Beklagte jedoch nicht auf. Insbesondere machte er keine Anhaltspunkte dafür geltend, dass die Klägerin wusste, dass ihm das fragliche Schreiben der C.____-Apotheke (Urk. 15/1) vor Vertragsschluss vorlag. Vor diesem Hintergrund ist die vorinstanzliche Tatsachenfeststellung, dass für die Klägerin die subjektive Wesentlichkeit der Verwendung eines Elektrofahrzeugs nicht erkennbar gewesen sei, nicht willkürlich, sondern ohne Weiteres vertretbar, zumal im Vertrag als "Art des Mobils" lediglich "Smart" erwähnt wird (Urk. 4/3).

1.6. *Fazit: Konsens*

Aus dem Vertragsdokument (Urk. 4/3) sind die Vertragsdauer von fünf Jahren und der Preis von Fr. 5'000.–, entsprechend Fr. 1'000.– pro Jahr Laufzeit ohne Weiteres ersichtlich. Zum Preis von Fr. 5'000.– würde gemäss dem Vertragstext noch ein Betrag von Fr. 490.– für Materialkosten hinzukommen, welcher aber vorliegend keine Rolle spielt, weil es gar nie zur Ausführung der Beschriftung kam. Die Formulierung "Preis für 5 Jahre Werbelaufzeit" und "1000.– pro Jahr / 5000.– SFr. zzgl. MwSt." im vierten Feld von oben lässt keine Zweifel am Preis von Fr. 5'000.– und einer Laufzeit von fünf Jahren. Die handschriftliche Ergänzung "2014 2'500.– / 2015 2'500.– db" im obersten Feld bezieht sich klarerweise auf die Zahlungsmodalitäten, wenn man sie zusammen mit der Formulierung "1. Rate bei Smartauslieferung, 2. Rate März 2015" im untersten Feld liest. Es lässt sich daraus hingegen nicht ableiten, es sei eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren vereinbart worden. Mit Bezug auf die Laufzeit und das Entgelt ist das Vertragsdokument somit klar. Allenfalls könnte der Vertragstext mit Bezug auf die Vertragsleistung der Klägerin unklar erscheinen; es findet sich keine konkrete Umschreibung der zu er-

bringenden Leistung. Dies ist aber nicht Streitgegenstand. Für beide Parteien war offensichtlich klar, dass es um das Anbringen einer Werbung auf einem Fahrzeug gehen soll. Im obersten Feld wiederum klar definiert ist hingegen, dass die Werbung auf einem Smart angebracht werden soll. Damit sind die objektiv wesentlichen Elemente des Dauerwerkvertrags in dem beidseitig unterzeichneten Vertragsdokument ausreichend geregelt. Da der Beklagte nicht darzutun vermochte, dass noch weitere, subjektiv wesentliche Punkte zu regeln gewesen wären, ergibt sich aus dem Vertragsdokument ein Konsens über alle wesentlichen Elemente. Es ist damit ein Vertrag zustande gekommen und die diesbezügliche Rüge des Beklagten erweist sich als unbegründet. Bloss am Rande ist zu bemerken, dass keine Rolle spielt, ob ein Vertreter der Klägerin (Herr E._____) den Vertrag als "völlig unbrauchbar abgefasst" bezeichnet hat oder nicht. Diese (angebliche) nachträgliche Einschätzung ändert nichts am ursprünglichen Zustandekommen eines Vertrags. Abgesehen davon können auch schlecht formulierte Verträge zustande kommen, wenn sich ihnen durch Auslegung ein Konsens entnehmen lässt.

1.7. *Grundlagenirrtum*

1.7.1. Die Vorinstanz handelte die Frage, ob das Anbringen einer Werbung auf einem Elektrofahrzeug geschuldet war, unter dem Titel des Grundlagenirrtums ab (Urk. 39 Ziff. III/3.5). Sie ging mithin davon aus, dass bei Auslegung des Vertrags nach dem Vertrauensprinzip nicht das Anbringen der Werbung auf einem Elektrosmart geschuldet war (ansonsten wäre kein normativer Konsens zustande gekommen). Dies zu Recht, da sich auf dem auszulegenden Vertragsdokument unter "Art des Mobils:" lediglich die Bezeichnung "Smart" findet. Weitere Angaben zum Fahrzeug, die in guten Treuen darauf schliessen liessen, es sei ein Elektrofahrzeug gemeint, fehlen (Urk. 4/3). Folglich liegt dem Vertrag ein *normativer* Konsens zugrunde, welcher die Frage, ob ein Elektro- oder ein Benzinfahrzeug verwendet werden soll, ausklammert.

1.7.2. Stellte sich der Beklagte dennoch irrtümlich vor, seine Werbung würde auf einem Elektrofahrzeug angebracht, und war dieser Umstand für seinen Entscheid zum Vertragsschluss von ausschlaggebender Bedeutung, könnte ein Grundlagenirrtum vorliegen. Ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs.1 Ziff. 4 OR

setzt indessen mitunter voraus, dass für den Vertragspartner erkennbar war, dass der irrtümlich vorgestellte Sachverhalt für den Irrenden notwendige Vertragsgrundlage war (BGer 4A_551 vom 2. Dezember 2010, E. 2.4, m.H. auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung; so auch: BSK OR I-Schwenzer, Art. 24 N 23 und CHK-Kut, Art. 24 OR N 30; in der Lehre wird teilweise eine abweichende Minderheitsmeinung vertreten, so etwa Koller, a.a.O., § 14 N 49).

1.7.3. Wie bereits oben dargelegt (Ziff. 1.5.2), war gemäss der korrekten vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung für die Klägerin nicht erkennbar, dass die Verwendung eines Elektrofahrzeugs für den Beklagten von ausschlaggebender Bedeutung war. Damit aber mangelt es bereits an der Erkennbarkeit der subjektiven Wesentlichkeit als Voraussetzung für das Vorliegen eines Grundlagenirrtums. Es ist deshalb nicht weiter zu prüfen, ob die weiteren Voraussetzungen eines Grundlagenirrtums (etwa die rechtzeitige Anfechtung) genügend und rechtzeitig behauptet wurden.

1.8. *Gültiger Vertrag*

Zusammenfassend kam ein gültiger Vertrag über die Erbringung von Werbeleistungen zustande. Der Beklagte verpflichtete sich zur Bezahlung von Fr. 5'000.–, die Klägerin, die Werbung des Beklagten für fünf Jahre auf einem Smart anzu bringen, der durch die C.____-Apotheke D.____ verwendet würde.

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen / Ungewöhnlichkeit

2.1. *Vorbringen des Beklagten*

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe Ziff. 15 der AGB (Urk. 15/2) zu Unrecht als nicht ungewöhnlich qualifiziert. Die Begründung dafür, der Beklagte sei erfahren und geschäftsgewandt, verfange nicht. Selbst Juristen und Gerichten falle die Subsumtion des Geschäfts unter das Werkvertragsrecht schwer. Der Beklagte habe nicht erwarten müssen, bei einem nachvollziehbaren und gerechtfertigten Rücktritt mit den Folgen einer pauschalen Forderung konfrontiert zu werden (Urk. 28 Rz 9).

2.2. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin erwidert, die rechtliche Qualifikation des Vertrags habe nichts mit der Ungewöhnlichkeit von AGB zu tun. Die Vorinstanz habe mit Bezug auf das subjektive Element der Ungewöhnlichkeitsregel zutreffend festgestellt, dem Beklagten komme als Inhaber eines Küchenverkaufs- und planungsgeschäfts die notwendige Branchenerfahrung zu. Er müsse sich bewusst gewesen sein, dass der Abschluss eines Vertrages wie des vorliegenden regelmässig nicht ohne Kostenfolgen bleibe, wenn man sich den Abschluss später anders überlege. Sodann könne der Auffassung der Vorinstanz entsprechend Ziffer 15 der AGB nicht allein an der werkvertraglichen Rücktrittsregel von Art. 377 OR gemessen werden, sondern müsse mit Blick auf das ganze OR betrachtet werden, welches dem Grundsatz *pacta sunt servanda* folge. Beim vorliegenden Dauerwerkvertrag bestehe grundsätzlich keine Möglichkeit zum einseitigen Vertragsrücktritt. Wenn nun trotzdem ein Rücktrittsrecht eingeräumt werde, sei es nicht ungewöhnlich, dass dafür 80% des Vertragspreises ausbedingt würden (Urk. 38 Rz 10).

2.3. Voll-/Globalübernahme und Ungewöhnlichkeitsregel

2.3.1. Eine Übernahme von AGB erfolgt unter anderem – wie vorliegend – durch Unterzeichnung einer Vertragsurkunde, die ausdrücklich auf die AGB verweist. Es ist nicht erforderlich, dass der Kunde die AGB tatsächlich zur Kenntnis nimmt; die Übernahme ist auch dann gültig, wenn der Kunde die AGB akzeptiert, ohne sie gelesen oder verstanden zu haben. Man spricht dabei von Globalübernahme (CHK-Kut, Art. 1 OR N 52). Hat der Kunde die AGB indessen vor seiner Zustimmung gelesen und verstanden, spricht man von einer Vollübernahme (Koller, a.a.O., § 23 N 23). Es wird die Globalübernahme vermutet, der Beweis einer Vollübernahme bzw. der Vollübernahme einzelner Klauseln der AGB obliegt dem Verwender der AGB (ZR 104 Nr. 42, S. 167; ZR 90 Nr. 2 E. II.4).

2.3.2. Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird gemäss der Rechtsprechung durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerk-

sam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für einen Branchenfremden können deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 138 III 411, E. 3.1). Das Obergericht schützte ein erstinstanzliches Urteil, welches eine AGB-Klausel in einem dem Wesen nach mit dem vorliegenden quasi identischen Werbeflächenvertrag für ungewöhnlich erklärte (ZR 104 Nr. 42). Diese lautete wie folgt (S. 169):

"Kündigt der Vertraggeber vor Vollendung des Werkes, so ist der Vertragnehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart. Zu den ersparten Aufwendungen gehören dabei die Druckkosten sowie evtl. die Satzkosten."

Jener Vertrag wurde ebenfalls als Dauerwerkvertrag qualifiziert. Es wurde davon ausgegangen, die werkvertragliche Rücktrittsregel von Art. 377 OR sei, da es sich um einen Innominatkontrakt handle, nicht direkt anwendbar. Werde hingegen dennoch (mit der fraglichen AGB-Klausel) ein Rücktrittsrecht eingeräumt, könne Art. 377 OR bezüglich der Folgen des Rücktritts sehr wohl als "Gradmesser zur Feststellung einer allfälligen 'Ungewöhnlichkeit'" dienen (S. 168). Die AGB-Klausel statuiere, dass die in Art. 377 OR vorgesehene Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und volle Schadloshaltung des Unternehmers nach der *Abzugsmethode* berechnet werde, bewirke in Abweichung von Art. 377 OR aber eine Beschränkung des Ausmasses der vorgesehenen Abzüge. Während Art. 377 OR von sämtlichen durch die Nichtbeendigung der Arbeit bewirkten Ersparnissen ausgehe,

lasse die AGB-Klausel lediglich eine Reduktion im Umfang der eingesparten Aufwendungen zu. Nicht anrechnen lassen müsse sich die Unternehmerin insbesondere, was sie infolge Befreiung von der Leistungspflicht durch andere Tätigkeit erworben oder zu erwerben treuwidrig unterlassen habe (S. 169 f.). Diese Regel setze die allgemeine Schadenminderungspflicht ausser Kraft und bewirke im konkreten Fall, dass im Rücktrittfall immer noch 98.05% des vereinbarten Preises zu bezahlen sei. Unter diesen Aspekten sei die Klausel ungewöhnlich (S. 170).

2.4. *Rücktritt beim Dauerwerkvertrag*

2.4.1. Der vorliegende Vertrag ist unstreitig ebenfalls als Dauerwerkvertrag zu qualifizieren. Gemäss der herrschenden Lehre findet die Rücktrittsregel von Art. 377 OR auf solche nicht unmittelbar und im Regelfall auch nicht sinngemäss Anwendung. Es handle sich dabei um Innominat-Dauerschuldverhältnisse, bei denen bis zur Vertragsbeendigung mit der Erfüllung fortzufahren sei. Ein solcher Vertrag könne nur aus wichtigen Gründen einseitig aufgelöst werden (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 377 N 2, m.H. auf Gauch, Werkvertrag, Zürich 2011, Rz 597 und ZK-Bühler, Art. 377 OR N 16). Gauch schliesst die unmittelbare Anwendung von Art. 377 OR aus, da es sich um Innominatkontrakte handle, wobei der Richter über eine sinngemässe Anwendung entscheiden müsse. Grundsätzlich sei eine solche aber abzulehnen, denn Dauerverträge könnten um ihren Bestandes willen nicht jederzeit durch einseitige Willenserklärung aufgelöst, sondern grundsätzlich nur aus wichtigen Gründen vorzeitig beendet werden (m.H. auf BGE 98 II 308). Eine andere Auffassung wird in SJZ 1982, S. 314, vertreten, wo Art. 377 OR auf einen als Dauerwerkvertrag qualifizierten TV-Wartungsvertrag angewandt wurde.

2.4.2. Soweit Art. 377 OR für anwendbar betrachtet wird, räumt er dem Besteller das Recht ein, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurückzutreten. Genau genommen geht es nicht um ein Rücktritts-, sondern um ein Kündigungsrecht (Gauch, a.a.O., Rz 523). Vergütung der geleisteten Arbeit und volle Schadloshaltung bedeutet Ersatz des positiven Vertragsinteresses. Der Unternehmer ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre.

Dieses umfasst auch den entgangenen Gewinn. In Abzug zu bringen ist jedoch, was der Unternehmer infolge Auflösung des Werkvertrags anderweitig erwarb oder zu erwerben treuwidrig unterlassen hat (BSK OR I- Zindel/Pulver/Schott, Art. 377 N 15). Für die konkrete Berechnung des Schadenersatzes werden zwei Methoden vertreten: Nach der *Additionsmethode* wird die geschuldete Vergütung für die bereits ausgeführten Arbeiten einschliesslich Auslagen ermittelt. Dazu wird der Bruttogewinn addiert, den der Unternehmer bei Fertigstellung des Werks erzielt hätte. Gemäss der *Abzugsmethode* wird der vereinbarte Werklohn um die infolge Nichtbeendigung der Arbeit bewirkten Ersparnisse des Unternehmers reduziert. Nach beiden Methoden hat sich der Unternehmer anrechnen zu lassen, was er infolge Befreiung von seiner Leistungspflicht durch andere Tätigkeit erworben oder zu erwerben treuwidrig unterlassen hat. Die Wahl der Berechnungsmethode ist umstritten (Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., N 16 f.). Dem Gesetzeswortlaut dürfte eher die Additionsmethode zu entnehmen sein. Gauch lehnt die Abzugsmethode ab, erachtet aber die Vereinbarung der Abzugsmethode als zulässig (a.a.O. Rz 552 f.). Zu beachten ist jedenfalls, dass auch bei einer Anwendung der Abzugsmethode nicht dem Besteller die Last aufgebürdet wird, zu beweisen, dass und in welcher Höhe dem Unternehmer Aufwendungen erspart blieben. Behauptet der Besteller hingegen, der Unternehmer habe infolge der Vertragsauflösung anderweitigen Erwerb erzielt oder treuwidrig versäumt, so trägt er dafür die Folgen der Beweislosigkeit (Zindel/Pulver/Schott, a.a.O., N 22 f.).

2.5. *Fazit: Keine Ungewöhnlichkeit*

2.5.1. Im vorliegenden Fall räumt Ziffer 15 der AGB ein Rücktrittsrecht ein, allerdings zum Preis von pauschal 80% des vereinbarten Entgelts. Folgt man der Auffassung von Zindel/Pulver/Schott, Bühler und wohl auch Gauch, wäre während der ganzen Vertragsdauer von fünf Jahren ein Rücktritt vom vorliegenden Vertrag oder dessen Kündigung nicht zulässig. Dies hätte zur Folge, dass der Beklagte (wichtige Gründe vorbehalten) auf jeden Fall die volle Entschädigung zu bezahlen, die Klägerin im Gegenzug aber auch die Vertragsleistung zu erbringen gehabt hätte. Geht man weiter davon aus, der Beklagte habe im Falle einer Kündigung kein Interesse (mehr) an der Erbringung der Vertragsleistung, erweise sich Ziff. 15 AGB für ihn sogar als vorteilhaft, denn so erspart er sich immerhin 20%

der vereinbarten Entschädigung. Folgt man indessen der in SJZ 1982, S. 314, vertretenen Auffassung, käme Art. 377 OR zur Anwendung. Es ist diesfalls zu prüfen, inwiefern Ziff. 15 AGB eine Abweichung von Art. 377 OR bedeutet.

2.5.2. Beim in Frage stehenden Werbeflächenvertrag dürfte sich die Vergütung der Klägerin im Wesentlichen aus den Kosten für die Anwerbung und Administration der Kunden (Arbeitsaufwand), den Kosten für die Herstellung der Werbebeschriftung (Materialaufwand), den anteiligen Beschaffungskosten für das Fahrzeug als Werbeträger (Fahrzeugaufwand) und einer Gewinnmarge zusammensetzen. Es ist offenkundig, dass die Materialkosten bei einem Rücktritt vor der Herstellung der Beschriftung vollständig wegfallen. Die Kosten für die Anwerbung und auch ein wesentlicher Teil der Kosten für die Administration der Kunden dürften bereits vor und unmittelbar nach dem Vertragsschluss anfallen. Der Fahrzeugaufwand fällt aber nur dann an, wenn die durch den Rücktritt frei gewordene Werbefläche nicht anderweitig besetzt werden kann bzw. treuwidrig zu besetzen unterlassen wurde. Während der Arbeits-, Material- und Fahrzeugaufwand sowie – davon abgeleitet – die Gewinnmarge vom Unternehmer zu beweisen sind, ist der Beweis der Ersatzvergabe der Werbefläche bzw. der treuwidrigen Unterlassung einer solchen vom Besteller anzutreten. Er dürfte schwierig zu erbringen sein, insbesondere wenn bewiesen werden muss, dass treuwidrig das Anwerben eines Ersatzkunden unterlassen worden sei.

2.5.3. Durch die in Ziff. 15 AGB vorgesehene pauschalisierte Entschädigung werden beide Parteien im Ergebnis von ihrer Beweislast befreit. Es wird nicht eine Beweislastumkehr statuiert. Der Unternehmer wird davon entbunden nachzuweisen, wie hoch der bis zum Rücktritt angefallene Material-, Fahrzeug- und Arbeitsaufwand ist. Seine Beweisschwierigkeiten dürften insbesondere darin liegen, nachzuweisen, dass bis zum Rücktritt bereits ein grosser Anteil des Arbeitsaufwandes angefallen ist. Der Besteller wird durch Ziff. 15 AGB indessen vom – schwierigen – Beweis entbunden, dass der Unternehmer die Werbefläche anderweitig besetzen konnte bzw. zu besetzen treuwidrig unterlassen hat. Ziff. 15 AGB überwälzt indessen in Abweichung von Art. 377 OR das Risiko der Neubesetzung der Werbefläche zu einem gewissen Grad (d.h. sofern der Fahrzeugaufwand weniger als 20% ausmacht) auf den Unternehmer; er verzichtet nämlich auf 20% des

Entgelts, selbst wenn er die freigewordene Werbefläche nicht anderweitig besetzen kann. Anders als die für ungewöhnlich befundene AGB-Klausel in ZR 104 Nr. 42, wo die Abzugsmethode stipuliert, dann aber nur sehr beschränkte Abzüge zugelassen wurden, verändert Ziff. 15 AGB nicht zum alleinigen Nachteil des Bestellers den Mechanismus von Art. 377 OR, welcher in der Möglichkeit des Rücktritts gegen Schadloshaltung besteht. Vielmehr wird lediglich eine Pauschalisierung und damit eine beidseitige Beweiserleichterung vorgenommen. Unter diesen Aspekten ist Ziff. 15 AGB, selbst wenn man sie an Art. 377 OR misst, nicht grundsätzlich nachteilig für den Besteller, selbst wenn der vereinbarte "Auskaufbetrag" von 80% des vereinbarten Entgelts eher hoch erscheint.

2.5.4. Berücksichtigt man einerseits, dass der herrschenden Lehre folgend Art. 377 OR auf den Vertrag nicht anwendbar ist und folglich Ziff. 15 AGB (den Nutzen der nicht mehr gewollten Vertragsleistung für den Besteller vernachlässigend) sich für den Besteller als vorteilhaft erweist, und andererseits, dass Ziff. 15 AGB auch an Art. 377 OR gemessen nicht grundsätzlich nachteilig für den Besteller ist, lässt sich feststellen, dass Ziff. 15 AGB auf jeden Fall keine schwere Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung bedeutet. Ferner hat Ziff. 15 AGB auch keinen geschäftsfremden Inhalt. Die typischen Leistungen des Dauerwerkvertrags sind nicht davon betroffen, sondern es wird (zum Vorteil des Bestellers) lediglich ein einseitiges Rücktrittsrecht vereinbart, welches ihm – je nach Lehrmeinung – ansonsten gar nicht zukommen würde. Aus diesen Gründen ist Ziff. 15 AGB schon objektiv beurteilt nicht als ungewöhnlich zu bezeichnen. Es kommt damit auch nicht auf das subjektive Kriterium der Branchenerfahrung des Beklagten an.

3. Unmöglichkeit der Erfüllung / Rechtsmissbrauch

3.1. *Vorbringen des Beklagten*

Der Beklagte beanstandet, die Vorinstanz habe nicht beachtet, dass die Klägerin mit Schreiben vom 18. November 2014 (Urk. 15/17) an die C.____-Apotheke D.____ vom Pachtvertrag mit dieser für den Smart als Werbeträger zurückgetreten sei, weil sie nicht genügend Werbeinteressenten gefunden habe. Dies obwohl gemäss Ziff. 16 AGB das Ausfindigmachen ausreichender Werbeinteressenten Vertragsgrundlage bilde. Die Klägerin habe folglich "nie und nimmer" dem Beklag-

ten "vertragskonform den Werbeauftritt ermöglichen können". Dass sie "unter diesen Umständen gleichwohl unter Abstützung auf Ziffer 15 der AGB eine Leistung" verlange, sei rechtsmissbräuchlich (Urk. 28 S. 7); die Klägerin könnte so "einfach Verträge der hier zu beurteilenden Art generieren, die Werbeinteressenten hinhalten und diese bei Einsetzen von Ungeduld zur Abstandnahme vom Vertrag veranlassen, um dann Ziffer 15 der AGB zu zitieren und gleichwohl Geld ohne Leistung zu fordern" (Urk. 28 S. 11).

3.2. Vorbringen der Klägerin

Die Klägerin bringt vor, der fragliche Smart sei am 2. Dezember 2014 und damit vor März 2015 ausgeliefert worden (Urk. 38 S. 4). Es sei aber ohnehin nicht ersichtlich, was der Beklagte nach seinem Vertragsrücktritt aus dem Schreiben an die C.____-Apotheke vom 18. November 2014 noch für sich ableiten wolle (Urk. 38 S. 4).

3.3. Anspruch der Klägerin gestützt auf Ziff. 15 AGB / keine Ansprüche des Beklagten nach Vertragsrücktritt

Die Klägerin leitet den eingeklagten Anspruch aus Ziff. 15 AGB ab (Urk. 18 Ziff. 15). Dabei handelt es sich um einen in der Höhe vertraglich normierten Schadenersatzanspruch für den Fall des einseitigen Rücktritts des Beklagten. Die gegenseitigen vertraglichen Leistungspflichten fallen indessen mit dem Rücktritt dahin. Der Beklagte trat mit Erklärung vom 25. April 2014 gegenüber der Klägerin (Urk. 15/4) unbestritten vom Vertrag zurück (Urk. 28 Rz 6). Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte (Urk. 29 Ziff. III/4.7), lebte der Vertrag auch mit der "Vertragsbestätigung" vom 6. August 2014 (Urk. 19/6), welche die Klägerin dem Beklagten zukommen liess, nicht wieder auf. Beim Vertragsrücktritt handelt es sich nämlich um eine einseitige Gestaltungserklärung. Deshalb kann das Schreiben vom 6. August 2014 höchstens als Antrag auf einen Neuabschluss eines identischen Vertrages gesehen werden, welcher jedoch nicht angenommen wurde. Folglich gingen die gegenseitigen vertraglichen Leistungspflichten am 25. April 2014 unter. Die Klägerin erhielt stattdessen Anspruch auf die in Ziff. 15 AGB vereinbarte Schadenersatzforderung. Der Beklagte verlor hingegen seinen Erfüllungsanspruch gegenüber der Klägerin. Im Beschwerdeverfahren beruft sich der Beklagte

auf Ziff. 16 AGB, wonach Voraussetzung für die Durchführung des Vertrages und somit Geschäftsgrundlage und Bedingung des Anzeigenvertrages sei, dass es dem Vertragsnehmer, d.h. der Klägerin, gelinge, das Fahrzeug stets ausreichend mit Werbeträgern zu belegen. Die Klägerin sei hier offensichtlich nicht erfolgreich gewesen; wenn sie gleichwohl vom Beklagten gestützt auf Ziff. 15 ABG eine Leistung verlange, sei dies rechtsmissbräuchlich (Urk. 28 S. 7). Dieses Vorbringen ist neu im Beschwerdeverfahren und daher unzulässig; jedenfalls zeigt der Beklagte nicht auf, wo er dies bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht hat. Selbst wenn es kein unzulässiges Novum wäre, vermöchte der Beklagte nach dem Gesagten aus einer allfälligen nach seiner Rücktrittserklärung eingetretenen subjektiven oder objektiven, verschuldeten oder unverschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrags durch die Klägerin nichts für sich abzuleiten. Dementsprechend spielt es keine Rolle, ob die Klägerin den fraglichen Smart letztlich ausgeliefert hat oder vom „Pachtvertrag“ mit der C. _____-Apotheke D. _____ zurückgetreten ist.

3.4. Unmöglichkeit der Vertragserfüllung vor dem Rücktritt

Der Beklagte bringt mit der Beschwerde sodann vor, die Klägerin hätte "nie und nimmer" erfüllen können (Urk. 28 S. 7). Es bleibt unklar, was der Beklagte damit geltend macht. Soweit er sich damit auf den Standpunkt stellt, es habe schon bei Vertragsschluss oder zumindest bereits vor dem 25. April 2014 festgestanden, dass die Klägerin den Vertrag nicht erfüllen könne, handelt es sich dabei um eine erstmals mit der Beschwerde vorgebrachte Behauptung. Diese ist als unzulässiges Novum nicht zu beachten (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es ist deshalb nicht weiter darauf einzugehen, ob der Beklagte in rechtlicher Hinsicht aus dieser Behauptung etwas für sich abzuleiten vermöchte.

3.5. Kein Rechtsmissbrauch

3.5.1. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es geht darum, die Durchsetzung bloss formaler Rechte zu verhindern, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen stehen. Bestehen Zweifel an der Rechtsmissbräuchlichkeit eines Vorgehens, so ist der Rechtsschutz nicht zu versagen. Offenbarer Rechtsmiss-

brauch ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen und im Zweifel ist das formelle Recht zu schützen (BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 24 und 27). Wer Rechtsmissbrauch behauptet, hat die Beweislast für das Vorliegen der besonderen Umstände, die den Rechtsmissbrauch begründen (Honsell, a.a.O., N 34).

3.5.2. Der Beklagte wirft der Klägerin vor, sie akquiriere Werbekunden, halte diese dann hin (namentlich zögere sie die Auslieferung der Fahrzeuge als Werbeträger hinaus) und veranlasse die Kunden dann zum Rücktritt vom Vertrag, damit sie, ohne eine Leistung zu erbringen, gestützt auf Ziff. 15 AGB 80% des vereinbarten Preises verlangen könne. Dieses Vorgehen sei rechtsmissbräuchlich. Unklar bleibt, ob der Beklagte Ziff. 15 AGB schon für sich genommen als rechtsmissbräuchlich erachtet, weil diese das der Klägerin unterstellte Vorgehen ermögliche, oder ob der Beklagte im konkreten Fall der Klägerin ein entsprechendes Vorgehen vorwirft. Mit Bezug auf Ziff. 15 AGB ist festzuhalten, dass diese für sich genommen bei Weitem nicht rechtsmissbräuchlich ist. Wie vorne ausgeführt, ist sie noch nicht einmal als ungewöhnlich zu bezeichnen. Die Klägerin hat ein legitimes Interesse daran, ihre Kundschaft an den Vertrag zu binden bzw. im Rücktrittsfall sich möglichst schadlos zu halten. Ziff. 15 AGB dient einer gewissen Pauschalisierung des Schadloshaltungsanspruchs. Ziff. 15 AGB ist jedoch auch in Kombination mit der Vereinbarung eines undefinierten Erscheinungstermins, welcher jedoch höchstens zwölf Monate nach Vertragsschluss liegen darf (Ziff. 3f AGB), nicht rechtsmissbräuchlich. Die Kundschaft kann nämlich spätestens nach zwölfmonatigem Warten auf das Erscheinen der Werbung die Klägerin nach den in Ziff. 3f AGB definierten Regeln in Verzug setzen und sich somit gegebenenfalls innert absehbarer Frist vom Vertrag lossagen. Die Klägerin kann folglich nicht die Kundschaft beliebig hinhalten. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Klägerin im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich verhalten haben soll, vermag der Beklagte indessen schon gar nicht darzutun. Im Ergebnis ist im vorliegenden Fall kein Rechtsmissbrauch auszumachen.

4. Fazit: Beschwerde ist unbegründet

Sämtliche Rügen des Beklagten erweisen sich als unbegründet. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beklagte unterliegt vollständig und wird deshalb kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 850.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Der Beklagte ist sodann zu verpflichten, der Klägerin eine Parteischädigung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Diese ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 650.– festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 850.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 650.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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. 4'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. September 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:

mc