

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP170006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

## Beschluss und Urteil vom 27. März 2017

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ GmbH,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. \_\_\_\_\_

substituiert durch Substitut MLaw X2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach  
vom 19. Dezember 2016 (FV150095-C)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 2 S. 2; Urk. 18 S. 1)

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen:  
Fr. 3'456.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 22. Januar 2015  
Fr. 20.00 Mahnkosten  
Fr. 280.00 Kosten Schlichtungsverfahren Friedensrichteramt ...
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach  
vom 19. Dezember 2016:**

(Urk. 44 S. 12 f.)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 3'456.– nebst Zins zu 5 % seit dem 22. Januar 2015 sowie Fr. 300.– zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 810.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 225.– Dolmetscherkosten  

---

Fr. 1'035.– Total Gerichtskosten  

---
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 810.– bezogen. Der Fehlbetrag wird vom Beklagten nachgefordert. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Kostenvorschuss von Fr. 810.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'460.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Beschwerde)

**Erwägungen:**

- 1.1. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Klägerin) ist ein Werbeunternehmen. Sie stellt 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 einen Pizza-Lieferdienst. Die Parteien schlossen am 29. April 2014 einen Vertrag ab (Urk. 34). In diesem Vertrag verpflichtete sich die Klägerin, für den Beklagten Werbung herzustellen und diese während der Dauer von fünf Jahren auf einem Fahrzeug zu platzieren, welches der C.\_\_\_\_\_ GmbH in Winterthur zur Verfügung gestellt werden sollte. Der Beklagte verpflichtete sich, dafür insgesamt Fr. 4'000.– (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen. Noch vor der Auslieferung des Fahrzeugs teilte der Beklagte der Klägerin am 2. Dezember 2014 mit, dass er keine Werbung mehr wolle (Prot. I S. 15). Daraufhin stellte die Klägerin dem Beklagten Fr. 3'456.– "Schadenersatz Mobilwerbung" in Rechnung (Urk. 19/12). Es folgten zwei Zahlungserinnerungen, mit welchen zusätzlich je Fr. 10.– Mahngebühr in Rechnung gestellt wurden (Urk. 19/13-14). Schliesslich wurde das Fahrzeug ohne die Werbung des Beklagten am 5. Januar 2015 ausgeliefert (Urk. 19/15-16).

1.2. Am 1. Oktober 2015 reichte die Klägerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes ... vom 13. Juli 2015 bei der Vorinstanz die vorliegende Klage ein (Urk. 1 und Urk. 2 S. 2). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 44 S. 2 f.). Am 19. Dezember 2016 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil, zunächst in unbegründeter, hernach auf Verlangen des Beklagten in begründeter Form (Urk. 37-42).

1.3. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 18. Februar 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 42 S. 1) Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Abweisung der Klage sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (Urk. 43).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht in dieser

Weise gerügt wird, hat Bestand. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.1. Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass die Parteien einen schriftlichen Werbeflächenvertrag abgeschlossen hätten. Der Beklagte behaupte zwar, der Vertrag sei unter dem Vorbehalt geschlossen worden, dass er ein neues Geschäftslokal in Winterthur finde. Dafür lasse sich im Vertrag jedoch kein Hinweis finden. Der als Zeuge einvernommene Mitarbeiter der Klägerin habe sodann glaubhaft ausgeführt, man habe anlässlich der Vertragsverhandlungen nicht über einen Vorbehalt, sondern bloss über eine Anpassung der Geschäftsadresse und allenfalls des Logos auf der Werbefläche diskutiert, da für den Beklagten klar gewesen sei, dass er einen neuen Geschäftsraum finden werde. Die ebenfalls als Zeugin einvernommene Ehefrau des Beklagten habe den Vertragsverhandlungen mangels Deutschkenntnissen nicht folgen können. Sie habe zwar die Frage, ob das Zustandekommen des Werbeflächenvertrags an das Finden eines neuen Standorts in Winterthur geknüpft worden sei, bejaht. Im Anschluss habe sie jedoch ausgeführt, dass ihr dies vom Beklagten übersetzt worden sei. Ihre Ausführungen seien nicht überzeugend. Im Ergebnis vermöge der Beklagte den von ihm behaupteten Vorbehalt nicht zu beweisen, weshalb von einem vorbehaltlosen Vertragsabschluss auszugehen sei (Urk. 14 S. 6 f.).

3.2. Der Beklagte wirft der Vorinstanz diesbezüglich eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor. Der als Zeuge einvernommene Mitarbeiter der Klägerin habe bestätigt gewusst zu haben, dass ihm – dem Beklagten – die Geschäftsräumlichkeiten gekündigt worden seien. Genau aus diesem Grund sei der Vertrag unter dem Vorbehalt geschlossen worden, dass er ein neues Lokal finde. Es sei nie die Rede davon gewesen, dass er etwas bezahlen müsse, wenn er kein Lokal finde. Einen solchen Vertrag hätte er denn auch niemals unterschrieben. Seine als Zeugin einvernommene Ehefrau habe diese Sachdarstellung bestätigt. Die Vorinstanz habe die Aussagen der beiden Zeugen falsch gewürdigt und sei zu Unrecht von einem vorbehaltlos abgeschlossenen Vertrag ausgegangen (Urk. 43 S. 1).

3.3.1. Der Zeuge D.\_\_\_\_\_, früher Aussendienstmitarbeiter bei der Klägerin (Prot. I S. 28), hatte vor Vorinstanz ausgesagt, der Vertragsabschluss sei bedingungslos erfolgt. Zwar habe der Beklagte den bisherigen Standort verlassen müssen. Für den Beklagten sei jedoch klar gewesen, dass er einen neuen Standort in Winterthur finden werde. Bei der Vertragsunterzeichnung habe ihm der Beklagte erzählt, er habe drei bis vier Räumlichkeiten in Aussicht, bei einer sehe es sogar sehr gut aus. Für ihn habe daher ausser Frage gestanden, dass der Beklagte dies hinbekommen würde. In der Folge habe man bloss über eine Anpassung der Adresse und allenfalls des Logos gesprochen, was selbst nach einer Auslieferung des Fahrzeugs noch möglich gewesen wäre (Prot. I S. 29 ff.).

3.3.2. Die Zeugin A.\_\_\_\_\_, die Ehefrau des Beklagten, sagte aus, sie habe in der Küche gearbeitet, als der Beklagte und der Zeuge D.\_\_\_\_\_ den Vertrag besprochen hätten. Am Ende habe der Beklagte für sie übersetzt, was besprochen worden sei. Sie habe ihn gefragt, weshalb er trotz der Kündigung des Geschäftslokals einen neuen Vertrag unterschreibe. Er habe ihr erklärt, dass der Vertrag nur zustande komme, wenn sie einen anderen Standort in Winterthur fänden, wovon sie damals überzeugt gewesen seien (Prot. I S. 35 ff.).

3.3.3. Entgegen der Ansicht des Beklagten konnte seine Ehefrau gerade nicht darüber Auskunft geben, was zwischen ihm und dem Mitarbeiter der Klägerin tatsächlich besprochen worden war, da sie dem Gespräch wegen ihren fehlenden Deutschkenntnissen gar nicht hatte folgen können. Sie bestätigte allerdings die Darstellung des Zeugen D.\_\_\_\_\_, wonach es für sie und den Beklagten ausser Frage gestanden habe, dass sie einen neuen Standort in Winterthur finden würden. Angesichts dieser Umstände scheint es eher unwahrscheinlich, dass der Beklagte damals trotzdem konkrete Vorkehrungen traf für den Fall, dass wider Erwarten kein neuer Standort gefunden würde, und umso mehr wäre zu erwarten gewesen, dass sich der Zeuge D.\_\_\_\_\_ hätte erinnern können, wenn der Beklagte dennoch auf einem entsprechenden Vorbehalt bestanden hätte. Im Ergebnis stellte die Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig fest, als sie aufgrund des Inhalts des schriftlichen Vertrags und der klaren Aussage des Zeugen D.\_\_\_\_\_ sowie mangels weiterer verwertbarer Beweismittel zum Schluss

kam, die Behauptung eines Vorbehalts durch den Beklagten sei unbewiesen geblieben.

4.1. Die Vorinstanz erwog sodann, die in Ziffer 15 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin festgehaltene Bestimmung, wonach der Vertraggeber bei einer Kündigung vor Vollendung des Werks 80% des Vertragspreises zu bezahlen hat (Urk. 34 S. 2), sei nicht ungewöhnlich. Auf den ersten Blick scheine die vereinbarte Entschädigung hoch. Ein grosser Teil der Aufwendungen der Klägerin falle jedoch bereits im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Werbeflächenvertrags an, was für den Beklagten bei Vertragsschluss erkennbar gewesen sei. Entsprechend habe er mit einer erheblichen Entschädigungspflicht bei einem Vertragsrücktritt rechnen müssen. Auch habe die Klägerin davon ausgehen dürfen, dass es sich beim Beklagten um den geschäftserfahrenen Inhaber des Pizza-Lieferdienstes handle, weshalb höhere Anforderungen an die Ungewöhnlichkeit zu stellen seien. Unter diesen Umständen erscheine die Vereinbarung einer pauschalen Entschädigung in der Höhe von 80% des Vertragspreises weder überraschend noch geschäftsfremd und sei daher auch nicht ungewöhnlich (Urk. 44 S. 9 f.).

4.2. Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe Ziffer 15 der AGB zu Unrecht als nicht ungewöhnlich qualifiziert. Er habe nicht erwarten müssen, dass er bei einer Kündigung 80% des vereinbarten Preises für die Werbefläche bezahlen müsse, obwohl er keine Gegenleistung erhalte (Urk. 43 S. 1).

4.3. Der von den Parteien unterzeichnete Werbeflächenvertrag ist als Dauerverwerkvertrag zu qualifizieren (vgl. *OGer ZH PP160021 vom 12. September 2016, E. 1.4*; ZR 2005 Nr. 42 E. 2c). Es handelt sich um einen Innominatkontrakt, weshalb Art. 377 OR nicht unmittelbar anwendbar ist. Nach der herrschenden Lehre ist diese Bestimmung auch nicht sinngemäss anwendbar, vielmehr könne ein solcher auf Dauer abgeschlossener Vertrag nur aus wichtigen Gründen aufgelöst werden (BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott, Art. 377 N 2; Gauch, Werkvertrag, Zürich 2011, Rz. 597; ZK-Bühler, Art. 377 OR N 16; vgl. auch BGE 128 III 428 E. 3). Die Verwirklichung des bei Vertragsabschluss absehbaren Risikos, dass der Beklagte kein neues Geschäftslokal finden würde, stellt jedoch keinen wichtigen Grund dar

(vgl. BGE 122 III 262 E. 2a/aa). Ohne die AGB-Bestimmung hätte der vorliegende Vertrag demnach während der gesamten Vertragsdauer von fünf Jahren nicht aufgelöst werden können, mit der Folge, dass der Beklagte die volle Entschädigung zu bezahlen und die Klägerin die Vertragsleistung zu erbringen gehabt hätten. Da der Beklagte kein Interesse mehr an der Werbefläche mehr hatte (vgl. Prot. I S. 11), ermöglichte ihm die AGB-Bestimmung immerhin, den Vertrag vorzeitig aufzulösen und nur noch 80% der vereinbarten Entschädigung bezahlen zu müssen. Da sich die AGB-Bestimmung somit zugunsten des Beklagten auswirkt, indem ihm damit ein einseitiges Rücktrittsrecht eingeräumt wird, das ihm nach der herrschenden Lehre ansonsten gar nicht zukäme, und im Übrigen keinen Einfluss auf die typischen Leistungen des Dauerwerkvertrags hat, ist die Klausel in Ziffer 15 der allgemeinen Geschäftsbedingungen objektiv betrachtet nicht ungewöhnlich (vgl. *OGer ZH PP160021 vom 12. September 2016, E. 2.4 und 2.5*). Die Rüge der falschen Rechtsanwendung erweist sich daher ebenfalls als unbegründet.

4.4. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

5.1. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen.

5.2. Der Beklagte stellt sinngemäss ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Beschwerdeverfahren (Urk. 43 S. 1). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Beschwerde ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

5.3. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO und Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von Urk. 43, 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. 3'476.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 27. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am: jo