

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP190039-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 22. Oktober 2019

in Sachen

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

Klägerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes  
Bülach vom 31. Juli 2019; Proz. FV180036**

### Erwägungen:

1.

1.1. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin) stellt interessierten Unternehmen bzw. Institutionen Fahrzeuge unentgeltlich zur Verfügung, deren Karosserie sie als Werbeträger nutzt. Diese Werbefläche bietet sie – in einzelne Flächen unterteilt – ihrer Kundschaft für deren Werbung entgeltlich an. Am 29. Oktober 2015 unterzeichneten C.\_\_\_\_\_ für die Beschwerdeführerin und D.\_\_\_\_\_ für E.\_\_\_\_\_ einen solchen Werbeflächenvertrag. Es wurde vereinbart, dass die Beschwerdeführerin Werbung von E.\_\_\_\_\_ für einen Betrag von Fr. 4'800.– fünf Jahre lang auf dem Fahrzeug des FC F.\_\_\_\_\_ platziert (vgl. act. 13/3 und 15/2). Mit Schreiben vom 21. März 2016 kündigte D.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer der B.\_\_\_\_\_ GmbH den Vertrag (vgl. act. 13/9). Die Beschwerdeführerin stellte sich daraufhin auf den Standpunkt, gemäss dem Vertrag sei sie aufgrund dieser Kündigung berechtigt, 80 % des vereinbarten Entgeltes zu fordern (vgl. act. 13/8 und 13/14).

1.2. Da die Rechnung, welche die Beschwerdeführerin an E.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, schickte, trotz Mahnungen nicht beglichen wurde (vgl. act. 13/14-16), leitete die Beschwerdeführerin in der Folge ein Verfahren gegen D.\_\_\_\_\_ ein. Das Bezirksgericht Bülach wies die Klage mit Urteil vom 12. April 2017 ab. Das Obergericht entschied am 18. September 2017, dass auf die Klage nicht einzutreten sei, wobei es ausführte, dass zwischen der Beschwerdeführerin und D.\_\_\_\_\_ kein Vertrag zustanden gekommen sei (vgl. OGer ZH PP170017 vom 18. September 2017 E. 1.2., 2.8. und 2.9.).

1.3. Am 20. April 2018 reichte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Bülach eine unbegründete Klage gegen die B.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend Beschwerdegegnerin) ein und verlangte die Bezahlung von Fr. 3'840.– plus Zinsen, Mahngebühren und Kosten für das Schlichtungsverfahren (vgl. act. 2). Nach Durchführung der an zwei Tagen stattfindenden Hauptverhandlung inklusive Zeugeneinvernahmen der beiden Vertragsunterzeichner D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (vgl. Prot. Vi S. 2 ff. und 23 ff.), wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 31. Juli

2019 ab (vgl. act. 34). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 13. September 2019 rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht (vgl. act. 32 und 33/2). Den Kostenvorschuss von Fr. 800.– für das zweitinstanzliche Verfahren leistete die Beschwerdeführerin auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 35-37). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (vgl. act. 1-30). Eine Beschwerdeantwort wurde nicht eingeholt (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.4. Der vorinstanzliche Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar, da der Streitwert weniger als Fr. 10'000.– beträgt (vgl. Art. 319 lit. a und Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (vgl. Art. 326 ZPO).

2.

2.1. Im Urteil vom 31. Juli 2019 hielt die Vorinstanz zunächst fest, es bestehe kein ernsthafter Zweifel, dass es sich beim im Vertrag aufgeführten Vertraggeber E. \_\_\_\_\_ um einen Betrieb bzw. Betriebsteil der Beschwerdegegnerin handle. Die Beschwerdegegnerin sei daher passivlegitimiert. Zur Abweisung der Klage brachte die Vorinstanz sodann im Wesentlichen vor, zwischen den Parteien sei kein Vertrag zustande gekommen, da eine Einigung hinsichtlich des auszuführenden Werkes bzw. des Werkgegenstandes fehle. Alleine durch die Platzierung der Werbefläche sei die Gestaltung der Präsentationsfläche und damit die Werbung an sich – das Werk – noch nicht bestimmt. Es werde nicht definiert, wie die Werbung zumindest in den Grundzügen (bspw. Farben, Schrift, Sujet, Wortlaut) aussehen soll. Es sei auch nicht erstellt, dass die Parteien zur Beschriftung bzw. zur Gestaltung der Präsentationsfläche vereinbart haben sollen, die Druckunterlagen würden spätestens acht Tage nach Vertragserteilung von der Beschwerdegegnerin nachgereicht oder gemailt. Ziffer 1 der AGB, wonach die zur Anfertigung der Präsentationsflächen erforderlichen Angaben und Unterlagen bei Vertragserteilung übergeben oder spätestens acht Tage nach Vertragserteilung übersandt würden, helfe der Beschwerdeführerin auch nicht weiter, da mangels Zustande-

kommen des Vertrags überhaupt freilich auch die AGB keine Geltung zwischen den Parteien erlangten (vgl. act. 34 E. 4.1.4., 4.2.4. und 4.2.5.).

2.2. Beim streitgegenständlichen Vertrag handelt es sich um einen sog. Dauerwerkvertrag (vgl. OGer ZH PP180004 vom 5. Juli 2018 E. IV.1.). Das auszuführende Werk ist ein objektiv wesentlicher Punkt des Vertragsinhalts, der unabhängig von den individuellen Anschauungen der Parteien einer einvernehmlichen Regelung bedarf, damit überhaupt ein Vertrag zustande kommt. Das Werk muss aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärungen bestimmt, zumindest aber genügend bestimmbar sein. Genügend bestimmbar ist das geschuldete Werk dann, wenn die Parteien es in den Grundzügen vertraglich umschrieben, zugleich aber vereinbart haben, dass die noch offenen Einzelheiten der Werkausführung sich nach späterer Übereinkunft richten (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 381 f.).

2.3. Die Beschwerdeführerin erklärt in ihrer Beschwerde, sie habe im einzelgerichtlichen Verfahren vorgebracht, dass sie durch den Werbeflächenvertrag verpflichtet worden sei, das Logo (Werkvertragsgegenstand) der Beschwerdegegnerin herzustellen und auf einem Fahrzeug zu applizieren. Die Beschwerdegegnerin habe gegen diese Tatsachenbehauptung keine Einwände vorgebracht. Die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien, wonach als Werk das Logo der Beschwerdegegnerin auf den Feldern R3 und R8 auf dem Fahrzeug des FC F.\_\_\_\_\_ habe appliziert werden sollen, liessen nur einen Schluss zu: Das Werk sei durch die übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien bestimmt (vgl. act. 32 N 10.4.).

Die Beschwerdegegnerin hat jedoch gegen diese Tatsachenbehauptung im einzelgerichtlichen Verfahren durchaus Einwände vorgebracht. So erklärte sie in ihrer Duplik, es sei nicht vereinbart worden, welche Werbung überhaupt gemacht werde. Im Vertrag seien nur die Felder R3 und R8 aufgeführt worden, aber was genau hätte aufgedruckt werden sollen, sei unbekannt. Die Beschwerdeführerin hätte gar keine Leistung erbringen können, da entgegen den Ausführungen im Vertrag überhaupt keine Werbung vereinbart bzw. definiert worden sei. Die Beschwerdeführerin habe sich, wie sie selber sage, verpflichtet, Werbung herzustellen.

len, es sei jedoch nie vereinbart worden, wie diese aussehen sollte. Der Werkgegenstand, was überhaupt für eine Art von Werbung hergestellt werden sollte, sei nie definiert worden (Prot. VI S. 10 f.). Das Beweisverfahren brachte keine Klärung im Sinne der Behauptung der Beschwerdeführerin.

Es ist somit keine übereinstimmende Willenserklärung der Parteien erstellt, wonach als Werk das Logo der Beschwerdegegnerin auf den Feldern R3 und R8 auf dem Fahrzeug des FC F.\_\_\_\_\_ appliziert werden sollte. Es stimmt entgegen den Ausführungen in der Beschwerde auch nicht, dass die Beschwerdegegnerin nie vorgebracht habe, die Farbe, die Schrift und der Wortlaut der Werbefläche sei nicht vereinbart worden (vgl. act. 32 N 10.4.), denn implizit ergibt sich diese Bestreitung aus den soeben dargelegten Ausführungen der Beschwerdegegnerin.

Im Zusammenhang mit der Bestimmtheit des Werks bringt die Beschwerdeführerin weiter vor, die Details der Werbefläche (Farben, Schrift, Sujet, Wortlaut) seien keine objektiv wesentlichen Vertragspunkte. Wenn überhaupt seien sie subjektiv wesentliche Vertragspunkte. Da die Beschwerdegegnerin dies im erstinstanzlichen Prozess nicht behauptet habe, seien sie für das vorliegende Verfahren nicht von Bedeutung (vgl. act. 32 N 10.4.). Bei einer Einigung über die Platzierung von Werbung eines Unternehmens auf einer bestimmten Fläche eines Fahrzeugs ohne Regelung des Sujets, der Schrift, der Farben oder des Wortlauts kann aber jedenfalls nicht von einer hinreichenden Bestimmtheit des Werks ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin schreibt selber in ihrer Beschwerde, bestimmt sei der wesentliche Vertragsinhalt insoweit, als er schon durch die übereinstimmende Willenserklärung abschliessend umschrieben sei (vgl. act. 32 N 10.3.). Die Vorinstanz kam im Ergebnis also zu Recht zum Schluss, das Werk sei noch nicht bestimmt.

2.4. Wenn das geschuldete Werk nicht bestimmt sei – so die Beschwerdeführerin in der Beschwerde weiter –, dann sei es aber zumindest genügend bestimmbar. Die Parteien hätten das Werk im Werbeflächenvertrag in den Grundzügen vertraglich umschrieben und zugleich gemäss Ziff. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbart, dass sich die noch offenen Einzelheiten der Werkausführung nach späterer Übereinkunft richteten. Ziff. 1 der AGB hätte zwin-

gend bei der Frage der genügenden Bestimmbarkeit des Werks miteinbezogen werden müssen und hätte nicht losgelöst von der genügenden Bestimmbarkeit (nachdem das Zustandekommen des Werbeflächenvertrags verneint worden sei) geprüft werden dürfen (vgl. act. 32 N 10.8.).

Bei der Prüfung, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, sind alle Bestandteile des Vertrages zu berücksichtigen. Wer einen Vertrag unterzeichnet, der einen ausdrücklichen Hinweis auf die AGB enthält, ist nach der Rechtsprechung in gleicher Weise an die AGB gebunden wie derjenige, der seine Unterschrift unter den Text der AGB selbst setzt. Es kommt dabei nicht darauf an, ob er die betreffenden AGB tatsächlich gelesen hat. Von der pauschalen Zustimmung zu AGBs sind alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist (vgl. BGE 119 II 443 E. 1.a = Pra 83 Nr. 229). Unmittelbar vor dem Unterschriftenfeld verweist der umstrittene Vertrag vom 29. Oktober 2015 auf die AGB, welche sich auf der Rückseite befinden (vgl. act. 13/3 und 15/2). Bei der Prüfung, ob der Vertrag zustande gekommen ist, sind deshalb die AGB grundsätzlich zu berücksichtigen.

Gemäss Ziff. 1 der AGB werden die zur Anfertigung der Präsentationsflächen erforderlichen Angaben und Unterlagen bei Vertragserteilung übergeben oder spätestens acht Tage nach Vertragserteilung übersandt. Im Vertrag selbst werden die beiden in Ziff. 1 der AGB aufgezählten Varianten konkretisiert und die Parteien haben sich zu entscheiden zwischen einer Beschriftung gemäss fixierter Gestaltung bzw. gemäss verwendungsfähiger überlassener Druckunterlagen einerseits und einer Beschriftung gemäss vom Kunden spätestens acht Tage nach Vertragserteilung der Beschwerdeführerin nachgereichten bzw. gemailten Druckunterlagen andererseits. Die konkretisierte Regelung im Vertrag selbst ist dabei nicht so ausgestaltet, dass bei Nichteinigung auf eine Variante automatisch die Einigung auf die andere Variante angenommen werden kann (vgl. act. 13/3 und 15/2).

Die Beschwerdegegnerin reichte im vorinstanzlichen Verfahren das Original des Durchschlages des strittigen Vertrags ein (vgl. act. 15/2). Daraus ergibt sich, dass

beim unterzeichneten Vertrag die erste Variante angekreuzt ist. Die Gestaltung wurde jedoch unbestrittenermassen nicht bei Vertragserteilung fixiert bzw. es wurden bei Vertragserteilung unbestrittenermassen keine verwendungsfähigen Druckunterlagen überlassen (vgl. Prot. Vi. S. 10 und 46). Die Beschwerdeführerin führte in der Replik aus, es sei möglich, dass der Aussendienstmitarbeiter C.\_\_\_\_\_ für die Beschriftung das Kreuz zuerst auf dem ersten, oberen Feld angebracht und dann gemerkt habe, dass die Vorlagen doch nicht überlassen worden seien, sondern nachgereicht würden, und dann das zweite, untere Feld angekreuzt habe (vgl. Prot. Vi S. 8). Die Vorinstanz kam nach Würdigung der Beweise, insbesondere der Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_, jedoch zum Schluss, es sei nicht erstellt, dass die Parteien entsprechend der zweiten Variante vereinbart hätten, die Druckunterlagen würden spätestens acht Tage nach Vertragserteilung der Beschwerdeführerin nachgereicht oder gemailt (vgl. act. 34 E. 4.2.4.).

Wenn die Vorinstanz zu Recht zu diesem Beweisergebnis gelangte, kann es nach dem Gesagten nicht mehr darauf ankommen, dass die AGB und der Vertrag selber grundsätzlich die Möglichkeit vorsehen, dass sich die Parteien bei Vertragsabschluss darauf einigen, die Unterlagen würden innert acht Tagen nachgereicht. Der Beschwerdeführerin gelang dann eben der Nachweis einer solchen Einigung im vorliegenden Fall nicht und es kann auch nicht aus der Nichteinigung auf die erste Variante (Übergabe der Unterlagen bei Vertragserteilung) auf eine solche Einigung geschlossen werden. Somit stellt sich die Frage, ob die Einwände der Beschwerdeführerin zur vorinstanzlichen Beweiswürdigung stichhaltig sind oder nicht.

2.5. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz habe die Beweise willkürlich gewürdigt, als sie zum Schluss kam, es sei nicht erwiesen, dass die Parteien vereinbart hätten, offene Details später zu regeln, indem der Beschwerdegegnerin die Möglichkeit gegeben werde, Vorlagen nachträglich binnen Frist noch nachzureichen. So führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz verkenne, dass die beiden ankreuzbaren Felder auf der Vorderseite des Werbeflächenvertrags nicht im Zusammenhang mit der Bestimmbarkeit des Werks, sondern im Zusammenhang mit den Erfüllungshandlungen der Parteien stünden. Un-

besehen wie sie vereinbart worden seien (gar keines, beide oder nur eines), seien die beiden Felder für die genügende Bestimmbarkeit des Werks unbeachtlich (vgl. act. 32 N 10.9. und 10.9.a). Wie sich aus den vorangehenden Ausführungen ergibt, ist für die Bestimmbarkeit des Werks jedoch schon relevant, ob eine spätere Einigung über die Details vereinbart wurde, und eine solche Einigung ist dann anzunehmen, wenn die Parteien sich auf die Variante gemäss zweitem Feld geeinigt haben, also darauf, dass die Druckunterlagen von der Beschwerdegegnerin spätestens acht Tage nach Vertragserteilung der Beschwerdeführerin nachgereicht bzw. gemailt werden.

2.6. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Darstellung des Zeugen D.\_\_\_\_\_, wonach das Logo erst besprochen werde, wenn der Vertrag bei genügend Sponsoren zustande kommen würde, sei klarerweise in der Behauptung der Beschwerdegegnerin in ihrer Klageantwort enthalten, wonach der Vertrag erst zustande kommen werde, wenn es der Beschwerdeführerin gelingen würde, genügend Vertragspartner zu akquirieren bzw. das Fahrzeug ausreichend mit Werbeflächen zu belegen. Die Vorinstanz hätte zwingend die Darstellung des Zeugen D.\_\_\_\_\_ bei der Beweiswürdigung als überschüssendes Beweisergebnis berücksichtigen müssen. Hätte sie dies gemacht, hätte sie zwingend zum Schluss kommen müssen, dass die Parteien vereinbart hätten, die Gestaltung des Logos richte sich nach einer späteren Übereinkunft (vgl. act. 32 N 10.9. e und f).

Tatsachen, welche im Rahmen des Beweisergebnisses zutage treten, die nicht oder nicht genau so behauptet worden sind – ein sog. überschüssendes Beweisergebnis –, darf das Gericht in die Beweiswürdigung einbeziehen, wenn es dabei um Tatsachen geht, die klarerweise in den ausdrücklich vorgebrachten Sachbehauptungen enthalten sind (vgl. HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 157 N 17). Die Behauptung, der Vertrag komme erst dann zustande, wenn genügend Sponsoren gefunden werden, beinhaltet jedoch nicht klarerweise die Aussage, erst wenn der Vertrag zustande komme, da man genügend Sponsoren gefunden habe, werde das Logo besprochen. Die Vorinstanz hat die Aussage des Zeugen D.\_\_\_\_\_ also zu Recht nicht in die Beweiswürdigung miteinbezogen. Das Beweisergebnis der Vorinstanz

bleibt demnach bestehen: es ist nicht erstellt, dass die Parteien zur Beschriftung vereinbarten, die Druckunterlagen würden spätestens acht Tage nach Vertragserteilung der Beschwerdeführerin nachgereicht oder gemailt.

Das Werk ist somit auch nicht bestimmbar, da keine Vereinbarung der späteren Übereinkunft hinsichtlich der noch offenen Einzelheiten der Werkausführung erstellt ist.

2.7. Im Ergebnis ist das Werk weder bestimmt noch bestimmbar, weshalb zwischen den Parteien mangels Einigung über einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt kein Vertrag zustande gekommen ist; der Beschwerdeführerin stehen weder eine Vergütung noch Verzugszins noch Mahngebühren zu, weshalb die Vorinstanz die Klage zu Recht abgewiesen hat. Die Beschwerde ist abzuweisen.

3.

3.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 3'860.– (Fr. 3'840.– plus Fr. 20.– Mahngebühren) resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidegebühr von Fr. 800.– für das zweitinstanzliche Verfahren. Da die Beschwerdeführerin unterliegt, sind ihr die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

3.2. Parteientschädigungen für dieses Beschwerdeverfahren sind keine zuzusprechen: der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, und der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss von Fr. 800.– verrechnet.

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels der Beschwerdeschrift (act. 32), sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'860.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw R. Jenny

versandt am: