

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP200011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. Ch. von Moos Würigler und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber MLaw M. Wild

Urteil vom 29. Dezember 2020

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH ... [Ort],

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten

Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 13. Dezember 2019

(FV190064-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'888.00 zu zahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin auf die genannte Forderung einen Verzugszins von 5 % seit 17. Januar 2012 zu leisten.
3. Der durch die Beklagte in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Waldkirch 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 vom 13. Dezember 2019

(Urk. 28 S. 25 = Urk. 33 S. 25)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 850.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen in Höhe von Fr. 850.– verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'050.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilungssatz]
6. [Rechtmittel: Beschwerde; Frist: 30 Tage]

Beschwerdeanträge:

der Klägerin und Beschwerdeführerin (Urk. 32 S. 2):

- "1. Das Urteil der Vorinstanz vom 13. Dezember 2019 sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Eventualiter sei das Urteil der Vorinstanz vom 13. Dezember 2019 aufzuheben und die Klage der Klägerin vollumfänglich gutzuheissen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine nach Streitwert zu bemessende Parteienschädigung zu bezahlen.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens seien der Beklagten aufzuerlegen."

der Beklagten und Beschwerdegegnerin (Urk. 40 S. 2):

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin."

Erwägungen:

I.

1. Am 12. Januar 2012 unterzeichneten die Vertreter der Parteien einen Internet-System-Vertrag mit der Nummer 902/03160, mit dem sich die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) – die inzwischen diverse Male den Sitz und die Firma wechselte (vgl. Urk. 4/2) – verpflichtete, der Beschwerdegegnerin und Beklagten (fortan Beklagte) die Systemleistung "Premium Plus" zu erbringen, mithin ihr einen Internet-Auftritt zu gestalten und diesen für 48 Monate zu unterhalten. Dies zu einem monatlichen Entgelt von Fr. 324.– sowie einer Anschlussgebühr von Fr. 324.–, beides inklusive Mehrwertsteuer (Urk. 4/3). Mit Schreiben vom 16. Januar 2012 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie den Vertrag als ungültig anfechte, respektive diesen per sofort auflöse (Urk. 4/5). Am 18. Januar 2012 antwortete die Klägerin, dass sie dem Kündigungsbegehren nicht entspreche, da der Vertrag für 48 Monate abgeschlossen worden und nicht kündbar sei (Urk. 4/6 S. 1). Nach zwei weiteren Schreiben vom 6. Februar 2012 und vom 1. März 2012 teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 15. März 2012 sodann mit, dass diese ihrer Mitwirkungspflicht nicht

nachgekommen sei, weshalb ihr die fällig gewordene Rechnung über Fr. 4'212.– zugestellt werde (Urk. 4/6 S. 2 ff.). In den Jahren 2015 und 2018 erfolgten weitere Zahlungsaufforderungen der Klägerin, welche von der Beklagten jeweils abgelehnt wurden (Urk. 21/22-27).

2. Nach Einleitung der Betreuung am 7. November 2018, gegen welche Rechtsvorschlag erhoben wurde (Urk. 4/7), und unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, C._____, reichte die Klägerin mit Eingabe vom 11. April 2019 die vorliegende Klage ein (Urk. 1 und Urk. 2). Für den genauen Prozessverlauf kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 28 S. 33 S. 2 f. = Urk. 33 S. 2 f.). Am 13. Dezember 2019 fällte die Vorinstanz das obgenannte Urteil (Urk. 33 S. 25).

3. Am 28. Februar 2020 erhob die Klägerin fristgerecht (vgl. Urk. 29) Beschwerde gegen das Urteil mit obgenannten Anträgen (Urk. 32). Der Kostenvorschuss gemäss Verfügung vom 4. Mai 2020 ging innert Frist ein (Urk. 37 und 38). Mit Verfügung vom 10. Juni 2020 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 39), welche fristgerecht einging (Urk. 40). Die Klägerin liess sich nach Zustellung der Beschwerdeantwort nicht mehr vernehmen (Urk. 40 und 41). Das Verfahren erweist sich als spruchreif und die Vorakten wurden beigezogen (Urk. 1 bis 31).

4. Gemäss Publikation im SHAB vom tt. März 2020 firmiert die Klägerin neu unter "A._____" mit Sitz in D._____. (Urk. 36). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen.

5. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ reichte drei Schreiben vom 8. Oktober 2020, vom 6. November 2020 und vom 30. November 2020 betreffend seinen Gesundheitszustand und seine persönliche Vertretung samt Beilagen ins Recht (Urk. 42,43/1-3, 46, 48 und 49). Die ersten beiden Schreiben wurden der Klägerin weitergeleitet, das Dritte ist mit diesem Entscheid mitzuteilen (Urk. 45 und 46). Nach Zustellung der abschlägigen Antwort der Kammer vom 19. Oktober 2020 betreffend das Gesuch um formlose Sistierung (Urk. 44) bezeichnete Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ seinen Bürokollegen Rechtsanwalt MLaw E._____

als Zustelladresse, was von diesem telefonisch bestätigt wurde (Urk. 50) und entsprechend im Rubrum aufzunehmen ist.

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. Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Abgesehen von dieser Relativierung gilt aber auch im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO; "iura novit curia"). Die Beschwerdeinstanz ist dabei weder an die in den Parteieingaben vorgetragene Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde auch aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 57 N 2). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründungen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 321 N 17 m.V.a. Art. 311 N 42 f.). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Vorbringen der Klägerin einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.).

2.1. 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).

2.2. Entgegen den Einwendungen der Beklagten (Urk. 40 S. 2) handelt es sich bei den von der Klägerin erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Ausführungen, die Vorinstanz hätte in gleichgelagerten Verfahren den zur Diskussion stehenden Vertrag rechtlich anders qualifiziert (Urk. 32 S. 3 ff.), sowie den im Beschwerdeverfahren eingereichten Urteilen (Urk. 35/2-4), nicht um neue Tatsachenbehauptungen oder neue Beweismittel, sondern um den Verweis auf Rechtsprechung zu einer von Amtes wegen zu prüfenden Rechtsfrage. Sofern von Relevanz, kann diese Rechtsprechung berücksichtigt werden. Das Gericht ist aber nicht daran gebunden (vgl. Art. 1 ZGB).

III.

1. Die Klägerin stützt ihre Forderung über Fr. 3'888.– auf Ziffer 5 der AGB des Internet-System-Vertrags vom 12. Januar 2012 mit der Begründung, die Beklagte habe ihre Mitwirkungspflicht verweigert, weshalb es ihr zugestanden sei, den Vertrag mittels Schreiben vom 15. März 2012 ausserordentlich auf Ende des ersten Vertragsjahres aufzulösen und eine Konventionalstrafe in der Höhe von 12 Monatsraten à Fr. 324.– zu verlangen (Urk. 2 S. 4, Urk. 26 S. 4 und Prot. I S. 13 f.).

2.1. Die Vorinstanz hielt fest, dass der Sachverhalt in Bezug auf den Vertragsschluss erstellt sei (Urk. 33 S. 10). Es liege ein übereinstimmender Wille gemäss dem Inhalt des schriftlich unterzeichneten Internet-System-Vertrags vom 12. Januar 2012 vor, mithin betreffend die Leistung ("Premium Plus"), die monatliche Entschädigung (Fr. 324.– inkl. MwSt.), die Anschlussgebühr (Fr. 324.– inkl. MwSt.), die Vertragslaufzeit (48 Monate) sowie den Einbezug der AGB als "wesentlichen Bestandteil des Vertrages" (Urk. 33 S. 9).

2.2. Die Vorinstanz wies das klägerische Begehren mit einer Hauptbegründung und zwei Alternativbegründungen ab. In der Hauptbegründung führte sie zusammengefasst aus, dass Ziffer 4 und 5 der AGB des Internet-System-Vertrags

rechtswidrig seien, da sie gegen die zwingende Bestimmung von Art. 404 Abs. 1 OR verstossen würden. Der Internet-System-Vertrag sei als gemischter Vertrag mit überwiegend auftragsrechtlichen sowie werkvertragsrechtlichen Elementen zu qualifizieren (Urk. 33 S. 11), weshalb es der Beklagten jederzeit hätte möglich sein müssen, den Vertrag nach Art. 404 Abs. 1 OR zu widerrufen respektive zu kündigen (Urk. 33 S. 20 f.). Das Schreiben der Beklagten vom 16. Januar 2012 sei deshalb als Kündigungsschreiben zu qualifizieren. Die Klägerin habe dieses Schreiben am 17. Januar 2012 erhalten, weshalb der Vertrag per diesem Datum ex nunc aufgelöst worden sei. Da die Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch keine Leistung erbracht habe und im Verfahren auch kein Schaden substantiiert geltend gemacht worden sei, bestehe keine Rechtsgrundlage für die klägerische Forderung (Urk. 33 S. 21 f.). Als erste Alternativbegründung führte die Vorinstanz zusammengefasst aus, dass Ziffer 4 und 5 der AGB des Internet-System-Vertrags, mithin die Kombination aus der langen Vertragsdauer von 48 Monaten und die fehlende Beendigungsmöglichkeit durch die Beklagte respektive die lediglich der Klägerin gewährten Möglichkeit zur ausserordentlichen Vertragsbeendigung unter Einbezug einer Zahlungspflicht durch die Beklagte ohne eigene Gegenleistung, auch im Geschäftsverkehr zwischen zwei Unternehmen als ungewöhnlich anzusehen seien. Die Beklagte habe mit diesen Bestimmungen bei der Globalübernahme der AGB nicht gerechnet und auch nicht damit rechnen müssen, weshalb sie keine Geltung erlangten. Die Kündigung durch die Klägerin per 17. Januar 2012 sei gültig gewesen, womit es auch aus diesem Grund an einer Rechtsgrundlage für die klägerische Forderung fehle (Urk. 22 f.). Sodann hielt die Vorinstanz als zweite Alternativbegründung zusammengefasst fest, dass die von der Klägerin geltend gemachte Forderung als periodische Leistung im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR zu qualifizieren sei, womit die fünfjährige Verjährungsfrist Anwendung finde, und dass die Beklagte die Verjährungseinrede erhoben habe. Entsprechend sei die Forderung selbst bei Bejahung des ursprünglichen Bestandes verjährt (Urk. 33 S. 23 f.).

3.1. Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem Vertrauensprinzip 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 aufmerksam 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 mit Verweis auf BGE 135 III 1 E. 2.1 und BGE 135 III 225 E. 1.3).

3.2. Die Klägerin rügt, dass bei Dauerschuldverhältnissen eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit zumeist ausgeschlossen, eingeschränkt oder mit Schadenersatzfolgen verbunden sei. So sei bei Hypothekar- oder Leasingverträgen die vorzeitige Vertragsauflösung jeweils nicht vorgesehen beziehungsweise löse sie die Bezahlung einer Konventionalstrafe aus. Auch der Internet-System-Vertrag sei auf eine gewisse Dauer ausgelegt. Bestünde ein jederzeitiges Kündigungsrecht, hätte die Beklagte nach Erstellung der Website vom Vertrag zurücktreten können und so nur wenige Monatsraten bezahlen müssen. Dies sei sachfremd, falle auf die über die gesamte Vertragslaufzeit durch die Klägerin zu erbringende Leistung doch ein überwiegender Teil als Entgelt für die erstmalige Erstellung der Website an. Die nachmaligen Betriebs- und Unterhaltsarbeiten seien nebensächlicher Natur und würden nur einen kleinen Teil der Leistung der Klägerin umfassen (Urk. 32 S. 5). Weiter führt sie aus, dass Ziffer 4 der AGB auch nicht als einseitige Kündigungsmöglichkeit der Klägerin verstanden werden könne, da diese entfalle, wenn die Beklagte ihren

vertraglichen Zahlungs- und Mitwirkungspflichten nachkomme. Wenn beide Parteien ihre vertraglichen Pflichten erfüllen würden, könne der Vertrag von keiner Seite aufgelöst werden. Es sei absolut verständlich und nicht ungewöhnlich, dass der Klägerin die Kündigungsmöglichkeit eingeräumt werde, wenn die Beklagte ihren Verpflichtungen nicht nachkomme und sich nach Ziffer 5 der AGB in Verzug befinde (Urk. 32 S. 6). Sodann seien ohnehin auch die allgemeinen vertraglichen Verzugsregelungen nach Art. 102 ff. OR auf das vorliegende Vertragsverhältnis anwendbar, welche beiden Parteien eine Rücktrittsmöglichkeit einräumten. Die vorzeitige Kündigungsmöglichkeit wäre auch der Beklagten zur Verfügung gestanden, wenn die Klägerin mit ihrer Leistung in Verzug geraten wäre. Allein der Umstand, dass die ohnehin geltenden gesetzlichen Verzugsregeln in concreto näher ausgestaltet worden seien, mache Ziffer 4 und 5 der AGB nicht ungewöhnlich. Die AGB hätten Geltung erlangt und würden ihr als Grundlage für die Forderung dienen (Urk. 32 S. 6).

3.3. Unbestrittenermassen übernahm die Beklagte die AGB des Internet-System-Vertrags global (Urk. 32 S. 5), weshalb darin enthaltene Bestimmungen, mit deren Inhalt die Beklagte nach den Umständen nicht gerechnet hat und vernünftigerweise nicht rechnen musste, keine Geltung erlangen (BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; BGE 119 II 443 E. 1a = Pra 83 (1994) Nr. 229). Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, kann die Beklagte respektive deren Organ und Unterzeichner des Vertrags, Geschäftsführer F._____, allerdings nicht per se als geschäftsunterfahren bezeichnet werden. In Bezug auf das vorliegende Rechtsgeschäft bestand aber sehr wohl ein Wissensgefälle zwischen den Parteien, handelte es sich doch nicht um ein Geschäft aus dem Tätigkeitsbereich der Beklagten, sondern allein aus demjenigen der Klägerin. Die Erstellung einer professionellen Website und deren Aufrechterhaltung und Wartung ist in der Regel eine einmalige Angelegenheit für eine Gesellschaft, die auf die Beratung, Planung, Ausführung und Sanierung von Wasser-, Abwasser- und gastechnischen Anlagen spezialisiert ist (Urk. 21/1). Entsprechend muss die Beklagte in Bezug auf den Abschluss des Internet-System-Vertrags als weniger geschäftserfahrene Partei angesehen werden. Sodann befinden sich die AGB auf der Rückseite des Vertrages in kleiner Schrift und, abgesehen von den Titeln der

einzelnen Ziffern, ohne spezielle Hervorhebungen (Urk. 4/3 S. 2). Die Klägerin führte auch nicht aus, dass F. _____ bei der Vertragsunterzeichnung speziell auf die einzelnen AGB Bestimmungen, namentlich die zur Diskussion stehenden Ziffern 4 und 5, hingewiesen worden sei. Einzig die in AGB Ziffer 4 festgehaltene Vertragsdauer von 48 Monaten wurde zusätzlich auf der Vorderseite des Vertrags aufgenommen, weshalb sich die Beklagte zumindest in Bezug auf die Dauer des Vertrags nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann. Im Übrigen musste die Klägerin als Verfasserin der AGB jedoch nach dem Vertrauensprinzip damit rechnen, dass die weniger geschäftserfahrene Beklagte ungewöhnliche Klauseln nicht gegen sich gelten lassen wird. Damit ist die subjektive Seite der Ungewöhnlichkeitsregel gegeben.

3.4. Sodann ist zu prüfen, ob die AGB Ziffern 4 und 5 objektiv ungewöhnliche Klauseln sind, mithin einen objektiv geschäftsfremden Inhalt aufweisen. Die Ungewöhnlichkeit einer AGB-Bestimmung ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann zu bejahen, wenn sie eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund für die Differenzierung vorsieht (vgl. BGer 9C_3/2010 vom 31. März 2010, E. 3.1, nicht publ. in: BGE 136 V 127). Ziffer 4 der AGB mit dem Titel "Vertragsdauer" hält die (Mindest-)Vertragsdauer von 48 Monaten fest. Die Vertragsdauer verlängert sich um weitere 12 Monate, sofern nicht eine Partei den Vertrag auf Ende der Laufzeit mit einer Frist von 6 Monaten kündigt (Urk. 4/3 S. 2 Ziffer 4). Ziffer 5 der AGB mit dem Titel "Verzugsregelung" enthält Bestimmungen zu zwei verschiedenen Situationen. Sätze 1 und 2 behandeln die Folgen der Verweigerung der Mitwirkung des Vertragspartners bei der erstmaligen Erstellung der Website. Für diesen Fall sieht die Bestimmung vor, dass die Klägerin nach Abmahnung des Vertragspartners die eigene Leistung verweigern, den Vertrag vorzeitig durch ausserordentliche und schriftliche Kündigung auf Ende des ersten Vertragsjahrs auflösen sowie die erste Jahresrate zusammen mit den einmaligen Anschlusskosten, abzüglich bereits geleisteter Zahlungen, verlangen kann (Urk. 4/3 S. 2 Ziffer 5 Sätze 1 und 2). Sätze 3 bis 5 behandeln die Folgen bei Zahlungsverzug des Vertragspartners nach Aktivschaltung der personalisierten Website (Urk. 4/3 S. 2 Ziffer 5 Sätze 3 bis 5). Im vorliegenden Fall sind nur die

Sätze 1 und 2 von Relevanz, wurde unbestrittenermassen die Website noch nicht aktiv geschaltet.

3.5. Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen kann in Bezug auf Ziffer 4 der AGB die lange Vertragsdauer in Kombination mit der fehlenden ordentlichen Beendigungsmöglichkeit durch die Beklagte nicht als objektiv ungewöhnlich bezeichnet werden. Einerseits ist die Vertragsdauer von der Überprüfung ausgenommen, da sie auch auf der Vorderseite des Vertrags separat erwähnt wird. Andererseits ist – ohne auf die rechtliche Qualifikation des vorliegenden Vertrags genauer einzugehen – die ordentliche Beendigungsmöglichkeit von Dauerschuldverhältnisse mit Mindestvertragsdauer regelmässig eingeschränkt, ist doch gerade das Ziel einer solchen Mindestvertragsdauer, eine (Planungs-)Sicherheit für beide Vertragsparteien zu schaffen. Sodann gilt die vorliegende ordentliche Beendigungsmöglichkeit, die Kündigung auf das Ende der Vertragsdauer mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten, für beide Vertragsparteien, so dass weder die eine noch die andere Partei bevorzugt wird. Dies kann nicht als objektiv ungewöhnlich bezeichnet werden.

3.6. Wie ausgeführt halten Ziffer 5 Sätze 1 und 2 der AGB fest, dass sich die Klägerin – unabhängig davon, ob sie selber irgendeine Leistungen erbrachte – vom Vertrag zurückziehen und vom Vertragspartner eine Jahresrate sowie die Anschlusskosten, mithin mehr als einen Viertel des Entgelts der gesamten Vertragsdauer, verlangen kann, wenn die Vertragspartei ihrer Mitwirkung nicht nachkommt. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine vertraglich spezifizierte Verzugsregelung. Grundsätzlich sind von den gesetzlichen Regelungen nach Art. 102 ff. OR abweichende vertragliche Verzugsregelungen zulässig (BK OR-Weber/Emmenegger, Art. 107 N 38). Neben dem auch im Gesetz geregelten Rückzug vom Vertrag sieht die vorliegende Regelung nun aber zusätzlich eine vorgängig festgelegte Entschädigungszahlung zu Gunsten der zurücktretenden Partei vor. Wie von der Klägerin selber ausgeführt (Urk. 32 S. 7), stellt diese Entschädigungszahlung eine Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR dar. Eine Konventionalstrafe ist ein (suspensiv bedingtes) Leistungsversprechen einer Vertragspartei für den Fall, dass sie die Hauptschuld

überhaupt nicht, nicht gehörig oder verspätet erfüllen wird. Sie hat zum Zweck, den Gläubiger vom Schadensnachweis zu befreien. Nebst der Sicherungsfunktion weist die Konventionalstrafe auch Strafcharakter auf, sofern und soweit sie den Schaden übersteigt (Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Rz 1250 ff.; BGE 135 III 433 E. 3.1). Ein solcher Strafcharakter ist bei der vorliegenden Bestimmung zu vermuten, ist die Verzugsregelung doch ausdrücklich auf den Beginn des Vertragsverhältnisses vor Aktivschaltung der Website ausgelegt. Aufgrund der Entschädigungsstruktur des Vertrags und entgegen den Ausführungen der Klägerin muss davon ausgegangen werden, dass die Aufwendungen für die Aktivschaltung durch die Anschlusskosten – zumindest zu einem beträchtlichen Teil – abgedeckt werden. Die Konventionalstrafe übersteigt diese Anschlusskosten um ein Vielfaches. Des Weiteren wird die Konventionalstrafe nicht durch die Nicht- oder Schlechterfüllung der Hauptpflicht einer Vertragspartei (Erstellung und Aufrechterhaltung einer Website / Bezahlung des Entgelts) ausgelöst, sondern durch den Verzug bei einer in den AGB umschriebenen Mitwirkung des Vertragspartners. Gemäss Ziffer 5 Satz 1 der AGB umfasst diese Mitwirkung die "Erteilung der erforderlichen Anweisungen zum Webdesign" sowie die "Lieferung der erforderlichen Angaben zum Webinhalt". Die Verknüpfung der Konventionalstrafe mit einer solchen Nebenpflicht kann bereits per se als atypisch bezeichnet werden (Bentele Roland, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, S. 129 f.). Da die Mitwirkungspflicht nun auch allein den Vertragspartner trifft, kann sich lediglich die Klägerin auf diese vorteilhafte Verzugsregelung berufen. Dem Vertragspartner steht sie nicht zur Verfügung, auch wenn die Klägerin ihrer Pflicht zur Erstellung der Website nicht nachkommen würde. Dies selbst dann nicht, wenn der Vertragspartner seine Mitwirkungs- und Zahlungspflichten vollumfänglich erfüllt. Obwohl die Klägerin in diesem Fall ihre vertragliche Hauptpflicht verletzen würde, müsste der Vertragspartner nach den strengeren Verzugsregeln nach Art. 102 ff. OR vorgehen. Es liegt daher auch eine Ungleichbehandlung der beiden Vertragsparteien vor, welche die Klägerin bevorzugt und die Rechtstellung des Vertragspartners beeinträchtigt. Die rechtlichen Folgen sind erheblich und aussergewöhnlich, zumal die Bestimmung den Zeitraum vor Aktivschaltung der Website und damit den Beginn des

Vertragsverhältnisses abdeckt. Entgegen den Ausführungen der Klägerin sind deren Leistungen zu diesem Zeitpunkt minimal, kann sie ohne die Mitwirkung des Vertragspartners doch gar nicht erst mit der Erstellung der individualisierten Website beginnen. Es ist nicht mit sachlichen Argumenten zu erklären, weshalb der Verzug des Vertragspartners in Bezug auf eine vertragliche Nebenpflicht zu Beginn des Vertragsverhältnisses die sofortige Vertragsbeendigung, die Leistungseinstellung der Klägerin und zusätzlich noch eine Strafzahlung in der Höhe von mehr als einem Viertel des gesamten Entgelts mit sich ziehen sollte. Eine solche Bestimmung kann in einem Vertrag, der die Erstellung und Aufrechterhaltung einer Website gegen Entgelt zum Inhalt hat, nicht als geschäftsüblich angesehen werden. Die in Ziffer 5 Sätze 1 und 2 der AGB festgehaltene Verzugsregelung ist als geschäftsfremd und damit auch als objektiv ungewöhnlich zu bezeichnen.

3.7. Die Verzugsregelung nach Ziffer 5 Sätze 1 und 2 der AGB des Internet-System-Vertrags vom 12. Januar 2012 ist sowohl aus subjektiver als auch aus objektiver Sicht ungewöhnlich. Die Beklagte musste damit nicht rechnen. Die entsprechende Bestimmung ist daher von ihrer global erklärten Zustimmung zu den AGB ausgenommen und kann keine Wirkung gegen sie entfalten. Entsprechend kann sich auch die Klägerin nicht auf die Zahlung der Konventionalstrafe berufen. Da die Klägerin nie selber eine Leistung erbrachte und auch keinen Schaden substantiiert geltend machte, fehlt es ihr an einer Rechtsgrundlage für die Durchsetzung ihrer Forderung über Fr. 3'888.–. Ihre Rügen zur Ungewöhnlichkeitsregel sind unbegründet.

4. Unter diesen Umständen muss auf die weiteren Einwendungen der Klägerin nicht eingegangen werden. Die Fragen, ob die Ziffern 4 und 5 der AGB rechtswidrig wären oder ob die Forderung bereits verjährt wäre, können daher grundsätzlich offen bleiben. In Bezug auf die Verjährung ist gleichwohl anzumerken, dass in Ergänzung der vorinstanzlichen Erwägungen auch der Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe verjährt ist, da dieser als vertraglicher Nebenanspruch von der Hauptschuld abhängig ist. Mit der Verjährung der gesicherten Hauptforderung verjährt vorbehaltlich einer im

Rahmen der Rechtsordnung zulässigen, abweichenden Abrede auch die Konventionalstrafe (BGer 4A_45/2017 vom 27. Juni 2017, E. 6.3 m.w.H.). Da es sich beim Hauptanspruch der Klägerin um eine Forderung über periodische Zahlungsleistungen handelt, welche gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR nach fünf Jahren verjährt, und da eine anderslautende Abrede weder behauptet wurde noch ersichtlich ist, war die Forderung auf Zahlung der Konventionalstrafe bei Einleitung des Betreibungsverfahrens am 7. November 2018 bereits verjährt. Dementsprechend ist die Einschätzung der Vorinstanz, wonach der Anspruch der Klägerin verjährt sei, nicht zu beanstanden.

5. Abschliessend erweist sich die Beschwerde sowohl im Haupt- als auch im Eventualantrag als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist, basierend auf einem Streitwert von rund Fr. 3'888.–, in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 850.– festzusetzen und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Die unterliegende Klägerin hat der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. ZPO), deren Höhe – mangels Antrag ohne Mehrwertsteuer – auf Fr. 645.– festzusetzen ist (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

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 der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 645.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Urk. 48 bis 50, 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) der 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. 3'888.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, Datum

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

MLaw M. Wild

versandt am:

ip