

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP200032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

## Urteil vom 4. Juni 2021

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Switzerland AG,**  
Klägerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**  
Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich vom 31. August 2020 (FV200002-L)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) ist im Vertrieb von Soft- und Hardwareprodukten sowie der Beratung und Erbringung von Dienstleistungen im EDV- und Multimediabereich tätig. Sie firmiert heute unter "A.\_\_\_\_\_ Switzerland AG" (zuvor "C.\_\_\_\_\_ AG"; vgl. Urk. 4/2). Der Beklagte und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) war Inhaber der Einzelunternehmung "B1.\_\_\_\_\_ Reinigung" (gemäss Handelsregister gelöscht am tt. November 2020).

Am 17. Dezember 2015 unterzeichneten die Parteien einen "Internet-System-Vertrag". Mit dem Vertrag verpflichtete sich die Klägerin, dem Beklagten einen Internetauftritt (eine individuelle "Internet-Webseite") zu erstellen und den Betrieb und den Unterhalt desselben während einer Laufzeit von 48 Monaten sicherzustellen. Sodann umfasste der Leistungsumfang ein "Marketingpaket, Video und Facebook FP". Vereinbart wurden einmalige Anschlusskosten von Fr. 300.– und ein monatliches Entgelt von Fr. 500.–, je zuzüglich Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 2 S. 4; Urk. 4/3). Gleichentags widerrief der Beklagte den Vertrag (Urk. 4/5). In der Folge verlangte die Klägerin vom Beklagten die Bezahlung von Fr. 6'000.– (12 x Fr. 500.–) zuzüglich Fr. 480.– Mehrwertsteuer, mithin total Fr. 6'480.–, gestützt auf I. Ziffer 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (fortan AGB) zum Internet-System-Vertrag (vgl. Urk. 4/3 umseitig; Urk. 4/6). Mit Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 12 vom 12. August 2019 betrieb die Klägerin den Beklagten über Fr. 6'480.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 17. November 2016. Die Lebenspartnerin des Beklagten erhob am 19. August 2019 Rechtsvorschlag (Urk. 4/7).

2. Mit Klagebewilligung vom 3. Dezember 2019 und Klageschrift vom 8. Januar 2020 machte die Klägerin vor Vorinstanz eine Klage mit den folgenden Anträgen anhängig (Urk. 2 S. 2):

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 6'480.00 zu zahlen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin auf die genannte Forderung einen Verzugszins von 5 % seit 17. November 2016 zu leisten.

3. Der durch den Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 12 erhobene Rechtsvorschlag sei im Umfang der gemäss Ziff. 1 und 2 der vorliegenden Rechtsbegehren gestellten Forderungen zu beseitigen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

Der Beklagte hat keine Klageantwort eingereicht. Der weitere Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist dem angefochtenen Entscheid zu entnehmen (vgl. Urk. 18 S. 2 f.). Mit Urteil vom 31. August 2020 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 18 S. 15, Dispositivziffer 1). Die Entscheidgebühr von Fr. 1'300.– wurde der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet (Dispositivziffern 2 und 3). Dem Beklagten wurde keine Parteientschädigung zugesprochen (Dispositivziffer 4).

3. Die Klägerin hat gegen dieses Urteil am 7. Oktober 2021 fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen erhoben (vgl. Urk. 15; Urk. 17 S. 2):

- "1. Das Urteil der Vorinstanz vom 31. August 2020 sei aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil der Vorinstanz vom 31. August 2020 aufzuheben und die Klage der Beschwerdeführerin vollumfänglich gutzuheissen.
3. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine nach Streitwert zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-16). Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss von Fr. 1'260.– geleistet (Urk. 22; Urk. 23). Eine Beschwerdeantwort wurde nicht erstattet.

4.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinandersetzen und unter Bezugnahme auf konkrete Aktenstellen hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Was in der Beschwerde nicht oder

nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird (vgl. dazu BGer 5A\_488/2015 vom 21.08.2015, E. 3.2 m.H. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1), braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Beschwerdeinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. 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 deshalb weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen 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, N 39 ff.; KUKO ZPO-Oberhammer, Art. 57 N 2). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 143 III 65 E. 5.2).

4.2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis eines Beschwerdegrundes) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

5. Die Klägerin beantragt im Hauptstandpunkt lediglich die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Urk. 17 S. 2). Da aus ihrem Eventualantrag indessen hervorgeht, dass sie die Gutheissung der Klage anstrebt (Urk. 17 S. 9), ist von rechtsgenügenden Anträgen auszugehen (vgl. hierzu *OGer ZH PP200007 vom 29.09.2020, II./E. 2.1. f.*).

6. Die weiteren Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Beschwerde richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO, Art. 142 f.

ZPO; Urk. 17), und die vor Vorinstanz unterlegene Klägerin ist ohne weiteres zur Beschwerdeerhebung legitimiert.

## II.

1. Umstritten sind die Folgen des Widerrufs des Beklagten vom 17. Dezember 2015. Der von den Parteien unterzeichnete Internet-System-Vertrag sieht ein feste Laufzeit von 48 Monaten ab Vertragsabschluss vor (Urk. 4/3 S. 1 und AGB I. Ziffer 3). Ein vertraglich geregeltes Rücktrittsrecht besteht einzig zugunsten der Klägerin, falls sie - wegen Verzug des Beklagten - ihre Pflichten nicht erfüllen kann (vgl. Urk. 4/3 AGB I. Ziffer 4/1 und 5). Diesfalls kann die Klägerin ihre Leistungen einstellen und Schadenersatz im Umfang von 12 Monatsraten - vorliegend à Fr. 500.- zuzüglich Mehrwertsteuer - verlangen (Urk. 4/3 I. Ziffer 5).

2. Gemäss Vorinstanz ist der von den Parteien unterzeichnete Internet-System-Vertrag unter Einbezug der rückseitigen AGB als "wesentlicher Bestandteil des Vertrages" (vgl. Urk. 4/3 Frontseite) zustande gekommen (Urk. 18 S. 9). Dies blieb unangefochten. Es ist davon auszugehen.

Die Vorinstanz qualifizierte den Vertrag als gemischten Vertrag mit überwiegend auftragsrechtlichen sowie mit werkvertragsrechtlichen Elementen (Urk. 18 S. 7 ff.).

In der Folge prüfte die Vorinstanz das rechtsgültige Zustandekommen des Vertrages. Sie verneinte das Vorliegen von Willensmängeln (wesentlicher Irrtum oder absichtliche Täuschung; Urk. 18 S. 10 f.).

Gemäss Vorinstanz erscheint es hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien sachgerecht, dass die zwingende beidseitige und jederzeitige Beendigungsmöglichkeit gemäss Art. 404 Abs. 1 OR auf das vorliegende gemischte Vertragsverhältnis mit vorwiegend auftragsrechtlichen Elementen zur Anwendung komme. Die feste Vertragsdauer von 48 Monaten mit lediglich einseitiger Möglichkeit seitens der Klägerin, ihre Leistungen einzustellen und Schadenersatz zu verlangen, verstosse gegen eine zwingende Bestimmung des Privatrechts und sei

widerrechtlich im Sinne von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR. Die Vorinstanz erklärte I. Ziffer 3 und 5 der AGB als nichtig und unterstellte die Vertragsbeendigung den gesetzlichen Bestimmungen, namentlich Art. 404 OR (Urk. 18 S. 11 ff.).

Weiter ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beklagte den Internet-System-Vertrag mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 ordnungsgemäss im Sinne von Art. 404 Abs. 1 OR gekündigt habe. Die Kündigung sei nicht zur Unzeit erfolgt, weshalb Art. 404 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung gelange. Da die I. Ziffern 3 und 5 der AGB nicht zur Anwendung gelangen würden und der Internet-System-Vertrag durch den Beklagten gültig beendet worden sei, bestehe keine Rechtsgrundlage für die geltend gemachte Forderung von Fr. 6'480.—. Entsprechend wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 18 S. 14 f.).

### 3. Soziale Untersuchungsmaxime

3.1. Die Klägerin rügt eine Verletzung der "gemässigten (sozialen) Untersuchungsmaxime" gemäss Art. 247 ZPO. Die Vorinstanz sei von einem Sachverhalt ausgegangen, welcher weder von ihr noch vom Beklagten vorgetragen worden sei. Der Beklagte habe sich nie zur Klage vernehmen lassen. Er habe nie die Abweisung der Klage beantragt und auch sonst keinerlei Behauptungen oder Beweismittel vorgebracht. Die Anwendung der gemässigten Untersuchungsmaxime nach Art. 247 ZPO befreie den Beklagten nicht vollends davon, Anträge zu stellen und Behauptungen vorzubringen. Die Vorinstanz habe die gesamte Arbeit des Beklagten übernommen, indem sie umfangreich und einseitig alle möglichen Anknüpfungspunkte aufgegriffen und geprüft habe, um schliesslich die Klage irgendwie abzuweisen, ohne dass dies der Beklagte überhaupt jemals begehrt hätte. Es könne nicht mehr von einer Mitwirkung der Vorinstanz gesprochen werden. Vielmehr habe diese eine tragende Funktion eingenommen. Die Vorinstanz sei bei der Prüfung der Klage zwar nicht an ihre (der Klägerin) rechtlichen Ausführungen gebunden, doch dürfe sie nicht von einem anderen Sachverhalt ausgehen, als sie ihn geschildert habe. Genau dies habe die Vorinstanz getan, indem sie von sich aus den Sachverhalt ergänzt und nie "gemachte Behauptungen beziehungsweise Punkte" zugunsten des Beklagten berücksichtigt habe. Indem die Vorinstanz ohne Rechtsbegehren des Beklagten die Klage abgewiesen habe, ha-

be sie die Grundsätze von Art. 247 ZPO missachtet und auch gegen den Grundsatz pacta sunt servanda verstossen (Urk. 17 S. 7 ff.).

3.2. Das Gericht darf - vorbehältlich gesetzlicher Bestimmungen, wonach es nicht an die Parteianträge gebunden ist - einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 und 2 ZPO; sog. Dispositionsmaxime). Der Formulierung von Art. 58 Abs. 1 ZPO lässt sich entnehmen, dass kein formeller Abweisungsantrag der Gegenpartei nötig ist, um einen Klageantrag zurück- oder (teilweise) abzuweisen. Denn das Gericht ist nur insoweit an den Antrag der Gegenpartei gebunden, als diese den klägerischen Antrag "anerkannt" hat. Darunter sind ausdrückliche Anträge zu verstehen: In das blosses Schweigen der Gegenpartei kann nach Treu und Glauben kein Einverständnis mit dem Klageantrag interpretiert werden. Das gilt insbesondere im Säumnisverfahren (vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 58 N 35).

3.3. Die Klägerin legt nicht dar, welche "Behauptungen beziehungsweise Punkte" die Vorinstanz berücksichtigt hat, ohne dass sie vom Beklagten behauptet worden wären, und inwieweit die Vorinstanz den Sachverhalt von sich aus ergänzt hat. Die Rüge ist nicht rechtsgenügend begründet, weshalb auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist (vgl. vorne I./E. 4.1.). Zur Vervollständigung sei angeführt, dass das vereinfachte Verfahren für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- gilt (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Vorliegend handelt es sich weder um eine miet- oder arbeitsrechtliche Streitigkeit noch eine Streitigkeit, welche unter Art. 243 Abs. 2 ZPO fällt, weshalb die beschränkte Untersuchungsmaxime nicht zur Anwendung gelangt (Art. 247 Abs. 2 ZPO).

#### 4. Qualifikation des Vertrages

4.1. Die Klägerin beanstandet die rechtliche Qualifikation des Internet-System-Vertrages und die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf denselben. Der streitgegenständliche Vertrag sei als Lizenzvertrag zu qualifizieren,

womit in erster Linie die entsprechenden Parteivereinbarungen zur Geltung kämen und eine Anwendung von Art. 404 OR ausser Betracht falle (Urk. 17 S. 3 f.).

Zum selben Schluss gelange man, wenn man den geschlossenen Vertrag nicht als Lizenzvertrag qualifiziere. Hauptbestandteil des Vertrages sei die Erstellung einer personalisierten Website für die Beklagte. Diese Leistung sei dem Werkvertragsrecht zu unterstellen. Dass sie, die Klägerin, sich zudem zum Betrieb und laufenden Unterhalt der individuellen Website über die Dauer der vertraglich vereinbarten Laufzeit verpflichtet habe, ändere daran nichts. Durch das Betreiben und Unterhalten der Website werde ein Erfolg (nämlich eine funktionierende Website) geschuldet und nicht nur ein Tätigwerden. Da auch Wartungs- und Serviceverträge als Werkverträge zu qualifizieren seien, unterstehe der Vertrag auch aus dieser Perspektive in erster Linie Werkvertragsrecht. Auf jeden Fall sei bei Wartungsverträgen die Anwendung auftragsrechtlicher Bestimmungen nicht sachgerecht. Ein solcher "Dauer-Werkvertrag" sei als Innominatvertrag zu qualifizieren, bei welchem die Herstellungspflicht des Unternehmers nicht auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt, sondern eine Dauerschuld sei. Solange der auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossene Vertrag andauere, sei der Unternehmer zu ständiger oder wiederkehrender Arbeitsleistung mit bestimmtem Arbeitserfolg verpflichtet. Dies gelte auch für den Wartungsvertrag, worin der Unternehmer sich auf bestimmte oder unbestimmte Dauer verpflichte, eine Einrichtung (z.B. eine EDV-Anlage), eine Maschine, Baute oder andere Sache in einem bestimmten (namentlich betriebsfähigen) Zustand zu erhalten (Urk. 17 S. 4).

Selbst bei Anwendung des Auftragsrechts, so die Klägerin weiter, wäre der Vertrag nicht als reiner Auftrag, sondern als atypisches Auftragsverhältnis zu qualifizieren. Auf das jederzeitige Beendigungsrecht nach Art. 404 OR könne aufgrund seines zwingenden Charakters grundsätzlich nicht verzichtet werden, da der Auftrag regelmässig durch eine ausgesprochene Vertrauensstellung geprägt sei, welche dessen Weiterführung bei Vertrauensstörungen nicht als sinnvoll erscheinen lasse. Auf Dauerschuldverhältnisse schliesse das Bundesgericht die analoge Anwendung des zwingenden Kündigungsrechts jedoch aus, weshalb Art. 404 OR bei gemischten Verträgen nicht zur Anwendung gelange. In der Pra-

xis werde zudem zwischen typischen und atypischen Aufträgen unterschieden. Bei der Erstellung einer Website handle es sich um ein tagtägliches Rechtsgeschäft in der freien Marktwirtschaft, welches keiner besonderen Nähe zwischen den Parteien und deshalb keines besonderen Vertrauensverhältnisses bedürfe. Beim geschlossenen Vertrag handle es sich somit um ein Dauerschuldverhältnis ohne höchstpersönliche Komponente. Er wäre als atypischer Auftrag zu qualifizieren, womit Art. 404 OR nicht zwingend anwendbar sei, sondern - wie vorliegend geschehen - eingeschränkt oder ausgeschlossen werden könne (Urk. 17 S. 4 f.).

4.2. Die Vorinstanz erwog zum Inhalt des Vertrages, wenn auch die Leistung der Klägerin im Vertrag nicht im Detail umschrieben werde, so sei der Sinn des Vertrages, nämlich die Erstellung sowie der Betrieb und laufende Unterhalt einer individuellen Webseite in Absprache mit dem Beklagten gegen Entgelt, ohne Weiteres erkennbar. Sie kam zum Schluss, dass von einem übereinstimmenden Willen der Parteien gemäss dem Inhalt des schriftlichen und unterzeichneten Internet-System-Vertrags auszugehen sei. Der Konsens umfasse namentlich die Systemleistung "Premium" plus die handschriftlichen Ergänzungsleistungen betreffend die von der Klägerin zu erstellende Internet-Webseite mit der Wunschdomain "B1.\_\_\_\_-reinigung.ch". Aus dem Vertrag gehe zudem hervor, dass die Klägerin nicht nur einen einmaligen Erfolg im Sinne der Erstellung einer individuellen Webseite in Absprache mit dem Beklagten schulde, sondern dass sie die Webseite für die vereinbarte Vertragsdauer von 48 Monaten auch laufend und in enger Absprache sowie auf Anweisungen des Beklagten hin zu betreiben und zu unterhalten habe. Insgesamt sei der Internet-System-Vertrag demnach als gemischter Vertrag mit überwiegend auftragsrechtlichen sowie mit werkvertragsrechtlichen Elementen zu qualifizieren (Urk. 18 S. 9 f.).

4.3. Unterschieden wird zwischen den im Besonderen Teil des OR oder in einem Spezialgesetz spezifisch geregelten Verträgen (sog. Nominatverträgen) und den Innominatverträgen (vgl. BGE 129 III 604 E. 2.2 = Pra. 2004 Nr. 100). Die Innominatverträge werden in gemischte Verträge (mixti generis) und Verträge eigener Art (sui generis) unterteilt. Die *gemischten Verträge* sind einheitliche Verträge, in denen Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert

werden. Die Elemente verschiedener (gesetzlich geregelter oder nicht geregelter) Vertragstypen müssen dabei in solcher Weise gemischt sein, "dass es nicht angeht, die Rechtsfolgen im Wesentlichen nur der gesetzlichen Regelung eines einzigen Typus zu entnehmen". Entscheidend ist ferner, dass die verschiedenen Leistungen "als zusammengehörend", also "in Verbindung miteinander" geschuldet werden. Kommt dem atypischen Element lediglich untergeordnete Bedeutung zu, so spricht man von einem typischen Vertrag mit Beimischung, der nicht mehr als Innominatvertrag aufzufassen ist. Gemischte Verträge kommen in verschiedenen Ausprägungen vor: Kombinationsverträge verpflichten eine Partei zu mehreren Hauptleistungen, die je verschiedenen Vertragstypen zuzuordnen sind. *Verträge eigener Art* sind Verträge, die weder gesetzlich geregelt sind, noch als typengemischte Verträge verstanden werden können. Entscheidend ist, dass sie sich zu einer besonderen inneren Einheit fügen, mithin nicht bloss eine eigenständige Mischung von Elementen aus (gesetzlich geregelten oder gesetzlich nicht geregelten) Vertragstypen darstellen (vgl. BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 8 ff.).

4.4.1. Gemäss Klägerin handelt es sich beim Internet-System-Vertrag um einen Lizenzvertrag. Nicht von Relevanz ist, dass die Vorinstanz den Vertrag in anderen Verfahren als Lizenzvertrag qualifizierte (vgl. Urk. 17 S. 3; Urk. 20/1-4).

4.4.2. Der Lizenzvertrag ist, je nach Vertragsgestaltung, ein Innominatkontrakt sui generis oder ein gemischter Vertrag. Durch den Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, dem Lizenznehmer die Benutzung eines immateriellen Gutes zu gestatten. Dabei gehört es zur Pflicht des Lizenzgebers, dem Lizenznehmer die Nutzungsmöglichkeit am Lizenzgegenstand zu verschaffen. Im Gegenzug verspricht der Lizenznehmer dem Lizenzgeber in der Regel die Bezahlung einer Lizenzgebühr. Zwischen den Parteien liegt ein Dauerschuldverhältnis vor (vgl. BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 238 f., N 242 und N 250 f.). Das Eigentum am Lizenzgegenstand verbleibt regelmässig beim Lizenzgeber (vgl. hierzu BGE 125 III 263 E. 4a.).

4.4.3. Die Klägerin machte vor Vorinstanz zum Inhalt des Vertrages geltend, sie habe sich mit dem Internet-System-Vertrag dazu verpflichtet, für dem Beklag-

ten einen Internet-Auftritt zu erstellen und den Betrieb sowie den Unterhalt desselben während der Laufzeit sicherzustellen (Urk. 2 S. 4). Der Beklagte hielt dem nichts entgegen, weshalb von diesem Vertragsinhalt auszugehen ist. Die Einräumung der Nutzungsmöglichkeit eines immateriellen Gutes wurde seitens der Klägerin demnach nie behauptet. Die Klägerin legt auch in der Berufung nicht dar, welches Nutzungsrecht sie dem Beklagten mit dem Vertrag zur Verfügung gestellt haben will (vgl. Urk. 17 S. 3 f.).

4.4.4. Die von der Klägerin aufgestellten Behauptungen decken sich grundsätzlich mit dem Inhalt des schriftlichen Vertrages, gemäss welchem die Klägerin dem Beklagten den "Leistungsumfang (Webpaket): Premium" zur "Nutzung (Partner)" zur Verfügung stellt. Sodann umfasst der Leistungsumfang "Marketingpaket", "Video" und "Facebook FP" (Urk. 4/3 I. "Gegenstand, Systemumfang, Entgelt und Laufzeit"). Aus den umseitigen AGB ergibt sich, dass sich die Klägerin zur Gestaltung, Erstellung, zum Betrieb und zum laufenden Unterhalt einer individuellen Internet-Webseite des Beklagten ("des Partnerunternehmens") sowie zu allfälligen zusätzlichen Dienstleistungen verpflichtete. Der Leistungsumfang ergebe sich aus Ziffer I. des umseitigen Vertragsformulars. Für die Leistungspakete seien deren Leistungsbeschreibung (Stand bei Vertragsabschluss) massgebend, die dem Partnerunternehmen bekannt und integrierender Bestandteil des Vertrags seien (Urk. 4/3 AGB I. Ziffer 1.).

Die vertragliche Hauptleistung der Klägerin besteht somit in der Erstellung einer Website sowie dem Betrieb und dem Unterhalt derselben während der Vertragsdauer. Die Herstellung und Überlassung individuell erstellter Websites oder Software wird nach der überwiegenden Meinung als Werk- bzw. Werklieferungsvertrag qualifiziert (vgl. Heusler/Mathys IT-Vertragsrecht, Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, S. 43; Wolfgang Straub, Gewährleistung und Haftung aus IT-Verträgen, in: Internet- Recht und IT-Verträge, 8. Tagungsband, Bern 2009, S. 250). Sodann wird von der Klägerin, wenn von ihr während der Laufzeit des Vertrages der Betrieb und der laufende Unterhalt der Website und damit deren Nutzungsmöglichkeit sicherzustellen ist, nicht bloss ein Tätigwerden, sondern ein Erfolg geschuldet.

4.4.5. Aus dem Gesagten erhellt, dass - entgegen den Erwägungen der Vorinstanz - keine Vertragskomponenten ersichtlich sind, die es rechtfertigen würden, von einem gemischten Vertrag mit überwiegend auftragsrechtlichen und werkvertragsrechtlichen Elementen auszugehen. Die Elemente verschiedener Vertragstypen werden nicht in einer solchen Weise gemischt, "dass es nicht angeht, die Rechtsfolgen im Wesentlichen nur der gesetzlichen Regelung eines einzigen Typus zu entnehmen" (vgl. vorne II./E. 4.3.). Vielmehr erscheint es sachgerecht, auf den Internet-System-Vertrag grundsätzlich Werkvertragsrecht anzuwenden. Zu beachten ist hingegen, dass ein Dauerwerkvertrag vorliegt. Dabei handelt es sich um einen Innominatkontrakt, der sich vom gesetzlich geregelten Werkvertrag des Art. 363 OR dadurch unterscheidet, dass die Herstellungspflicht des Unternehmers nicht auf ihr Ende durch Erfüllung angelegt, sondern eine Dauerschuld ist. Solange der auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossene Vertrag mit der betreffenden Dauerschuld andauert, ist der Unternehmer zu ständiger oder wiederkehrender Arbeitsleistung mit bestimmtem Arbeitserfolg verpflichtet (vgl. hierzu Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage, 2019, S. 144 f. N 322). Die Sicherstellung der Nutzung der Website, deren Betrieb und Unterhalt werden für eine Dauer von mindestens vier Jahren geschuldet.

## 5. Widerruf des Vertrages

5.1. Der Internet-System-Vertrag sieht für die Beklagte kein vorzeitiges Kündigungsrecht vor. Der Vertrag kann erstmals mit einer Frist von sechs Monaten auf das Ende der Laufzeit von 48 Monaten gekündigt werden (vgl. Urk. 4/3 I. Ziffer 3 AGB). Zwar besteht in der Lehre keine einheitliche Meinung darüber, ob Art. 377 OR, welcher dem Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers ein jederzeitiges Rücktrittsrecht zugesteht, dispositives Recht darstellt oder nicht (vgl. hierzu Gauch, a.a.O., S. 262 ff. N 582 ff.). Die herrschende Lehre verneint jedoch die sinngemässe Anwendung von Art. 377 OR auf Dauerwerkverträge (vgl. Gauch, a.a.O., S. 268 N 597). Die von den Parteien getroffene Kündigungsregelung verletzt keine zwingenden gesetzlichen Normen. Sie hat Bestand.

5.2. Anzufügen ist, dass sich die Anwendung von Art. 404 OR nicht rechtfertigt, selbst wenn von einem gemischten Vertrag (sog. Kombinationsvertrag) aus auftrags- und werkvertragsrechtlichen Komponenten ausgegangen würde. Denn stehen verschiedene Parteivereinbarungen nicht als selbständige Verträge nebeneinander, sondern sind sie nach dem Willen der Parteien in der Art miteinander verknüpft und voneinander abhängig, dass ein gemischter Vertrag vorliegt, so wird dieser als Einheit aufgefasst. Es geht nicht an, die einzelnen Vertragsbestandteile einem unterschiedlichen rechtlichen Schicksal zu unterwerfen. Vielmehr ist für jede Rechtsfrage der vertragliche Regelungsschwerpunkt zu ermitteln (vgl. hierzu BGE 139 III 49 E. 3.3. m.H.). Dem Bundesgericht zufolge kann demnach ein gemischter Vertrag nicht dem Recht eines einzigen Vertragstypus unterstellt werden, weil in diesem Fall keines der einzelnen vermengten Typenelemente für sich genommen hinreichend dominant ist, um eine Absorption zu rechtfertigen. Umgekehrt ist es aber in Anbetracht der wechselseitigen Abhängigkeit der verschiedenen vermischten Vertragselemente auch nicht möglich, dass Rechtsfragen, die sich für diese Elemente gleichermaßen stellen (z.B. Kündigung), nach Massgabe jeweils unterschiedlicher Typenrechte beantwortet werden (das würde z.B. heissen: Beendigung des auftragsrechtlichen Teils des Vertrages nach Mandatsrecht, des mietrechtlichen Teils des Vertrages nach Mietrecht usw.). Deshalb muss jede Rechtsfrage, die ein gemischter Vertrag aufwirft, isoliert betrachtet und im Zusammenhang untersucht werden, welches der im Vertrag enthaltenen Typenrechte für diese konkrete Frage dominiert. Dieser "Ausdifferenzierungsprozess" erlaubt mithin die Ermittlung eines auf die betreffende Rechtsfrage passenden einheitlichen Nominattypenrechts (vgl. hierzu BSK OR I-Amstutz/Morin, Einl. vor Art. 184 ff. N 23 m.H. auf die einschlägige Rechtsprechung).

Die Hauptleistung gemäss Internet-System-Vertrag bildet die Gestaltung und Erstellung der Website. Hernach soll deren Betrieb und Unterhalt, damit die Nutzungsmöglichkeit sichergestellt werden. Sodann ist der Vertrag auf Dauer angelegt. Es erschiene nicht sachgerecht, auf den ganzen Vertrag die auftragsrechtlichen Kündigungsvorschriften, insbesondere das jederzeitige Kündigungsrecht nach Art. 404 OR, anzuwenden. So stellt das Bundesgericht für die Frage, ob hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftrags-

rechts als sachgerecht erscheinen, vor allem darauf ab, ob nach Art des Vertrags ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unerlässlich ist und ihm besondere Bedeutung zukommt (vgl. BGer 4A\_542/2020 vom 03.03.2021, E. 3.3.1). Für beides ergeben sich vorliegend keine Anhaltspunkte.

6.1. Die einseitige Möglichkeit seitens der Klägerin bei fehlender Mitwirkung des Beklagten ihre Leistungen einzustellen und Schadenersatz in der Höhe von zwölf Monatsraten zu verlangen (vgl. Urk. 4/3 I. Ziffer 5), verstösst nach dem Gesagten nicht gegen eine zwingende Bestimmung des Privatrechts. Sie ist nicht widerrechtlich. Da der Beklagte nicht behauptet, die AGB global übernommen zu haben, muss nicht weiter geprüft werden, ob die AGB der Klägerin ungewöhnliche Klauseln enthalten (vgl. OGer ZH PP200011 vom 29.12.2020, III./E. 3.1. ff.).

6.2. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen. Da sich die Sache als spruchreif erweist, ist ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

7.1. Unbestrittenermassen ist der Beklagte seiner Mitwirkungspflicht gemäss I. Ziffer 4/1 der AGB trotz entsprechender Abmahnung nicht nachgekommen (Urk. 2 S. 4; Urk. 4/6). Unangefochten blieb sodann die Feststellung der Vorinstanz, dass der Inhalt und der zeitliche Ablauf der Korrespondenz zwischen den Parteien nach Vertragsschluss unbestritten seien (Urk. 18 S. 6). Entsprechend ist erstellt, dass die Klägerin nach der Abmahnung ihre Leistungen eingestellt und vom Beklagten Schadenersatz in der Höhe von zwölf Monatsraten à Fr. 540.– bzw. total Fr. 6'480.– gefordert hat (vgl. Urk. 2 S. 4; Urk. 4/6). Hierzu war sie nach dem Gesagten gestützt auf den von den Parteien geschlossenen Vertrag berechtigt. Die Forderung blieb der Höhe nach unbestritten. Sie ist ausgewiesen.

7.2.1. Die Klägerin verlangt Verzugszins von 5 % seit 17. November 2016 (Urk. 2 S. 2 und 5). Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell auswirkt 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 wirtschaftli-

che 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 m.w.H.).

7.2.2. Wie ausgeführt, widerrief der - vorleistungspflichtige - Beklagte mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 den Vertrag (Urk. 4/5). Damit hat der Beklagte seinen Willen bekundet, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen. Der Schadenszins von 5 % ist wie beantragt ab 17. November 2016 zuzusprechen. Die geltend gemachte Zinshöhe sowie der Zinslauf blieben denn auch unbestritten.

7.3. Nach dem Gesagten ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 6'480.– nebst 5 % Zins seit dem 17. November 2016 zu bezahlen. In diesem Umfang ist der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 12 (Zahlungsbefehl vom 12. August 2019) aufzuheben.

### III.

1.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO analog). Die Höhe der Gerichtsgebühr blieb unangefochten (Urk. 18 S. 15, Dispositivziffer 2) und ist zu bestätigen.

1.2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind vom Kostenvorschuss der Klägerin zu beziehen. Der Beklagte hat der Klägerin den Kostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

1.3. Ausgangsgemäss ist der Beklagte sodann zu verpflichten, der Klägerin eine angemessene Parteientschädigung sowie die ausgewiesenen Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 420.– (Urk. 1) zu bezahlen. Die Parteientschädi-

gung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'100.– zuzüglich Fr. 84.70 (7.7 % MwSt.), mithin (gerundet) Fr. 1'200.–, festzusetzen.

2.1. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'260.– festzusetzen.

2.2. Der 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. Der Beklagte als auch im Beschwerdeverfahren unterliegende Partei wird deshalb vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist daher dem Beklagten aufzuerlegen. Sie ist mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Beklagte hat der Klägerin den Kostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

2.3. Sodann ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV eine auf Fr. 800.– zuzüglich Fr. 61.60 (7.7 % MwSt.), mithin (gerundet) Fr. 860.– festzusetzende Parteientschädigung zu bezahlen.

### **Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 6'480.– nebst Zins zu 5 % seit 17. November 2016 zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechts-

vorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 12, Zahlungsbefehl vom 12. August 2019, aufgehoben.

2. Die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den erstinstanzlich geleisteten Vorschuss von Fr. 1'300.– zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 420.– zu bezahlen.
5. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 1'260.– festgesetzt.
6. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den zweitinstanzlich geleisteten Vorschuss von Fr. 1'260.– zu ersetzen.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 860.– 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'480.—. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. Juni 2021

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:  
Im