Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PP200007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 29. September 2020

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,
Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 15. November 2019 (FV190079-L)

Rechtsbegehren:
(Urk. 2 S. 2)

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 5'832.00 zu zahlen.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin auf die genannte Forderung einen Verzugszins von 5% seit 31. Oktober 2011 zu leisten.

3. Der durch die Beklagte in der Betreibung Nr. … des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH erhobene Rechtsvorschlag sei im Umfang der gemäss Ziff. 1 und 2 der vorliegenden Rechtsbegehren gestellten Forderungen zu beseitigen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 15. November 2019:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.

4. (Schriftliche Mitteilung).

5. (Beschwerde).

Beschwerdeanträge:

der Klägerin und Beschwerdeführerin (Urk. 30):

"1. (…)

2. Das Urteil der Vorinstanz vom 15. November 2019 sei aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Eventualiter sei das Urteil der Vorinstanz vom 15. November 2019 aufzuheben und die Klage der Klägerin vollumfänglich gutzuheissen.

4. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine nach Streitwert zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen.

5. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens seien der Beklagten aufzuerlegen."

der Beklagten und Beschwerdegegnerin:

(keine).

Erwägungen:

I.

1. Am 25. Oktober 2011 schlossen die Parteien einen Internet-System-Vertrag unter der Nummer 802/03285, mit dem sich die Rechtsvorvorgängerin der Klägerin verpflichtet hatte, der Beklagten einen Internet-Auftritt zu gestalten, laufend zu unterhalten und die Systemleistung "Premium" zu erbringen zu einem monatlichen Entgelt von Fr. 486.–. Der Vertrag wurde für eine feste Dauer von 48 Monaten abgeschlossen (Urk. 4/3). Mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 kündigte die Beklagte den Vertrag vom Vortag (Urk. 4/5). Am 19. Januar 2012 teilte die Rechtsvorvorgängerin der Klägerin dem damaligen Rechtsvertreter der Beklagten mit, dass sie der Vertragsaufhebung nicht zustimme (Urk. 4/6). Nach weiterer Korrespondenz trat erstere mit Schreiben vom 8. März 2012 infolge Verletzung der vertraglichen Mitwirkungspflicht der Beklagten vom Vertrag zurück und stellte Rechnung (Urk. 4/6, Blatt 4).

2. Mit Eingabe vom 12. Februar 2019 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise … + …, reichte die Rechtsvorgängerin der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) die vorliegende Klage ein (Urk. 1 und Urk. 2 S. 2). Für den genauen Prozessverlauf kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 31 S. 2 f.). Am 15. November 2019 fällte die Vorinstanz das obgenannte Urteil, zuerst in unbegründeter Form (Urk. 16) und hernach in begründeter Form (Urk. 28).

3. Am 24. Januar 2020 erhob die Klägerin Beschwerde gegen das Urteil mit obgenannten Anträgen. Der Kostenvorschuss gemäss Verfügung vom 11. Februar 2020 ging innert Frist ein (Urk. 34, 35). Mit Verfügung vom 4. März 2020 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 36). Die Beklagte liess sich nicht vernehmen. Gemäss Publikation im SHAB vom tt.mm.2020 firmiert die Klägerin neu unter "A._____" mit Sitz in C._____ (Urk. 37). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen.

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 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. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3).

2.1 Die Beschwerde muss Anträge wie die Berufung enthalten (BSK ZPO-Spühler, Art. 322 N 4). Bei der Berufung genügt es nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zu beantragen. Ein blosser Aufhebungsantrag verbunden mit einem Rückweisungsantrag, aber ohne Antrag zur Sache, kommt nur dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 ZPO N 17). Ausnahmsweise ist auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren einzutreten, wenn sich aus der Begründung ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt (BGE 137 III 617 E. 6.2).

2.2 Im Hauptstandpunkt beantragt die Klägerin die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Urk. 30 S. 2). Dies genügt nach dem Ausgeführten nicht. Aus der Begründung bzw. aus dem Eventualantrag geht indessen hervor, dass die Klägerin die Gutheissung der Klage anstrebt. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

A: Vertragsschluss

1. Die Vorinstanz verneinte das Zustandekommen eines Vertrags. Im Wesentlichen erwog sie, mit der Beschreibung "Premium" und dem Verweis in den AGB auf eine Leistungsbeschreibung werde nicht hinreichend klar, welche Leistung die Klägerin genau hätte erbringen sollen. Eine solche Beschreibung habe sie vor Aktenschluss nicht eingereicht. Die im Rahmen der Parteibefragung auf der Klägerseite befragte Person habe nur sehr unbestimmte Vorstellungen darüber gehabt, was der Leistungsumfang des Pakets "Premium" zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewesen sei. Ob im konkreten Fall tatsächlich eine Leistungsbeschreibung übergeben worden sei, könne sie nicht überzeugend darlegen. Angesichts der Bestreitungen der Beklagten, was genau "Premium" beinhaltet habe, könne der Umfang gemäss Leistungsbeschreibung auch nicht dadurch erstellt werden, falls die Beklagte unterschriftlich bestätigt hätte, diese Beschreibung bei Vertragsschluss überreicht erhalten zu haben. Um auf den tatsächlichen Parteiwillen zu schliessen, sei gegebenenfalls nachträgliches Parteiverhalten zu berücksichtigen. Der Umstand, dass die Beklagte bereits am Folgetag der Klägerin ein Kündigungsschreiben habe zukommen lassen, belege die Behauptung der Beklagten, dass sie im Moment der Vertragsunterzeichnung nicht beabsichtigt habe, ein "Premium" für die Dauer von vier Jahren zu erwerben und dass D._____ der Inhalt des "Premium" nicht bekannt gewesen sei. Insgesamt sei davon auszugehen, dass der Beklagten am Tag der Vertragsunterzeichnung nicht klar gewesen sei, welchen Leistungsumfang der Vertrag umfassen sollte. Entgegen der Auffassung der Klägerin werde mit der in Ziff. 1 der AGB enthaltenen Formulierung, wonach sich die Klägerin zur „Gestaltung, Erstellung und zum Betrieb und zum laufenden Unterhalt einer individuellen Internet-Webseite“ verpflichte (Urk. 14 S. 2; Urk. 4/3), der Leistungsumfang nicht hinreichend spezifiziert (Urk. 31 S. 7 f.).

In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob nach dem Vertrauensprinzip ein normativer Konsens bezüglich des Vertragsinhalts zustande gekommen sei. Sie hielt fest, dass im vorliegenden Fall dem Vertreter der Beklagten keine Leistungsbeschreibung übergeben worden sei. Der Leistungsumfang, für den sich die Beklagte habe binden wollen, sei durch die Willenserklärung der Beklagten für die Klägerin deshalb nicht erkennbar gewesen. Aus diesem Grund sei aus der Willenserklärung der Beklagten auch kein normativer Konsens abzuleiten. Das unterzeichnete Vertragsdokument enthalte überhaupt keine Angaben zum Leistungsumfang. Was mit dem Begriff "Premium" gemeint sei, habe die Vertreterin der Klägerin an der Hauptverhandlung selbst nicht erklären können. Dazu komme, dass es sich bei einem Dauervertrag von vier Jahren mit Monatsraten von Fr. 486.– ohne Kündigungsrecht für den Dienstleistungsempfänger keineswegs um ein marktübliches Angebot handle. Umso mehr hätte es der Klägerin oblegen, den Leistungsumfang und die Bedingungen der Beklagten zu erläutern. Mangels Konsens sei kein Vertrag zustandegekommen, weshalb die Forderung abzuweisen sei (Urk. 31 S. 8 f.).

2. Die Klägerin macht in der Beschwerde geltend, dass zwischen den Parteien Konsens betreffend die zu erbringenden Leistungen bestanden habe. Aus dem Vertragstext gehe eindeutig hervor, dass sich die Klägerin verpflichtet habe, für die Beklagte eine individuelle Website zu gestalten, zu erstellen, zu betreiben und laufend zu unterhalten. Es sei für beide Parteien klar gewesen, was die Beklagte als Leistung habe erwarten dürfen. Die Beklagte bestreite denn auch nicht, dass sich der Vertrag um die Erstellung einer Website gedreht habe. Der wesentliche Vertragsinhalt sei bereits aus diesen Gründen ausreichend bestimmt worden. Daran ändere auch nichts, dass die weiteren Spezifikationen des gewählten Paketes ("Premium") im Vertrag nicht näher umschrieben würden, da es sich dabei lediglich um Details handle, welche den Konsens über die wesentlichen Hauptpunkte nicht berühren würden. Darüber hinaus sei der Beklagten beim Vertragsschluss die einen Tag nach der Gerichtsverhandlung (und damit noch während des Beweisverfahrens) eingereichte Leistungsbeschreibung übergeben worden (Urk. 30 S. 6 f.).

Liege ein schriftlicher Vertrag vor - so die Klägerin weiter - sei beweistechnisch in erster Linie davon auszugehen, dass die Parteien die schriftlich festgehaltenen Vereinbarungen auch effektiv so getroffen hätten. Wenn die Beklagte behaupten wolle, es sei mündlich etwas anderes vereinbart worden, müsse sie dies beweisen und nicht etwa die Klägerin das Gegenteil. Zu widersprechen sei auch der Vorinstanz, welche ausführe, es sei nicht erstellt, dass die Beklagte nach der Kündigung wieder in Kontakt mit der Klägerin gestanden sei. Die Beklagte habe am 3. November 2011 eine weitere Vereinbarung unterzeichnet, welche sich auf den geschlossenen Vertrag bezogen bzw. diesen ergänzt habe. Von daher sei offensichtlich, dass die Parteien nach der Kündigung wiederum in Kontakt gestanden seien und gar weitere (ergänzende) Vereinbarungen getroffen hätten. Die Behauptungen der Beklagten, sie habe bei Vertragsschluss nicht realisiert, zu welchem Vertragsinhalt sie sich verpflichtet habe, seien reine Schutzbehauptungen. In Verbindung mit der weiteren Vereinbarung nach Abschluss des Grundvertrags rund eine Woche später, habe die Beklagte ihren deutlichen Willen gezeigt, sich auf den geschlossenen Vertrag behaften zu lassen. Darüber hinaus habe die Beklagte die Kündigung in keiner Weise begründet (Urk. 30 S. 7 f).

3. Der Prozess untersteht dem vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO). Ausserhalb des summarischen Verfahrens können sich die Parteien zweimal unbeschränkt äussern (BGE 144 III 117 E. 2.2 m.H.). Es sind daher je die beiden Parteivorträge (Klagebegründung, Klageantwort, Replik, Duplik) des vorinstanzlichen Verfahrens bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der von ihnen gestellten Beweisanträge (vgl. Art. 219, Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang. Mit der Erstattung dieser Vorträge trat grundsätzlich der Aktenschluss ein. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass die am Folgetag der Hauptverhandlung eingereichte Beilage (Urk. 18) ein unzulässiges Novum darstelle und daher nicht mehr berücksichtigt werden könne (Urk. 31 S. 3).

4. Die Klägerin stützt ihre Klage auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Internet-Systemvertrag vom 25. Oktober 2011. Darin verpflichtet sie sich, der Beklagten einen Internet-Auftritt zu erstellen sowie den Betrieb und Unterhalt des

Auftritts sicherzustellen. Als Leistungsumfang wurde das sog. "Premium" vereinbart, zu einem monatlichen Entgelt von Fr. 486.– mit einer Laufzeit von achtundvierzig Monaten (Urk. 4/3). Gemäss angefochtenem Entscheid bestritt die Beklagte einen Konsens über den wesentlichen Inhalt des Vertrages (Urk. 31 S. 5, Prot. I S. 6).

5. Da kein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien zur Vertragsschliessung festgestellt werden kann, sind die vertragsbezogenen Willenserklärungen nach dem Vertrauensgrundsatz so auszulegen, wie sie vom Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten. Die Auslegung bzw. Würdigung von Erklärungen oder Verhaltensweisen nach dem Vertrauensprinzip betrifft keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage. Sie beschlägt somit die Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens im Rahmen der Beweiswürdigung auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; BGE 132 III 626 E. 3.1). Neben dem Wortlaut, dem ein Vorrang zukommt, sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGE 129 III 702 E. 2.4).

6. Im schriftlichen Vertrag (Urk. 4/3) hat die Beklagte unterschriftlich bestätigt, dass die umseitig abgedruckten AGB wesentlicher Vertragsbestandteil der Vereinbarung bilden. Aus Ziffer 1 der AGB geht demnach hervor, dass sich die Klägerin zur „Gestaltung, Erstellung und zum Betrieb und zum laufenden Unterhalt einer individuellen Internet-Webseite“ verpflichtet hatte. Aus Ziffer 3 AGB gilt als vereinbart, dass der Vertrag für eine feste Dauer von 48 Monaten abgeschlossen wird und in Ziffer 5 AGB ist die Verzugsregelung festgehalten. Der Vertreter der Beklagten (D._____) machte an der Hauptverhandlung geltend, die AGB seien ihm gezeigt worden, jedoch habe er sie nicht vollständig gelesen (Prot. I S. 6). Dies hilft der Beklagten nicht weiter, da sie sich das Verhalten ihres Vertreters anrechnen lassen muss.

7. Der vorliegend umstrittene Leistungsumfang ergibt sich gemäss Ziffer 1 AGB aus Ziff. II in Verbindung mit der dem Partnerunternehmen (i.c. Beklagte)

übergebenen Leistungsbeschreibung, Stand bei Vertragsabschluss, welche integrierter Bestandteil des Vertrags ist (Urk. 4/3 AGB).

7.1 Die Vorinstanz hält dafür, dass davon auszugehen sei, dass der Beklagten am Tag der Vertragsunterzeichnung nicht klar gewesen sei, welchen Leistungsumfang der Vertrag umfassen soll. Der Nachweis, dass ihr eine Leistungsbeschreibung ausgehändigt worden sei, gelinge der Klägerin nicht (Urk. 31 S. 7). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beklagte nie explizit geltend gemacht hatte, diesen Leistungsbeschrieb nicht erhalten zu haben. Die Klägerin liess behaupten, dass bei der Vertragsunterzeichnung der Leistungsbeschrieb übergeben werde (Urk. 31 S. 5). Die Beklagte liess anlässlich der Hauptverhandlung zwar geltend machen, aus dem Vertrag sei ersichtlich, dass ein Premium-Paket für 48 Monate vereinbart worden sei. "Mehr geht aus dem Vertrag nicht hervor. Ich finde es nicht normal, dass ein solcher Vertrag auf 4 Jahre vereinbart wurde. Aber das realisierte ich erst am nächsten Morgen." (Prot. I S. 6). Mit diesen Ausführungen stellt die Beklagte jedoch nicht substantiiert in Abrede, den Leistungsbeschrieb erhalten zu haben (Prot. I S. 6).

7.2 Die Vorinstanz erwägt, dass die Behauptungen von D._____, wonach er bei Vertragsunterzeichnung nicht realisiert habe, zu welchem Vertragsinhalt er die Beklagte verpflichtet haben soll, dadurch untermauert würden, dass er bereits am Folgetag, dem 26. Oktober 2019, der Klägerin ein Kündigungsschreiben habe zukommen lassen. Dies belege die Behauptung der Beklagten, dass er (recte sie) im Moment der Vertragsunterzeichnung nicht beabsichtigt habe, ein „Premium“ für die Dauer von 4 Jahren zu erwerben und ihm (recte ihr) der Inhalt des „Premium“ nicht bekannt gewesen sei (Urk. 31 S. 7).

Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist zu fragen, wie die Klägerin die Erklärung der Beklagten verstehen musste und durfte. Die Beklagte hatte den Vertrag mit dem Hinweis auf die AGB unterzeichnet und damit ihr Akzept zur Vertragsofferte gegeben. Dafür, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Vertragsschliessung aufgrund der Umstände hätte annehmen müssen, dass für die Beklagte der Vertragsinhalt "Premium" nicht bekannt gewesen war, gibt es weder Behauptungen noch Hinweise in den Akten. Das Argument, dass die Beklagte nicht beab-

sichtigt habe, einen Vertrag mit einer Dauer von vier Jahren zu schliessen, ist bei der Frage des normativen Konsenses nicht beachtlich. Allenfalls befand sich der Vertreter der Beklagten in einem Motivirrtum (Art. 24 Abs. 2 OR), der indessen für die Klägerin nicht erkennbar war; die Laufzeit steht auf der Vorderseite des Vertrags und die Beklagte muss sich das Wissen um die AGB anrechnen lassen. Der Auffassung der Vorinstanz, dass der Leistungsumfang, für den sich die Beklagte habe binden wollen, durch die Willenserklärung der Beklagten für die Klägerin deshalb nicht erkennbar gewesen sei (Urk. 31 S. 8), kann nicht gefolgt werden. Die Beklagte unterzeichnete den Vertrag mit dem Leistungsumfang "Premium" vorbehaltslos. Für die Klägerin, welche das Paket "Premium" offerierte, konnte die Zusage der Beklagten bzw. das Akzept nicht anders verstanden werden, als dass sie den Leistungsumfang "Premium" zu liefern hatte, unabhängig davon, ob sie den Leistungsbeschrieb übergeben hatte oder nicht. Der Umstand, dass die Vertreterin der Klägerin an der Hauptverhandlung nur sehr unbestimmte Vorstellungen darüber hatte, was der Leistungsumfang des Pakets „Premium“ zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewesen sei (Urk. 31 S. 6), ändert daran nichts. Dieses Nichtwissen wäre allenfalls bei der Frage der Vertragserfüllung relevant geworden, was indessen nicht zu beurteilen ist.

7.3 Nach dem Gesagten liegt mit Bezug auf den Vertragsschluss ein normativer Konsens vor. Der Vertrag gilt demnach als zustande gekommen.

8.1 Mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 kündigte die Beklagte den Vertrag vom Vortag, ohne jegliche Begründung (Urk. 4/5). Wie sich an der Hauptverhandlung zeigte, machte die Beklagte ein Widerrufsrecht geltend (Prot. I S. 6). Dieser Einwand verfängt nicht. Es handelt sich nicht um ein Haustürgeschäft im Sinne von Art. 40a OR, da der Vertreter der Beklagten im Rahmen seiner Erwerbstätigkeit als Kunde aufgetreten ist (vgl. BSK OR-Koller-Tumler, Art. 40a-40af N 5). Dennoch ist festzuhalten, dass sowohl die Kündigung als auch die Ausübung des Widerrufsrechts im Sinne von Art. 40a OR nicht die Konsensfindung beschlagen, sondern bezwecken, ein Vertragsverhältnis zu beenden.

8.2 Es fragt sich, ob die Beklagte mit der Kündigung einen Willensmangel geltend gemacht hatte. Die Beklagte kündigte den Vertrag, ohne dass aus dem

Schreiben hervorgeht, aus welchen Gründen der Vertrag für sie unverbindlich sein soll. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss in der Anfechtungserklärung nicht auf einen der drei Gründe nach Art 31 Abs. 1 OR wie Irrtum, Täuschung oder Furcht hingewiesen werden (BGE 106 II 346 E. 3a). Selbst wenn man das Kündigungsschreiben als Anfechtungserklärung gelten liesse, kann sich die Beklagte nicht erfolgreich auf einen Willensmangel berufen. Bei den von ihr anlässlich der Hauptverhandlung dargelegten Gründen ("Ich finde es nicht normal, dass ein solcher Vertrag auf vier Jahre vereinbart wurde, aber dies realisierte ich erst am nächsten Morgen"; "dass die Klägerin sich ein Kündigungsrecht einräumt und ich 4 Jahre gebunden sein soll, zeigt, dass das Schlitzohren sind."; Prot. I S. 6) handelt es sich mitunter um einen Motivirrtum, nicht jedoch um einen Erklärungsirrtum oder einen Grundlagenirrtum.

9. Am 3. November 2020 unterzeichnete die Beklagte ein Schreiben der Klägerin betreffend ein Unternehmensvideo. Dieses Schreiben nimmt im Betreff explizit Bezug auf den Vertrag Nr. 802/03285. Darin ist die Rede, dass ein Mitarbeiter der Klägerin vor Ort war, dass die Beklagte zusätzlich zum Paket "Premium" ein Unternehmensvideo erhalte, dass sich das monatliche Entgelt nicht erhöhe und die weiteren Vertragskonditionen von dieser Vereinbarung unberührt blieben. Die Beklagte hat diese Vertragserweiterung mit Firmenstempel und ihrer Unterschrift versehen (Urk. 15/2). Aufgrund des klaren Wortlauts erscheint die Behauptung von D._____, er sei mit der Unterzeichnung des Schreibens zum Unternehmensvideo nicht davon ausgegangen, er bestätige bzw. erneuere den nach seiner Auffassung nicht mehr bestehenden Vertrag mit der Nummer 802/03285 (Urk. 31 S. 7) nicht als plausibel. Immerhin ist D._____ Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten und gilt daher nicht als geschäftsunerfahren. Die Angabe, er habe beim Schreiben betreffend Unternehmensvideo nicht realisiert, um was es gegangen sei (Prot. S. 7), wirkt daher wenig überzeugend. Es widerspricht auch der Behauptung von D._____, dass er nach der Kündigung alles abgeblockt habe (Prot. S. 11).

10. Da der am 25. Oktober 2011 geschlossene Vertrag als zustandegekommen gilt und sich die Beklagte nicht auf Mängel des Vertragsschlusses berufen kann,

ist der Vertrag rechtsgültig. Entsprechend hat die Klägerin das Recht, die Verzugsfolgen gemäss Ziffer 5 der AGB einzufordern.

B: Verjährung

1. In einer Eventualbegründung erwog die Vorinstanz, selbst wenn ein Vertrag gültig zustande gekommen wäre, wäre die Klage abzuweisen, da die Forderung verjährt sei (Urk. 31 S. 9). Die Beklagte mache geltend, sie habe acht Jahre seit der Kündigung nichts mehr gehört und rufe daher sinngemäss die Verjährung an. Die Fälligkeit der eingeklagten Forderung sei von der Klägerin mit Schreiben vom 22. Februar 2012 gestützt auf Ziff. 5 der AGB geltend gemacht worden (Urk. 4/6), womit dieser Zeitpunkt für den Beginn der Verjährungsfrist massgebend sei.

Gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR würden Forderungen für periodische Leistungen fünf Jahre nach deren Entstehen verjähren. Die geltend gemachte Jahresrate setze sich offensichtlich aus monatlich im Voraus zahlbaren Raten zusammen. Der Inhalt des Vertrages – soweit dieser hier nach den obigen Ausführungen unterstellt werden könne – beinhalte über die ganze beabsichtigte Vertragsdauer von vier Jahren zwar einen werkvertraglichen Anteil in der Erstellung einer Webseite, doch dominiere eindeutig deren nachfolgender Betrieb und Unterhalt (Hosting), so dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis mit periodischen Leistungen handle. Entsprechend wäre die Verjährung bereits am 22. Februar 2017 eingetreten. Dass vor diesem Zeitpunkt die Verjährung unterbrochen worden wäre, werde seitens der Klägerin nicht behauptet (Urk. 31 S. 9 f.).

2. Die Klägerin macht geltend, es sei fraglich, ob die Einrede der Verjährung überhaupt gültig erhoben worden sei. Die Einrede sei nicht von der Beklagten vorgebracht worden, sondern die Beklagte sei durch den urteilenden Bezirksrichter "regelrecht darauf hinausgehoben" worden. Damit habe dieser die richterliche Fragepflicht deutlich überschritten und seine Unparteilichkeit eingebüsst (Urk. 30 S. 8 f.). Die Forderung sei aber ohnehin nicht verjährt. Für Schadenersatzforderungen (auch gestützt auf vertragliche Grundlagen) sei immer Art. 127 OR anwendbar. Die Klägerin klage nicht auf Erfüllung des geschlossenen Vertrages, sondern auf Leistung von Schadenersatz bzw. von einer Konventionalstrafe. Die

Forderung stütze sich nicht auf die ursprünglich vereinbarten monatlichen Entgelte, die unter Umständen als periodische Leistungen zu qualifizieren wären. Es gehe um eine Schadenersatzforderung wegen verweigerter Mitwirkung der Beklagten und der daraus erfolgten Vertragsauflösung. Dass sich die Konventionalstrafe in Anlehnung an die vereinbarten monatlichen Entgelte durch Addition von 12 ursprünglichen monatlichen Entgelten beziffern lasse, führe nicht dazu, dass es sich deshalb um periodische Leistungen handle. Grundlage sei immer noch die Konventionalstrafe, welche als Schadenersatzforderung der Verjährung von Art. 127 OR unterliege (Urk. 30 S. 9).

3. Das vorliegende (vereinfachte) Verfahren unterliegt mit Bezug auf die Feststellung des Sachverhalts der durch die verstärkte gerichtliche Fragepflicht abgeschwächten Verhandlungsmaxime (Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist durch die weitgehende Mündlichkeit und die richterliche Hilfestellung bei der Sachverhaltsermittlung grundsätzlich laientauglich ausgestaltet (BGE 143 III 506 E. 3.2.3). Dabei geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen (BGE 4A_440/2016 vom 24. Oktober 2016, E. 5.2.2). Die Feststellung der Vorinstanz, die Beklagte mache geltend, sie habe acht Jahre seit der Kündigung nichts mehr gehört und rufe daher sinngemäss die Verjährung an, ist im Rahmen des vereinfachten Verfahrens vertretbar. Immerhin wies die Beklagte zweimal darauf hin, dass sie seit acht Jahren nichts mehr gehört habe (Prot. I S. 6, S. 11).

4. Befindet sich der Schuldner im Verzuge, so hat er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für den Zufall (Art. 103 Abs. 1 OR). Wie erwähnt, trat die Rechtsvorvorgängerin der Klägerin mit Schreiben vom 8. März 2012 mangels Erfüllung der Mitwirkungspflicht der Beklagten vom Vertrag zurück (vgl. Urk. 4/6). Folglich kommt Art. 5 AGB, welcher die Verzugsregelung festlegt, zur Anwendung, wonach die Beklagte die erste Jahresrate zusammen mit den einmaligen Anschlusskosten schuldet. Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, klagt sie nicht auf Erfüllung des Vertrages, sondern auf Schadloshaltung. Eine Schadenersatzforderung stellt eine eigenständige Forderung dar. Das Ge-

setz enthält keinerlei Bestimmungen darüber, wann spätestens ein Schadenersatzanspruch - beispielsweise gegenüber dem Arbeitnehmer - geltend gemacht werden muss. Namentlich enthält das Bundesrecht keine besonderen Regeln über die Verjährung solcher Forderungen, so dass grundsätzlich die allgemeine zehnjährige Frist für Vertragsverletzungen gilt (Art. 127 OR; BGer 4A_351/2011 vom 5. September 2011, E. 2).

5. Demzufolge ist die Schadenersatzforderung noch nicht verjährt. Die von der Klägerin eingeklagte Forderung von Fr. 5'832.– setzt sich zusammen aus zwölf Monatsraten à Fr. 486.– und ist daher ausgewiesen.

6. Die Klägerin verlangt 5 % Verzugszins seit 31. Oktober 2011. Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat, bis zum Tag der Zahlung des Schadenersatzes. Dies gilt nicht nur bei einer deliktischen Haftung, sondern auch bei einer solchen aus Vertrag. Dieser Schadenszins bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tage des Schadenseintritts bzw. für dessen wirtschaftliche Auswirkungen befriedigt worden wäre. Vom Verzugszins unterscheidet er sich vor allem dadurch, dass er den Verzug, namentlich eine Mahnung des Gläubigers nach Art. 102 Abs. 1 OR, nicht voraussetzt. Er kann nicht kumulativ zum Verzugszins beansprucht werden, da er funktional denselben Zweck wie dieser erfüllt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der Schadenszins in der Regel auf 5 % festgesetzt (vgl. BGE 122 III 53 E. 4a und 4b mit weiteren Hinweisen).

Wie ausgeführt, kündigte die - vorleistungspflichtige - Beklagte mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 den Vertrag. Dieses Schreiben ist der Klägerin am 31. Oktober 2011 zugegangen (Urk. 4/5). Damit hat die Beklagte ihren Willen bekundet, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen. Der Schadenszins von 5 % ist wie beantragt ab 31. Oktober 2011 zuzusprechen.

7. In Gutheissung der Beschwerde ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 5'832.– nebst Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2011 zu bezahlen. In diesem Um-

fang ist der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. … des Betreibungsamts Pfäffikon ZH (Zahlungsbefehl vom 12. Oktober 2018) aufzuheben.

C: Kosten- und Entschädigungsfolgen I. Instanz

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog). Die Höhe der Gerichtsgebühr blieb unangefochten (Urk. 31 S. 10, Dispositiv-Ziffer 2) und ist zu bestätigen.

2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind vom Kostenvorschuss der Klägerin zu beziehen, die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den Kostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

3. Ausgangsgemäss ist die Beklagte sodann zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung sowie die ausgewiesenen Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 350.– (Urk. 1) zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 2 und 4 AnwGebVO auf Fr. 1'400.– zuzüglich 7.7 % MwSt festzulegen.

III.

1. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 2 und 4 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

2. Die Beklagte liess sich im Beschwerdeverfahren nicht vernehmen. Mangels gesetzlicher Grundlage kann eine rechtsmittelbeklagte Partei grundsätzlich nicht durch Distanzierung vom Prozess (Nichtbeteiligung am Rechtsmittelverfahren, insbesondere Verzicht auf Berufungsantwort) jedes Kostenrisiko vermeiden (BGer 5A_61/2012 vom 23. März 2012, E. 2.3; BGE 123 V 156 E. 3c). Im Beschwerdeverfahren war die Begründetheit der Forderung zu beurteilen. Auch wenn die Vorinstanz diese Frage nicht im selben Sinne wie die Beschwerdeinstanz entschieden hat, handelt es sich ausschliesslich um die Prüfung einer materiell-rechtlichen

Frage. Es liegt daher kein von der Vorinstanz verschuldeter Verfahrensfehler vor. In diesem Sinne besteht kein Anlass, die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Beklagte als auch im Beschwerdeverfahren unterliegende Partei wird deshalb vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist daher der Beklagten aufzuerlegen. Sie ist mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen, und die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin die Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 1'200.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

3. Weiter ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine nach den Vorschriften der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen. Deren Höhe ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. mit § 4 AnwGebV auf Fr. 700.– zuzüglich 7.7 % MwSt festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 5'832.– nebst Zins zu 5 % seit 31. Oktober 2011 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. … des Betreibungsamts Pfäffikon ZH (Zahlungsbefehl vom 12. Oktober 2018) aufgehoben.

2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den erstinstanzlich geleisteten Vorschuss von Fr. 1'200.– zu ersetzen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 1'507.80 sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 350.– zu bezahlen.

5. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.

6. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den zweitinstanzlich geleisteten Vorschuss von Fr. 1'200.– zu ersetzen.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 753.90 zu bezahlen.

8. 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.

9. 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 Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'832.–.

   Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. September 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:	Die Gerichtsschreiberin:
Dr. D. Scherrer	lic. iur. S. Notz

versandt am:
sd